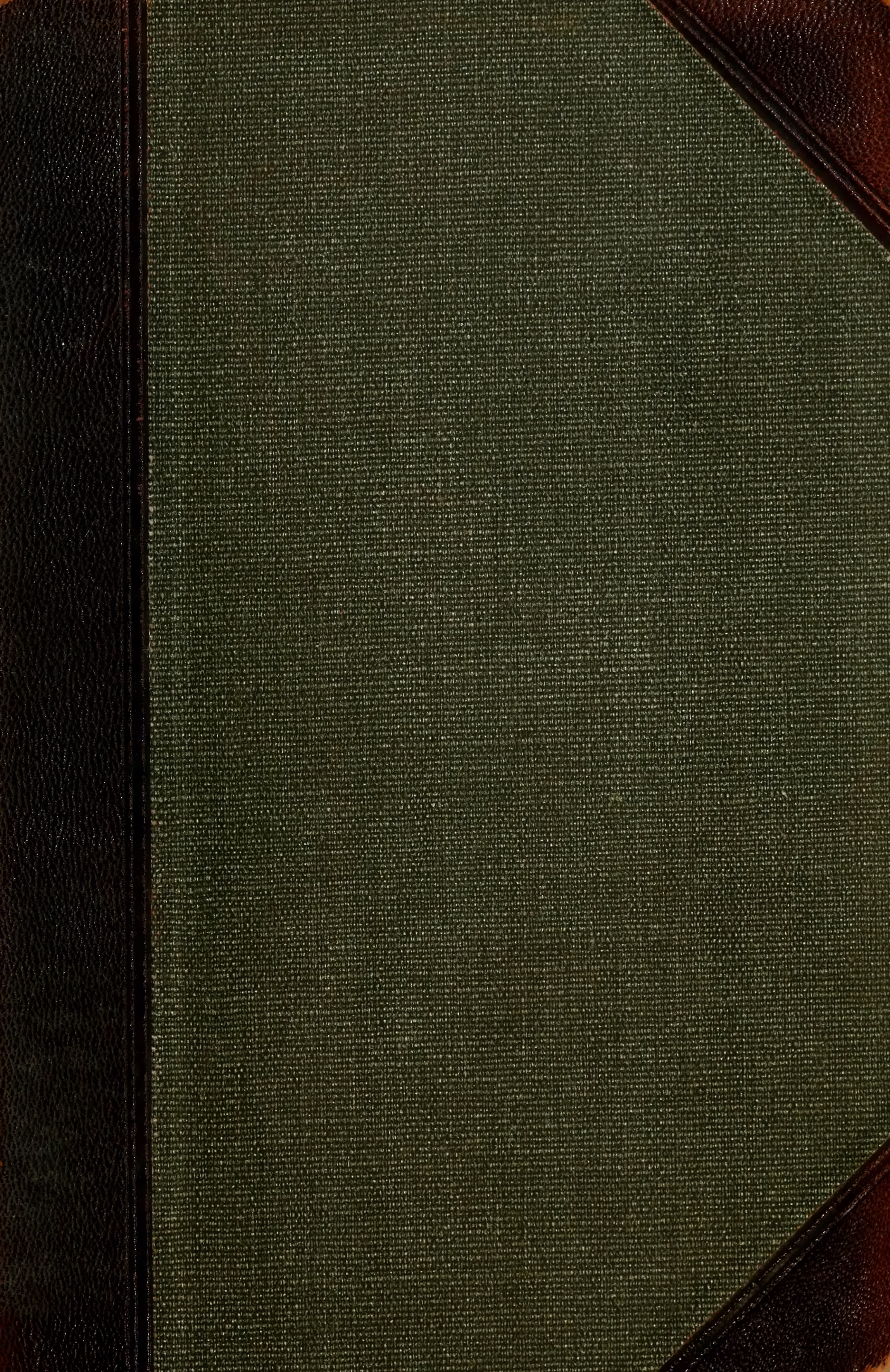



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT




S
SACK
JURISTISCHE
BUCHHANDLUNG
BERLIN W 35
POTSDAMER STR. 112

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht,
und
Dr. Th. Olshausen, Landrichter in Potsdam,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

8. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1910 umfassend).



Berlin, 1910.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Das seit mehreren Jahren angekündigte Register zu den Jahrgängen 1—7 ist nunmehr erschienen. Es ist ein Kunstwerk, gearbeitet von dem Landgerichtsdirektor Herrn Friedrich Hoepfel in Nürnberg, unter Mitwirkung des II. Staatsanwalts Herrn Friedrich Eckert in München. Für die Schaffung dieses die Benutzung des Jahrbuchs ungemein erleichternden Hilfsmittels sei den Verfassern der Dank auch an dieser Stelle ausgesprochen.

Aus dem Inhalte des diesjährigen Jahrganges selbst hebe ich ganz besonders den umfassenden Bericht über das erst seit dem Anfange dieses Jahres in Geltung befindliche Gesetz über den Versicherungsvertrag hervor. Die vorhandenen Rechtssätze und Ergebnisse sind von unserem Mitarbeiter in dankenswertester Weise zu den einzelnen Vorschriften des jungen Gesetzes in Beziehung gebracht, wodurch Verständnis und Anwendung dieser neuen Bestimmungen in jeder Weise gefördert wird.

Berlin, Juli 1910.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—8 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrg. 1.	Jahrg. 2.	Jahrg. 3.	Jahrg. 4.	Jahrg. 5.	Jahrg. 6.	Jahrg. 7.	Jahrg. 8.
BGB. nebst Einführungsgesetz	1 1 ff. 2 1 ff.	1 1 ff.	1 1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.
GVG., ZPO. nebst Einführungsgesetz	3 1 ff.	—	2 320 ff.	663 ff.	736 ff.	724 ff.	709 ff.	698 ff.
Handelsgesetzbuch		2 1 ff.	2 1 ff.	556 ff.	637 ff.	600 ff.	591 ff.	590 ff.
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176 ff.	850 ff.	988 ff.	—	978 ff.	—
Grundbuchordnung . . .		2 395 ff.	2 145 ff.	828 ff.	962 ff.	1020 ff.	942 ff.	880 ff.
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478 ff.	2 253 ff.	800 ff.	942 ff.	972 ff.	—	1151 ff.
Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung . .		2 361 ff.	2 290 ff.	771 ff.	902 ff.	937 ff.	894 ff.	841 ff.
Reichshaftpflichtgesetz . . .		2 317 ff.	2 134 ff.	870 ff.	1027 ff	1060 ff.	1039 ff.	933 ff.
Wettbewerbsgesetze . . .		2 336 ff.	2 611 ff.	879 ff.	1038 ff.	1072 ff.	1048 ff.	939 ff.
Personenstandsgesetz . . .		2 333 ff.	2 172 ff.	868 ff.	—	1056 ff.	—	921 ff.
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsges. . .		2 269 ff.	2 117 ff.	655 ff.	729 ff.	718 ff.	699 ff.	691 ff.
Post-, Telegraphen- u. Zollgesetzgebung		—	2 121 ff.	—	—	722 ff.	704 ff.	695 ff.
Gesellschaft m. b. H. . .		2 274 ff.	—	896 ff.	—	1086 ff.	1063 ff.	954 ff.
Genossenschaftsgesetz . . .		2 297 ff.	—	908 ff.	—	1112 ff.	1090 ff.	975 ff.
Hypothekenbankgesetz . . .		—	2 126 ff.	—	734 ff.	—	709	—
Patentgesetz		—	2 632 ff.	—	1053 ff.	—	1100 ff.	—
Gebrauchsmusterschutz . .		—	2 645 ff.	—	1066 ff.	—	1129 ff.	—
Warenzeichenrecht		—	2 648 ff.	—	1068 ff.	—	1135 ff.	—
Gewerbliche Schutzgesetze		—	2 660 ff.	—	1078 ff.	—	1153 ff.	—
Bild. Künste u. Photogr.		—	—	—	—	—	1155 ff.	—
Literatur und Tonkunst .		—	2 667 ff.	—	1079 ff.	—	1158 ff.	—
Verlagsrecht		—	2 677 ff.	—	1083	—	1165 ff.	—
Intern. Urheberrechtsschutz		—	—	—	—	—	1167 ff.	—
Börsengesetz		—	—	915 ff.	—	—	1169 ff.	—
Gewerbeordnung		—	—	981 ff.	—	1129 ff.	—	—
Wechselordnung		—	—	—	731 ff.	—	—	984 ff.
Bankdepotgesetz		—	—	—	1084 ff.	—	708 ff.	696 ff.
Versicherungsrecht		—	—	—	—	1146 ff.	—	1005 ff.
Gerichtskostengesetz							—	—
Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179 ff.	—	—
Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher		—	—	—	—	1188 ff.	—	—
Gebührenordnung für Rechtsanwälte		—	—	—	—	1192 ff.	—	—

Mitarbeiter des achten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V; Personenstandsgesetz;

Dr. **Brandis**, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. §§ 598—656; Konkursordnung und Anfechtungsgesetz;

Dr. **F. Friedenthal**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. §§ 21—89;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. §§ 783-853; §§ 1589—1615, 1705—1772; Wettbewerbsgesetze;

Güthe, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht; Grundbuchordnung;

Dr. **Krech**, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X;

Dr. **Th. Olshausen**, Landrichter in Potsdam: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. **Philipsborn**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: EGGVG., GVG., EGZPO., ZPO. Buch I—VII;

Dr. **Riese**, Landgerichtsassessor in Leipzig: Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen; Gesetz über den Versicherungsvertrag;

Dr. **Rieß**, Magistratsassessor in Berlin: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch I—II; §§ 343—406; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz; Bankdepotgesetz;

Dr. **Schaps**, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. **Thorwest**, Amtsrichter in Posen: BGB. §§ 657—704, 759—782;

Trendelenburg, Amtsrichter in Düsseldorf: BGB. §§ 241—432;

Pormbaum, Landrichter in Charlottenburg: EGBGB.; EGHGB; Wechselordnung;

Dr. **Wolff**, Regierungsassessor in Cassel: HGB. §§ 407—473; EisenbVO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayerische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betr. die Verbindlichkeit z. Schadensersatze f. d. bei dem Betriebe v. Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen u. Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JustdRundsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MSchutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➹ ➷ = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
➹ Red. ➷ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. 05 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Literatur: v. Borberger, Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem BGB., ZBlFG. **10** 217—233, 269—289. — Eckert, Zum Rechte am eigenen Bilde, BayRpflZ. **09** 79—85, 99—102. — Hennig, Der Brief im Urheberrecht, GewRSchutz **09** 180—182. — ten Hompel, Über den Ursprung, die Entwickelung und Abgrenzung des Rechtes. Münster 1909. — Thiele, Die Stellung des Heroldsamts zu den Gerichten, AÖffR. **24** 85—125.

§ 1. 1. *ten Hompel sucht den Rechtsurquell in der Wesensnatur des Menschen. Mit der Vollendung der Geburt beginnt der Mensch Träger von Rechten zu sein und zwar ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit. Gleichwohl sind es die Keime der künftigen Geschäftsfähigkeit, die Wurzelanlagen von Verstand und Wille, die das Recht im Menschen von seiner Geburt an berücksichtigt. Die geistige Wesensnatur des Menschen begründet seine Fähigkeit, im Gegensatze zur toten Natur und zu den Tieren, Rechtsträger und Rechtsschöpfer zu sein. Rechtsträger ist der Neugeborene, weil er dereinst berufen sein wird, Rechtsschöpfer zu sein. Und Rechtsschöpfer wird er mit der Vollendung des Verstandes und der Willensreife auf dem Gebiete seiner privaten Rechte, wie in der Fortbildung des Rechtes schlechthin. Die Lehre vom Ursprunge, von der Entwicklung und Abgrenzung des Rechtes muß also zurückgreifen auf die geistige Wesensnatur des Menschen, auf den Ursprung, auf die Entwickelung und auf die Abgrenzung von Verstand und Willen im Menschen. Aus den philosophischen Grunderkenntnissen strömt dann Leben und Licht über auf die Ursprung- und Entwickelungsstadien der heutigen Rechtsgrundbegriffe. Das Rechtsgeschäft stellt sich entsprechend den Verstandes- und Willenseigenschaften des Menschen dar als der Verständigungswille. Das Recht selbst wird beherrscht vom Verständigungszweck und findet Richtung und Abgrenzung als Verständigungsrichtschnur. Dieser positiven Seite des zivilen Rechtsbegriffs entspricht die negative des kriminellen Rechtsbegriffs. Das Strafrecht erscheint vom Standpunkte der geistigen Wesensnatur des Menschen als der Kampf gegen das Unrecht, gegen Unmoral und Unrecht, als die Behebung der Hemmnisse, welche dem positivrechtlichen Verständigungs- und Friedensgedanken im Wege stehen. Die Verkennung der absoluten Werte durch die Nur-Entwickelungsphilosophen hat folgerichtig zur Verwirrung in den Grundlagen der Rechtsphilosophie geführt. Erst mit dem vernunftbegabten Menschen, mit dem Einsatze von Menschenverstand und Willen kann im Kosmos auch der Ursprung des Rechtes einsetzen. Die Vorstadien, welche zur Entwickelung des homo sapiens führten, können folgerichtig auch für den Ursprung, die Entwickelung und Abgrenzung des Rechtes keinerlei Wesensgrundlagen abgeben. Aus alledem folgen die schwersten Bedenken gegen die ohne philosophische Grundlagen arbeitende rein geschichtliche Methode. Im tiefer gefaßten Sinne des § 1 BGB. ist nur die Rechtsmethode und die Lehre vom Ursprunge, von der Entwickelung und Abgrenzung des Rechtes im Wesen des Rechtes begründet, welche

den Menschen und seine geistige Wesensnatur in den Mittelpunkt stellt (vgl. hierzu ten Hompel, Von der Philosophie zur Rechtsmethodik, Gnäus Flavius und freie Rechtsfindung, Arch. f. Rechts- u. WirtschPhil. **08** 218—227, und Der Verständigungszweck im Recht, Ein Versuch zur Aufdeckung rechtspsychologischer Grundlinien, s. auch JDR. **6** zu §§ 104 ff., 158 ff., 262 ff., 346 ff., u. an anderen Stellen).

2. *Wimpfheimer, Gesellschaften des Handelsr. und des bürgerl. Rechtes 137 ff. Es gibt auch eine beschränkte, sowie erweiterte Rechtsfähigkeit. Meist findet sie sich auf dem Gebiete des Standesrechts. Auf die Rechtsfähigkeit kann weder ganz noch teilweise verzichtet werden.

§ 6. I. 1. Ziff. 1. Geisteskrankheit und Geistesschwäche (s. JDR. **6** Ziff. I 1, **4** Ziff. II 1 c, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. I 1). **a)** v. Voxberger, ZBlFG. **10** 217 ff. Für die Begriffsbestimmung der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche ist nicht der Grad der geistigen Anomalie entscheidend, sondern unter Geistesschwäche ist lediglich der sog. angeborene Schwachsinn als eine auf Gehirnentwickelungshemmung beruhende ungenügende Ausbildung der geistigen Kräfte zu verstehen, während der Begriff der Geisteskrankheit alle übrigen auf Gehirnerkrankung beruhenden Formen geistiger Abnormität umfaßt, zu denen auch der Altersschwachsinn und der sog. sekundäre oder später erworbene Schwachsinn gehören. — Die in den §§ 104 Ziff. 3 und 114 BGB. an die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und wegen Geistesschwäche geknüpften Wirkungen rechtfertigen nicht die Entmündigung des geistig Gebrechlichen in dem einen Falle wegen Geisteskrankheit, in dem anderen wegen Geistesschwäche, je nachdem er entweder wie ein Kind gänzlich geschäftsunfähig ist oder nach Art eines Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nur in beschränkter Weise geschäftsfähig erscheint, sondern stellen sich als eine natürliche Konsequenz der tatsächlichen Begriffe von Geisteskrankheit und Geistesschwäche dar. **b)** Schultze bei Hoche, Gerichtliche Psychiatrie 233 f. Eine Psychiose ohne Störung der Geschäftsfähigkeit kommt für die Entmündigung nicht in Betracht. § 6 verlangt im Einzelfalle den streng persönlichen Nachweis, daß die vorliegende Störung auf die Besorgung der Angelegenheiten zur Zeit der Entmündigung in dem Grade einwirkt, daß man von einer Schutzbedürftigkeit reden kann. **c)** *v. Voxberger, ZBlFG. **10** 230, 231. Es ist nicht zulässig, an die Stelle „seiner" Angelegenheiten, zu deren Besorgung der zu entmündigende Geisteskranke oder Geistesschwache unfähig sein muß, die „Gesamtheit" seiner Angelegenheiten zu setzen und daraufhin die Entmündigung zuzulassen, wenn der zu Entmündigende noch eine einzelne Angelegenheit zu besorgen vermag. Der Satz, daß das Unvermögen des zu Entmündigenden, seine Angelegenheiten „in ihrer Gesamtheit" zu besorgen, begriffsmäßig nicht voraussetze, daß derselbe keine einzige seiner Angelegenheiten zu besorgen vermöge, ist als zutreffend nicht anzuerkennen.

2. Ziff. 3. Trunksucht (s. JDR. **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 8). **a)** Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 299. Eine Person kann an Trunksucht leiden, ohne jemals betrunken gewesen zu sein, eine andere kann jeden Tag trinken und häufig betrunken sein und ist doch nicht trunksüchtig. Die Fähigkeit, in jedem Augenblick unabhängig von den inneren und äußeren Umständen dauernd dem Alkoholgenuß entsagen zu können, entscheidet über die Berechtigung „von Trunksucht" zu sprechen. Die Trunksucht des § 6 Ziff. 3 umgreift auch die periodische Trunksucht und die Dipsomenie. **b)** **RG.** 16. 9. 09, JW. **09** 654, R. **09** Ziff. 2902, 2903. Bei Entmündigung wegen Trunksucht muß das Unvermögen des zu Entmündigenden zur Besorgung seiner Angelegenheiten schon zur Zeit der Entmündigung vorhanden sein. Für die Frage, ob ein solches Unvermögen vorliegt, kommt es auf die Gesamt-

heit der Angelegenheit und auf das Gesamtergebnis der wirtschaftlichen Tätigkeit des zu Entmündigenden an; der Umstand, daß er während des Zustandes der Trunkenheit tagelang unfähig ist, einzelne Geschäfte zu besorgen, ist nicht von entscheidender Bedeutung.

II. Abs. 2 (s. JDR. **7** Ziff. 2). **RG.** 18. 2. 09, JW. **09** 189 f., R. **09** Ziff. 1267. Der entmündigte Verschwender ist dafür beweispflichtig, daß er sich dauernd von seiner früheren Verschwendungssucht abgewendet hat; dies ist nicht identisch mit der Forderung des Nachweises einer Besserung gegenüber dem Zustande bei Erlassung des Entmündigungsbeschlusses.

§ 8. Zum Unterschiede der Geschäftsfähigkeit und Rechtsfähigkeit besonders auch bei juristischen Personen vgl. *Wimpfheimer, Gesellschaften des Handelsr. und des bürgerl. Rechtes 137—140.

§ 11. 1. Wohnsitz ehelicher Kinder (JDR. **4, 5, 7**). R. **09** Ziff. 3025 (BayObLG.). Wegzug des großjährigen Kindes von den Eltern und Eintritt in eine auswärtige ständige gewerbliche Stellung hebt den früheren Wohnsitz auf.

2. BayObLG. **9** 615 (BayObLG.) bereits JDR. **7** § 11 a.

§ 12. 1. **a)** Oertmann, Allg. Teil z. BGB., nimmt mit der herrschenden Meinung an, daß § 12 auf die Bezeichnung einer juristischen Person, insbesondere eines Vereins, entsprechende (nicht direkte) Anwendung zu finden habe. **b)** Kisch, JLBl. **09** 199, hält dies nicht für unzweifelhaft. Da das Gesetz die Vereinsautonomie für die Frage der Namensgebung anerkennt, scheint ihm eine Anwendung des § 12, der zum Teil auf dem Fehlen dieser Autonomie beim Einzelmenschen beruht, für Vereine nicht am Platze zu sein. Wird das Interesse des Vereins dadurch beeinträchtigt, daß ein anderer ihm das Recht zur Führung eines bestimmten Namens bestreitet, oder daß sich ein anderer Verein den gleichen Namen unbefugt beilegt, so seien nicht die besonderen Rechtsbehelfe des § 12, sondern nur die allgemeinen Rechtsbehelfe anwendbar.

2. R. **09** Ziff. 1836 (Hamburg). Auch die geschiedene Frau kann, solange sie den Namen ihres geschiedenen Mannes führt, Klage auf Unterlassung der Führung dieses Namens erheben, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 12 vorliegen.

3. RheinA. **106** 26 ff. (Cöln). Ein Kaufmann Namens Guttmann wird in seinem Namenrechte nicht dadurch verletzt, daß ein Gewerbetreibender in einer anderen Stadt ohne Verletzung eines schutzwürdigen Interesses des ersteren, wenn auch unbefugt, die Firma Gutmann u. Cie. führt.

4. SächsRpflA. **09** 142 ff. (LG. Leipzig). Der Namenschutz des § 12 steht auch berühmten Persönlichkeiten zu. Aus der Praxis des Patentamts, das den Namen einer Person von allgemeiner Berühmtheit, ohne daß es ihrer Genehmigung bedarf, als Warenzeichen einträgt, läßt sich nichts für die Entstehung eines, den Namenschutz in bezug auf Warenbezeichnung für berühmte Persönlichkeiten ausschließenden Gewohnheitsrechts verwerten, da diese Praxis des Patentamts auf besonderen, das Privatrecht nicht berührenden Gründen beruht. (Der Bekl. hatte sich die Worte „Graf Zeppelin" als Warenzeichen für gewisse Kolonialwaren eintragen lassen.) Die Feststellung einer Verletzung des Interesses des Klägers wurde u. a. damit begründet, daß es als berechtigtes Interesse jedes Menschen anerkannt werden müsse, daß sein Name nicht oder doch nur insoweit von anderen zur Reklame benutzt wird, als er es selbst gestattet.

5. HansGZ. **09** Beibl. 125 ff. (Hamburg) behandelt die Zulässigkeit des Rechtswegs für eine Klage auf Anerkennung eines Familiennamens gegenüber der Aufsichtsbehörde für die hamburgischen Standesämter.

6. Adelsprädikat. **a)** SeuffA. **64** 49 ff. (Stuttgart). In Übereinstimmung mit **RG.** SeuffA. **59** 305 ff. (JDR. **3** Ziff. II 3 a) ist davon auszugehen, daß bei adeligen Familien das Wort „von" einen Teil des Namens bildet und demgemäß

der Träger eines solchen Namens zur Geltendmachung der Rechte aus § 12 befugt ist. Aber nur unter besonderen Umständen wird der Träger eines adeligen Namens zur Unterlassungsklage gegen einen Dritten wegen Gebrauchs desselben Namens in seiner **bürgerlichen Form** (also ohne „von") für legitimiert erachtet werden dürfen, so z. B. wenn mit solcher Namensführung die uneheliche Abstammung aus der betreffenden Adelsfamilie kundgegeben werden sollte. Hat sich eine adelige Familie von der bürgerlichen Stammfamilie abgezweigt, so wirkt dies auf die Namensführung in der Weise zurück, daß nur beim Bestehen bestimmter innerer Zusammenhänge der seitens eines Dritten betätigte Gebrauch des des Wortes „von" entbehrenden Familiennamens von den Angehörigen der adeligen Familie als eine Verletzung des gerade in der Zugehörigkeit zur Familie wurzelnden Namenrechts empfunden werden wird. **b)** BadRpr. **09** 101 ff. (Karlsruhe) wendet mit Planck (§ 12 Anm. 5) den § 12 entsprechend auf den Adel an (eingehende Darlegungen aaO. 102, ob das Wort „von" ein Adelszeichen oder einen Namensbestandteil darstellt).

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte. I. Recht der Persönlichkeit (s. JDR. **6** u. **7** Ziff. I des Anhanges). **RG.** 7. 11. 08, **69** 401 ff. Ein allgemeines subjektives Persönlichkeitsrecht ist dem geltenden bürgerlichen Rechte fremd. Es gibt nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte, wie das Namenrecht, das Warenzeichenrecht, das Recht am eigenen Bilde, die persönlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts. Ein Persönlichkeitsrecht an den eigenen Briefen — abgesehen von deren urheberrechtlichem Schutze —, dessen gesetzliche Anerkennung vielfach, unter anderem auch in dem ersten Entwurfe zum gegenwärtigen Urheberrechtsgesetze vorgeschlagen war, ist bisher nicht durchgedrungen. Ein Rechtsschutz der Persönlichkeit ist daher auf diesem Gebiete nur gegen unerlaubte Handlungen gegeben, und zwar gegen begangene im Wege der Schadensersatz- und Wiederherstellungsklage, gegen in Aussicht stehende im Wege der Unterlassungsklage.

II. Wappenrecht (s. JDR. **3**, **6**, **7** Ziff. II des Anhanges). **RG.** 27. 5. 09, **71** 262 ff., JW. **09** 411, DJZ. **09** 1090, R. **09** Ziff. 2210. Das Wappenrecht, bestehend in der Befugnis, zur besonderen Kennzeichnung der eigenen Person ein bestimmtes Wappen zu gebrauchen, ist zwar vielfach mit dem Namenrecht in der Person des Namens- und Wappenträgers verbunden; es bildet jedoch keinen Bestandteil des Namenrechts, es ist vielmehr ein von diesem verschiedenes besonderes Recht, auf das daher die namenrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes an sich nicht anwendbar sind. Wegen der Rechtsähnlichkeit im Wesen und in der inneren Zweckbestimmung sind jedoch die zunächst nur für das Namenrecht gegebenen privatrechtlichen Schutzmittel auf Fälle einer gleichartigen Verletzung des Wappenrechts entsprechend anwendbar. Dies gilt sowohl dann, wenn es sich um das Wappen einer Einzelperson, als auch dann, wenn es sich um das Wappen einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes handelt. Als eine Verletzung des Wappenrechts einer Stadt ist es aber nicht anzusehen, wenn ein Gewerbetreibender zur Ausstattung seiner Ware und um auf deren Herstellungsort hinzuweisen, ein Städtewappen benutzt.

III. Recht an Telegrammadressen (JDR. **6** Ziff. VI des Anhanges). **a) RG.** 27. 5. 09, PosMSchr. **09** 101 schützt auch Telegrammadressen, die aus einer Verbindung des Familiennamens mit einer dem Geschäft entnommenen Sachbezeichnung bestehen. Die Bezeichnung (Kohlenschulz) kann zum verkehrsüblichen Namen geworden sein, dem unter den Voraussetzungen des § 12 dessen Schutz gegenüber unbefugtem Gebrauche durch andere Personen nicht zu versagen ist. **b)** R. **09** Ziff. 2212 (Hamburg). Eine Gesellschaft, deren Geschäftsführer ihr den Gebrauch seiner früheren aus Namen- und Sachbezeichnung bestehenden Telegrammadresse erlaubt hatte, darf diese Telegrammadresse noch eine angemessene Frist nach

dem Ausscheiden des Geschäftsführers und nach der Annahme einer neuen Telegrammadresse benutzen. c) **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 228 behandelt den Schutz einer aus dem Familiennamen und einem anderen Worte, das aus der Art des betriebenen Geschäfts entnommen war, zusammengesetzten Telegrammadresse. Es wird ausgeführt, daß in den geschäftlichen Kreisen die Bezeichnung „Eisenwendt“ zu dem verkehrsüblichen Namen des Klägers geworden war, dem unter den sonstigen Voraussetzungen des § 12 dessen Schutz gegenüber einem unbefugten Gebrauche durch andere Personen an sich nicht zu versagen sei.

§ 14. Abs. 2. Bechert, ZBlFG. **10** 380 f. Die Todeserklärung eines Verschollenen, der nach Ablauf des Kalenderjahrs, in welchem er sein 60. Lebensjahr vollendet hat, jedoch vor Vollendung seines 65. Lebensjahrs in Verschollenheit geraten ist, wird zulässig mit dem Schlusse des Kalenderjahrs, in welchem er das 70. Lebensjahr vollendet haben würde (ebenso Hölder und Staudinger zu § 14 BGB.).

§ 20. PosMSchr. **08** 153 (Königsberg). Für die Anwendbarkeit des § 20 begründet es keinen Unterschied, ob die Todesgefahr zufällig entstanden oder durch eine der davon betroffenen Personen absichtlich heraufbeschworen ist. (Eine Mutter reicht das von ihr bereitete Gift ihrem Sohne.) Vgl. hierzu Fromm aaO. **09** 18, der darauf aufmerksam macht, daß es sich immer um ein Ereignis handeln müsse, das, mag es auch zunächst von einem der Kommorienten verursacht sein, sich später der Lenkung des Urhebers entzieht und dadurch eben eine Gefahr wird.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Arbeiten, die das Wesen der juristischen Person im allgemeinen behandeln, fehlen im Berichtsjahre vollständig. Nachzutragen war noch aus dem Vorjahre die Arbeit von Mayer (s. unten). — In der Rechtsprechung befassen sich wiederum eine größere Zahl von Entscheidungen mit den Schwierigkeiten des § 54. Daneben liefert die Rechtsprechung wieder eine reiche Kasuistik zu § 89.

Literatur: Fischbach, Zur Lehre vom Sammelvermögen, DJZ. **09** 261. — Heinsheimer, Zum Prozeß der Radboder Witwen, DJZ. **09** 422. — Mayer, Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Rechte. Tübingen 1908. — Mészlény, Das Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich und im schweizerischen Zivilgesetzbuche. Bern 1908.

1. Allgemeines. Das Wesen der juristischen Person. a) Vgl. JDR. **1** Note 1—3, **2** Note 1, 2, **3** Note 1 ff., **4**, **5**, **6**, **7** Note 1 zum 2. Titel. b) Mayer aaO. hält jede juristische Person für öffentlich-rechtlicher Natur. Sie ist ein „verpersönlichtes Unternehmen“, das vom Staate als ein Stück öffentlicher Verwaltung anerkannt und behandelt wird. Ein Verein kann diesem Unternehmen beitreten, braucht es aber nicht. Fehlt er, so liegt eine Stiftung vor. c) Mészlény aaO. geht aus von dem Begriffe des „Vermögens“. Jedes Vermögen ist ein Güterkomplex mit einheitlichem rechtlich anerkanntem Zwecke. Die Person des Trägers ist für den Begriff nur insoweit relevant, als der Vermögenszweck durch die Rechtsordnung gemäß den subjektiven Zwecken einer Person bestimmt wird. Eine Gesamtnachfolge tritt daher nur bei Zweckänderung ein, aber z. B. nicht, wenn ein nicht rechtsfähiger Verein nachträglich die Rechtsfähigkeit erlangt. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person bedeutet nur die Selbständigkeit ihres Vermögens. Sie ist insofern jedem anderen selbständigen Sondervermögen wesensgleich. d) **RG. 71** 140 ff., SchlHolstAnz. **09** 258. Eine juristische Person besteht niemals um ihrer selbst willen, sondern um des Zweckes willen, dem sie ihr Dasein verdankt. Deshalb ist bei Zuwendung einer Summe an eine juristische Person, die einen bestimmten Zweck verfolgt, die Bereicherung, die zum Begriffe der Schenkung gehört, nicht deshalb zu verneinen, weil sie satzungs- oder bestimmungsgemäß verausgabt werden und keine

dauernde Kapitalvermehrung bilden soll. Andernfalls wäre eine Schenkung an eine juristische Person überhaupt nicht möglich. Wer ihr die Mittel gewährt, ihrem Zwecke gerecht zu werden, bereichert sie nicht bloß formell, sondern materiell und endgültig. **e)** **RG. 71** 4, R. **09** Ziff. 1421. Strafurteile können nur gegen natürliche Personen ergehen. Bei juristischen Personen ist daher eine Feststellung ihres Verschuldens durch Strafurteil im Sinne der §§ 135, 136 GewUVG. vermöge ihrer rechtlichen Natur ausgeschlossen, aber nicht „aus besonderen Gründen", wie sie § 139 das. im Auge hat. **f)** *Wimpfheimer, Die Liquidation 182, schlägt als Sammelname für die zwischen den Gesellschaften im engeren Sinne und den rein juristischen Personen stehenden, diesen sich nähernden Gebilden, wie Aktiengesellschaft, Aktien-Kommanditgesellschaft, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Gesellschaften mbH., Gewerkschaften usw., die Bezeichnung Personiden vor.

2. Vertrag mit dem Geschäftsführer einer künftigen juristischen Person. FrankfRundsch. **43** 42 (Frankfurt). Ein Vertrag, den jemand als Geschäftsführer einer noch nicht existierenden juristischen Person für sie befugterweise schließt, wird ohne weiteres gültig, sobald die juristische Person existent wird. Diese wird dann sofort aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet. Der Sinn eines solchen Vertrags ist also nicht der, daß mit dem Geschäftsführer persönlich kontrahiert und ihm das Recht zugestanden wird, Rechte und Pflichten der künftigen juristischen Person zu übertragen.

3. Internationales Privatrecht. ElsLothZ. **09** 308 (Colmar). Bestand und Rechtsfähigkeit einer juristischen Person müssen nach demjenigen Rechte beurteilt werden, welches am Sitz der juristischen Person gilt.

4. Wer ist juristische Person? **a)** Vgl. § 89 Note 2. **b)** BraunschwZ. **09** 17 (Braunschweig) erörtert die Frage der juristischen Persönlichkeit von Kommunalbrauereien (Braugilden) nach verschiedenen Rechtssystemen und verneint sie für gemeines Recht. **c)** BadNotZ. **09** 143 (GBA. Rohrbach). Für die „Spargesellschaft für Landgemeinden" in Heidelberg sind die Körperschaftsrechte nicht nachgewiesen. **d)** SeuffBl. **09** 567 (LG. München I) behandelt die Frage der Rechtspersönlichkeit der Kgl. Bayerischen Bank. **e)** Über katholische Orden vgl. die Noten zu Art. 84 EGBGB.

5. Sammelvermögen. **a)** Fischbach aaO. verteidigt die Auffassung seines Werkes (vgl. JDR. **6** Note 3 zum 2. Titel) gegen den Einwand, dem von ihm konstruierten „begrenzten dinglichen Rechte des Sammlers" stehe der „numerus clausus" der dinglichen Rechte nach BGB. entgegen. Dies ist bestritten, das BGB. folgt bei Rechtsverhältnissen dieser Art deutschrechtlichen Grundsätzen, die solche Rechte stets zugelassen haben. Auch handelt es sich um ein nicht kodifiziertes Rechtsgebiet, für dessen rechtliche Beurteilung einzig die Analogie und die Verhältnisse des realen Lebens maßgebend sein dürften. **b)** Heinsheimer aaO. erörtert bei Besprechung des Falles Radbod die Frage, ob den Destinatären einer Sammlung ein Anspruch auf bestimmungsmäßige Auszahlung der Gelder zustehen kann. Eine solche Annahme ist nur möglich, wo der Kreis der Destinatäre individuell bestimmt oder bestimmbar ist. Ist dies der Fall, so kann man einen solchen Anspruch als gegeben annehmen, sofern man im einzelnen Falle die obligatorischen Beziehungen zwischen Spendern und Sammlern als Vertrag zugunsten Dritter auslegen kann. Dies ist unmöglich, wenn man der anderen Auffassung beitritt, nämlich daß zwischen Spendern und Sammlern ein Gesellschaftsverhältnis bestehe oder sie einen Verein bilden. Dann bleibt die Sammlung Internum der Gesellschaft oder des Vereins bis die Sammler mit den Destinatären Verträge abschließen. Der Verfasser neigt sich der ersteren Ansicht zu und lehnt eine dritte mögliche Konstruktion, welche die Sammler als auftraglose Geschäftsführer der Destinatäre ansehen würde, ab.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Ahlbrecht, Religionsgesellschaften und Registerrichter, DJZ. **10** 123. — Hölder, Besprechung von Wiedemanns „Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen" (vgl. JDR. **6** vor § 21), R. **09** 510. — Kisch, JLBl. **09** 197 ff., behandelt bei Besprechung der 2. Aufl. von Oertmanns Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB. (Berlin 1908) ausführlich eine Reihe von Fragen des Vereinsrechts.

Vorbemerkungen. Allgemeines. Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen Verein. **a)** Vgl. JDR. **6, 7** Vorbem. vor § 21. **b)** KGJ. **36** A 134 (KG.). Rechtsfähige Vereine können Mitglieder von Genossenschaften sein. Die früher gegen die Zulassung anderer als physischer Personen erhobenen Bedenken müssen als endgültig überwunden gelten. **c)** R. **09** Ziff. 192 (Frankfurt). Daß durch Erlangung der Rechtsfähigkeit eines Vereins die Verbindlichkeiten desjenigen der vor Eintragung für den nicht rechtsfähigen Verein kontrahiert hat, ipso jure auf den nunmehr rechtsfähigen Verein übergehen, ist im Gesetze nirgends gesagt und auch sonst im Rechte nicht begründet. **d)** Nicht rechtsfähiger Verein und Gesellschaft s. § 54.

§§ 21, 22. 1. Allgemeines. **a)** Hubrich (s. vor § 89) 25. Aus § 21 folgt keineswegs, daß von nun an alle Vereine, die sich auf öffentliche Angelegenheiten beziehen, nur nach § 21 rechtsfähig werden können. Ein solcher Verein kann auch unter Erhebung zur Korporation des öffentlichen Rechtes juristische Person werden. **b)** Hölder aaO. Unrichtig ist die Ansicht Wiedemanns, daß ideale Vereine regelmäßig um der immateriellen Natur des Zweckes halber auch ohne wirtschaftliche Mittel arbeiten werden.

2. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. **a)** KGJ. **36** A 146, DNotV. **09** 662, R. **09** Ziff. 191 (KG.). Der Zweck eines Vereins ist dann nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, wenn er sich als ein gemeinnütziger darstellt. Als solcher stellt sich der Zweck einer „Landwirtschaftskammer" dar, die die Gesamtinteressen der Land- und Forstwirtschaft ihres Bezirkes wahrzunehmen hat. Daran ändert es nichts, wenn durch ihren Geschäftsbetrieb die wirtschaftliche Lage einer Anzahl von Landwirten gebessert wird. Dies ist nur die mittelbare Folge der Erreichung des gemeinnützigen Zweckes, nicht Selbstzweck ihres Betriebs. Auch der Umstand ändert nichts, daß die Vereinsmitglieder für einzelne Vorhaltungen Vergütung leisten, solange nur der Verein als solcher daraus kein Erwerbsgeschäft macht. **b)** BadRpr. **09** 250 (Karlsruhe). Ein Witwen- und Waisen-Unterstützungsverein, der nach der Satzung für die Witwen und Waisen seiner Mitglieder Fürsorge zu treffen hat, verfolgt einen wohltätigen, überwiegend idealen, nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck. Gewährt der Verein nur nebenher Sterbegeld, so ist er zwar streng rechtlich als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit anzusehen, immerhin ist dies nicht der Hauptzweck des Vereins und die Eintragung ist daher nicht unzulässig. **c)** BadRpr. **10** 7 (LG. Offenburg). Gemeinnützig ist ein Verein, wenn sein Hauptzweck darauf gerichtet ist, unmittelbar der Gesamtheit oder doch einer unbestimmten Anzahl von Personen zu nützen. Dies ist nicht der Fall bei einer „Männerbad-Gesellschaft", die nach der Satzung ausschließlich dem Interesse der Mitglieder dient und bei der die Eintrittsmöglichkeit durch Erhebung eines nicht sehr niedrigen Jahresbeitrags und andere Bestimmungen begrenzt ist. **d)** SchlHolstAnz. **09** 189 (LG. Kiel). Ein Verein von Arbeitgebern, dessen Zweck darauf gerichtet ist, unberechtigte Bestrebungen der Arbeitnehmer abzuwehren, die auf Aufstellung einseitiger Arbeitsbedingungen und Durchsetzung dieser durch Ausstände abzielen, und den Mitgliedern die erforderlichen Arbeitskräfte zu vermitteln, ist auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet.

3. Zu Unrecht erfolgte Eintragung. a) Vgl. JDR. **7** Note 2. **b**) Kisch aaO. 201 bekämpft die Ansicht Oertmanns aaO., der im Falle der Eintragung eines Vereins, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, Nichteintritt der Rechtsfähigkeit annimmt, wenn der Richter die Frage nicht geprüft, dagegen Eintritt, wenn er sie unrichtig entschieden hat. Der Schutz Dritter erfordert in beiden Fällen Eintritt der Rechtsfähigkeit. Auch ist vielfach nicht zu ermitteln, welcher Fall vorliegt. Die §§ 142, 159 FGG. sind in beiden Fällen anwendbar.

4. Religionsgesellschaften. a) Vgl. JDR. **4** Note 4. **b**) Ahlbrecht aaO. Bei der Prüfung, ob eine unter Art. 13 PrVerfUrk., Art. 84 EGBGB. fallende Religionsgesellschaft vorliegt, ist der Registerrichter nicht auf die Satzung beschränkt. Ist eine solche Religionsgesellschaft in das Vereinsregister eingetragen, so kann sie das Registergericht von Amts wegen löschen. Diese Befugnis steht ihm jedoch nicht zu, wenn eine zur Zeit der Eintragung nicht unter Art. 13 fallende Religionsgesellschaft nachträglich einen solchen Charakter annimmt (vgl. Note zu § 43). **c**) Im übrigen s. Noten zu Art. 184 EGBGB.

5. Übergangsfrage. **RG.** R. **09** Ziff. 2133. Ein vor 1900 gegründeter Verein, dessen neueste Statuten vor 1900 datieren und der nach Inkrafttreten des BGB. nicht ins Vereinsregister eingetragen wurde, untersteht dem alten Rechte.

§ 24. Kann der Verein einen mehrfachen Sitz haben? Kisch aaO. 198 f. verneint diese Frage im Gegensatze zu Oertmann aaO. mit Rücksicht auf die aus der Notwendigkeit mehrfacher Eintragung entstehenden praktischen Schwierigkeiten. Wird die Verwaltung an mehreren Orten geführt, ohne daß das Statut eine Regelung dieses Punktes enthält, so muß der Ort entscheiden, zu welchem der Verein nach der ganzen Lage der Umstände die stärkste Beziehung aufweist.

§ 25. Juristische Natur der Vereinsgründung. Im Gegensatze zu Oertmann aaO., der in der Vereinsgründung keinen Vertrag, sondern einen „Gesamtakt" sieht, erklärt Kisch aaO. 200 sie für einen Vertrag. Eintritt und Austritt von Mitgliedern sind einseitige Rechtsgeschäfte, wenn sie ohne Annahme durch den Verein möglich sind.

§ 26. 1. Begriff des Vorstandes. Hafner, R. **09** 320, bekämpft die Entsch. des OLG. Colmar, R. **08** Ziff. 3207. Als Vorstand im Sinne des Gesetzes ist nicht eine Person oder Personenmehrheit anzusehen, die nur in der Satzung diesen Namen hat, in Wirklichkeit aber lediglich im inneren Vereinsleben wirksam ist. Vorstand ist vielmehr das Organ der Vertretung des Vereins nach außen ohne Rücksicht auf seine satzungsmäßige Benennung.

2. Notwendigkeit des Vorstandes. **RG.** JW. **09** 411, BayRpflZ. **09** 334, SächsRpflA. **09** 524, R. **09** Ziff. 2213. Der Verein hört nicht dadurch auf, zu existieren, daß der Vorstand sein Amt niederlegt. Bevor aber ein anderer Beschluß gefaßt wird, muß ein Vorstand neu gewählt worden.

3. Vertretung durch einzelne Vorstandsmitglieder. **RG.** (Strafs.) **42** 216. § 26 besagt nicht, daß der Vorstand mit zwingender Notwendigkeit nur durch die Gesamtheit seiner Mitglieder den Verein vertreten könne und daß eine entgegenstehende Satzungsbestimmung ungültig sei. Aus der Geschichte des § 26 ergibt sich mit Sicherheit, daß er eine Sanktionierung des Kollektivprinzips nicht enthält und nicht enthalten soll.

§ 28. 1. Abs. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2348. Zur Genehmigung des von einem Vorstandsmitgliede geschlossenen Vertrags genügt bei Kollektivvertretung das mündliche Einverständnis der übrigen Vorstandsmitglieder nur, wenn es in einer unter Bezeichnung des Gegenstandes der Beratung einberufenen Versammlung erklärt ist.

2. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **09** 230. Ein Mitglied eines Syndikats erfüllt seine Pflicht zur Meldung über seine Abschlüsse mit Dritten nicht dadurch, daß sein Vertreter, der zugleich Vertreter des Syndikats ist, unterrichtet wird.

§ 30. a) Begriff des besonderen Vertreters. **RG. 70** 118, JW. **09** 69, DJZ. **09** 378, R. **09** Ziff. 193. Das rechtliche Merkmal, das den besonderen Vertreter im Sinne des § 30 von dem unter § 831 BGB. fallenden Angestellten unterscheidet, nämlich die Berufung durch die Satzung bei einem Vereine, durch die die Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften (**RG. 53** 276), ist nicht dahin zu verstehen, daß die Satzung oder die organisatorischen Vorschriften einen Vertreter für einen bestimmten Betriebs- oder Verwaltungszweig ausschließlich vorgesehen haben müßten. Es ist nur erforderlich, daß die Berufung des Vertreters in Bestimmungen der Vereinssatzung oder der Verfassung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ihren rechtlichen Grund hat, daß sie auf diese Bestimmungen zurückgeführt werden kann. Ob der so Berufene als Vertreter zu erachten ist, entscheidet sich in der Regel nach der Selbständigkeit seiner Stellung sowie nach der Wichtigkeit und dem Umfange des ihm zugewiesenen Geschäftsbereichs. **b) RG. 69** 298. Der Vorsitzende einer örtlichen „Zahlstelle" eines Zentralverbandes von Berufsgenossen kann vermöge der ihm durch Statut und Bestallung übertragenen Aufgabe und der darin liegenden generellen Vollmacht zum mindesten für die Zustellung der Klage in Prozessen über die zu seinem Wirkungskreise gehörigen Angelegenheiten als Generalbevollmächtigter i. S. des § 173 ZPO. gelten.

§ 31. 1. Anwendungsgebiet. **RG. 69** 364. Für die Regreßpflicht nach § 136 GewUVG. ist die Anwendung des § 31 ausgeschlossen.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. **a) RG.** R. **09** Ziff. 790. Der Vorsitzende des Grubenvorstandes einer Gewerkschaft sowie ein Vorstandsmitglied, das zum Abschluß eines bestimmten Vertrags besonders beauftragt ist, sind verfassungsmäßige Vertreter der Gewerkschaft. **b)** Citron, Die Haftpflicht der Revisionsverbände, JW. **09** 644, bespricht die Ausführungen Havensteins (JDR. **7** Note 2) und lehnt wie dieser die Anwendbarkeit des § 31 auf einen Verbandsrevisor ab.

3. „In Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen". Die Frage, ob die Aktiengesellschaft für den Schaden haftet, der aus der Aktienfälschung durch einen ihrer Direktoren entsteht, wird im Anschluß an einen vorgekommenen Fall behandelt von Mumm, DJZ. **09** 648, Sontag, ZAktWes. **09** 1, Simon, ZAktWes. **09** 25. Mumm und Sontag nehmen an, daß die Fälschung von dem Direktor dann in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen, eine Haftung aus § 31 also begründet ist, wenn es sich um fälschliche Ausfüllung von Aktienblanketts handelt, sofern deren Handhabung zu den speziellen Obliegenheiten des betr. Direktors gehörte. Simon dagegen verneint die Anwendbarkeit des § 31 auch für einen solchen Fall.

4. Verschulden. **a)** Neukamp, DJZ. **09** 274, bekämpft die von Scholz und Donath in ihrem „Rechtsbuch für Genossenschaften" (Berlin 1908) vertretene Ansicht, die Anwendung des § 31 setze weder ein Verschulden des Vereins noch seines Vorstandes oder seiner Vertreter voraus. **b) RG.** JW. **09** 483. Aus einem besonders starken Stoße beim Einfahren eines Zuges kann nicht ohne weiteres ein Verschulden der gesetzlichen Vertreter der Eisenbahngesellschaft gefolgert werden.

§ 32. 1. Juristische Konstruktion der Vereinbeschlüsse. Kisch aaO. 200. Der Vereinsbeschluß ist kein Vertrag. Denn bei seinem Zustandekommen wirken auch die widersprechenden Mitglieder mit und auch sie sowie die nicht teilnehmenden sind daran gebunden. Hier kann man von einem „Gesamtakt" reden.

2. Rechtsmittel gegen unzulässige Beschlüsse. Kisch aaO. 205 berichtigt in Übereinstimmung mit Oertmann seine (GrünhutsZ. **29** 337 vertretene) Meinung dahin, daß gegen unzulässige bzw. ungültige Beschlüsse nicht eine besondere Anfechtungsklage gegeben ist, daß vielmehr lediglich die Klage auf Feststellung der Ungültigkeit erhoben werden kann.

3. Leitung der Versammlung. **RG.** JW. **09** 411, BayRpflZ. **09** 334, SächsRpflA. **09** 524, R. **09** Ziff. 2213. Schreibt die Satzung die Leitung der Versammlungen durch den Vorstand vor, so hat die Mitgliederversammlung nicht die Freiheit, ohne Not einen besonderen Leiter zu wählen. Beschlüsse, die nach Amtsniederlegung des Vorstandes vor dessen Neuwahl unter einem besonderen Leiter gefaßt werden (z. B. Ausschluß eines Mitglieds), sind ungültig.

4. Streitigkeiten zwischen dem Verein und einzelnen Mitgliedern. a) SächsRpflA. **09** 363 (Dresden). Die Bestimmung der Vereinssatzung, daß gegen die Entscheidung des Vorstandes über die Geltendmachung von Mitgliederrechten unter Ausschluß des Rechtswegs nur die Berufung an den „Ausschuß", ein Organ des Vereins, offen steht, ist ungültig, weil dieser Ausschuß die eine der streitenden Parteien, nämlich den Verein, repräsentiert. **b)** SchlHolstAnz. **09** 311 (Kiel). Ein Schiedsvertrag zwischen dem Verein und einzelnen Mitgliedern kann rechtswirksam geschlossen werden. Es bedarf hierzu nicht der satzungsmäßigen Form.

5. Bezeichnung des Gegenstandes. a) Vgl. JDR. **5** Note 2, **6** Note 2, **7** Note 3. **b)** Die Entsch. JW. **08** 674 ist auch abgedruckt HansGZ. **09** Beibl. 115.

§ 33. Änderung des Vereinszwecks. Kisch aaO. 201 bekämpft die Ansicht von Oertmann aaO., daß die Änderung des Vereinszwecks eine Wesensänderung des Vereins sei. Nach Oertmann ist sie im Rechtssinn Aufhebung des alten Vereins unter gleichzeitiger Begründung eines neuen. Die im Abs. 1 Satz 2 unter bestimmten Kautelen ausgesprochene Zulassung hat nur die Bedeutung, daß nunmehr das Vermögen ipso iure unmittelbar auf den neuen Verein übergeht. Nach Kisch büßt der Verein durch die Zweckänderung seine Identität nicht ein.

§ 35. 1. Begriffs des Sonderrechts. a) Kisch aaO. 203 bekämpft die Ansicht von Oertmann aaO., der das Kriterium des Sonderrechts darin findet, daß es ein selbstnütziges Recht ist, während die Mitgliedschaft wenigstens nach ihrer Idee und grundsätzlichen Bedeutung vorwiegend gemeinnützig ist. Er rechnet zu den Sonderrechten das Recht auf Gewinnanteil, das Nutzungsrecht an den Stücken des Vereinsvermögens, die Beteiligung an den Veranstaltungen des Vereins, den Besuch der Vereinsräume; zu den Mitgliedschaftsrechten zählt er die Mitgliedschaft, das Recht auf die besonders vorbehaltene oder eingeräumte Organstellung, namentlich aber das Recht auf Teilnahme an den Vereinsverhandlungen, insbesondere das Recht der Meinungsäußerung und Abstimmung. Kisch dagegen führt aus, daß es sich bei „Sonderrechten" nur um ein Besonderes handelt, was der betreffende Vereinsangehörige vor den übrigen voraus hat, was nicht jedem zusteht, seinem Träger eine Stellung gibt, die ihn in der einen oder anderen Beziehung aus dem Kreise der sonstigen Mitglieder heraushebt. „Sonderrechte" aller Mitglieder kann es darum nicht geben. Alle die von Oertmann erwähnten Befugnisse sind in Wahrheit einfache Mitgliedschaftsrechte (vgl. auch Note zu § 38). **b)** *Wimpfheimer, Die Liquidation 166. Sonderrechte sind Mitgliedschaftsrechte, die ihrem Wesen nach zentrifugal, in erster Linie auf die Interessen ihrer Träger und die Wahrung ihrer Prärogativen gerichtet sind. Rechte, die jedem Mitgliede zustehen oder grundsätzlich zustehen können, sind keine Sonderrechte.

2. Sonderpflichten. Kisch aaO. 204 nimmt mit Oertmann aaO. an, daß Sonderpflichten, d. h. solche, die der Verein über die allgemeinen, allen

Mitgliedern als solchen obliegenden Verpflichtungen hinaus einzelnen Mitgliedern auferlegt, ihnen nicht unmittelbar durch die Verfassung auferlegt werden können und daß die Belastung nur einzelner Mitglieder mit höheren Beiträgen unzulässig ist.

§ 38. Kisch aaO. 202 führt gegen Oertmann aaO. aus, daß die Mitgliedschaft als solche kein Mitgliedschaftsrecht, auch kein Sonderrecht sei. Beide Arten von Rechten beruhten vielmehr auf der Mitgliedschaft, diese sei eine rechtlich erhebliche persönliche Eigenschaft der Vereinsangehörigen oder vielleicht ein Rechtsverhältnis.

§ 39. 1. Form der Austrittserklärung. DNotV. **09** 662, R. **09** Ziff. 1964 (Colmar). Die Vereinssatzungen können bestimmen, daß eine Austrittserklärung schriftlich erfolgen muß. Dies enthält keine unzulässige Erschwerung des Austritts, weil Schreibenskunde von Vereinsmitgliedern allgemein vorausgesetzt werden darf, der Zweck der Schriftlichkeit vielmehr nur darin zu finden ist, für den Verein und das ausscheidende Mitglied die Zeit des Austritts auf einfache Weise festzustellen.

2. Ausschließung von Mitgliedern. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 1, **4** Note 2, **5** Note 2, **6** Note **7** Note 1—5. **b)** Kisch aaO. 202 bekämpft die Ansicht von Oertmann, der Ausschluß eines Mitglieds gegen seinen Willen sei auch ohne bezügliche Satzungsbestimmung jederzeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliege. Die ungünstigere Behandlung einzelner Mitglieder gegen ihren Willen ist nur soweit statthaft, als sie durch das Statut ausdrücklich zugelassen wird. **c)** R. **09** Ziff. 1963 (Colmar). Maßgebend bei Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit der Ausschließung eines Mitglieds ist der ihm von dem Vereinsvorstande im Ausschließungsbeschlusse mitgeteilte — nicht der von ihm nachträglich im Prozesse zur Rechtfertigung der Ausschließung geltend gemachte Grund. **d)** Vgl. § 32 Note 1.

3. Über die juristische Konstruktion des Austritts vgl. Note zu § 25.

§ 41. *Wimpfheimer aaO. 125. Der aufgelöste Verein kann nicht mehr in das Werbestadium zurückgewandelt werden.

§ 43. Abs. 3. Ahlbrecht aaO. 126. Diese Bestimmung ist auch anwendbar, wenn der Verein einen anderen als den in der Satzung angegebenen religiösen Zweck verfolgt. Ist daher eine nicht unter Art. 13 PrVerfUrk. fallende Religionsgesellschaft im Vereinsregister eingetragen, so kann ihr die Verwaltungsbehörde die Rechtsfähigkeit entziehen, wenn sie andere als die angegebenen Zwecke verfolgt, insbes. wenn sie nunmehr eine unter Art. 13 PrVerfUrk. fallende Religionsgesellschaft ist (vgl. § 21 Note 3).

§ 45. Literatur: Oberwinter, Über Vereine, Aktiengesellschaften und Gewerkschaften im Liquidationszustande nach Verteilung des gesamten Vermögens unter die Anfallberechtigten, GruchotsBeitr. **53** 769—790.

Oberwinter aaO. behandelt 773 ff. die Frage der Haftung der Vereinsmitglieder nach Verteilung des gesamten Vermögens für später auftauchende Schulden. Seine Ergebnisse sind: § 419 ist nach Verteilung des Vermögens gegenüber den Anfallsberechtigten unanwendbar, weil die Übernahme nicht durch Vertrag stattgefunden hat. Die Ansprüche etwaiger unbekannt gebliebener Gläubiger erlöschen aber nicht mit der Verteilung. Die Anfallsberechtigten haben nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausantwortung des nach Tilgung sämtlicher Passiva verbleibenden Reinvermögens, also kein Recht, das zu viel Verteilte zu behalten. Würde in solchem Falle ein Bereicherungsanspruch der Korporation gegen die Anfallberechtigten zu konstruieren sein, so würde allerdings hierfür die Korporation als fortbestehend gelten müssen. Denn solange unverteiltes Vermögen vorhanden ist, ist die Liquidation trotz entgegenstehender Eintragungen und Beschlüsse nicht beendigt. Ein solcher Anspruch besteht aber nicht, weil die Anfallberechtigten der Korporation

gegenüber ein Anrecht auf die Verteilung hatten. Wohl aber besteht ein Bereicherungsanspruch der Gläubiger gegen die Anfallberechtigten.

§ 54. Literatur: Eckstein, Die Bedeutung der Satzungen für den nicht rechtsfähigen Verein, IheringsJ. **55** 243—259.

1. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. Verhältnis zur Gesellschaft. a) Vgl. IDR. **1** Note 1, **3** Note 1, **4** Note 1, 4, **6**, **7** Note 2. **b**) *Eckstein aaO. Die Satzungen des nicht rechtsfähigen Vereins sind schlechthin wirksam nur für das Innenverhältnis der Mitglieder. Im Zweifel (und bei Fehlen und Schweigen der Satzungen) wird die Ausschließung allen Gesellschaftsrechts, das durch Vereinsrecht ersetzt werden kann, als stillschweigender Satzungsinhalt anzusehen sein. Die Rechtsstellung des Vereins nach außen ist weder durch Satzung, noch durch stillschweigende Willenserklärung der Mitglieder zu beeinflussen. Konsequenzen: Beschlußfassung durch Mitglieder versammlung nach Stimmenmehrheit, nicht durch Mitgliedergesamtheit nach Stimmeneinheit; nach Auflösung Geschäftserledigungen durch Vorstand, nicht durch Mitglieder, Haftung des Einzelmitglieds für Vereinsverbindlichkeiten, Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber dem Verein für omnis culpa, nicht für culpa in concreto. c) Hüttner, Das Recht der Kartelle in Deutschland (Leipzig 1909) erörtert 30 ff., die Kriterien, aus denen zu entnehmen ist, ob man es bei einem Kartelle mit einer Gesellschaft oder einem nicht rechtsfähigen Vereine zu tun hat. Das Unterscheidungsmerkmal findet er (36) darin, daß der Verein ein von seinen Mitgliedern verschiedener selbständiger Organismus ist. Die Gesellschaft dagegen ist nur die Summe ihrer Gesellschafter und bildet keine neue höhere Einheit über diesen. Ob das eine oder andere vorliege, ist Frage der Auslegung im einzelnen Falle. **d**) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 401. Der nicht rechtsfähige Verein ist keine Gesellschaft, wenngleich er nach den Regeln der Gesellschaft für seine äußeren Rechtsbeziehungen behandelt wird. **e**) **RG. 71** 140, IW. **09** 369. Eine Zuwendung, die der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins aus dem Vereinsvermögen einem Dritten macht, wird diesem als einheitlicher, dem Vereine, d. h. den Mitgliedern als Gesamthändern zustehender Betrag übergeben. Daher ist für die Frage, ob die Zuwendung steuerpflichtig, die ganze Summe maßgebend.

2. Beitritt eines nicht rechtsfähigen Vereins zu einer eingetragenen Genossenschaft. a) Vgl. IDR. **6** Note zu § 58, **7** Note 3. **b**) KGJ. **36** A 134, OLG. **19** 354, SchlHolstAnz. **09** 68, R. **09** Ziff. 946 (KG.). Der Beitritt eines nicht rechtsfähigen Vereins zu einer eingetragenen Genossenschaft ist unzulässig. Denn einmal fehlt solchen Vereinen die rechtliche Selbständigkeit. Sie sind nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsverhältnis. Sie bieten den Gläubigern sowohl in bezug auf das Vereinsvermögen als auch in Hinblick auf die persönliche Haftpflicht der Vereinsmitglieder auch nicht die allergeringste Gewähr. Irgendeine Prüfung ihrer Satzung durch eine Behörde findet nicht statt, und eine Bekanntmachung oder Offenlegung ihrer Rechtsverhältnisse ist nirgends vorgeschrieben. Zweitens aber eignet sich der Name des nicht rechtsfähigen Vereins, weil er nicht eine vom Gesetze mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattete Bezeichnung des Vereins darstellt, nicht zur Eintragung in die Liste der Genossen und erfüllt den mit dieser Eintragung verfolgten Zweck nicht in erforderlicher Weise.

3. Haftung der Mitglieder. a) Vgl. IDR. **1** Note 7, **5** Note 5, **6** Note 3, **7** Note 5. **b**) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 401. Die Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins ist im allgemeinen auf das Vereinsvermögen beschränkt. Regelmäßig wird es einer ausdrücklichen, die Haftung einschränkenden Bestimmung der Statuten gar nicht bedürfen, vielmehr ist anzunehmen, daß die Vollmacht des Vorstandes nach dem Willen der Mitglieder auf deren Verpflichtung mit ihren Anteilen am Vereinsvermögen beschränkt sein soll; das einem solchen Vereine beitretende Mitglied will sich in der Regel nur zu den satzungsgemäßen Bei-

trägen verpflichten, und der Dritte, der mit dem Vereine Verträge schließt, rechnet mit diesem Willen der ihm als Gesellschaft gegenübertretenden Vereinsmitglieder. Dagegen haften die Mitglieder einer nach PrALR. errichteten Erwerbsgesellschaft, die nach Inkrafttreten des BGB. ein nicht rechtsfähiger Verein geworden ist, aus den vor diesem Zeitpunkte geschlossenen Verträgen als Gesamtschuldner, auch wenn der Vertrag erst später gültig geworden ist.

4. Persönliche Haftung des Handelnden. a) Vgl. JDR. **7** Note 6. b) R. **09** Ziff. 2904, HansGZ. **09** Beibl. 281 (Hamburg). Als „Dritter" i. S. des § 54 ist jeder anzusehen, mit dem im Namen des Vereins kontrahiert wird. Ob dieser „Dritte" gleichzeitig Mitglied des Vereins ist, ist gleichgültig.

5. Vereinsbeschlüsse im allgemeinen. **RG.** RheinA. **106** 243. Beschlüsse einer satzungswidrig nicht vom Vorstand einberufenen Generalversammlung sind ungültig auch wenn Mitglieder in beschlußfähiger Zahl erscheinen.

6. Ausschluß von Mitgliedern. a) Vgl. JDR. **7** Note 7. b) **RG.** R. **09** Ziff. 194, BadRpr. **09** 122, LeipzZ. **09** 141. Mangels besonderer Vorschrift in den Vereinsstatuten genügt jede sichere Kenntnis des auszuschließenden Mitglieds von der zwecks dieser Ausschließung einberufenen Generalversammlung. Eine förmliche Einladung ist also nicht unbedingt erforderlich. c) SchlHolstAnz. **09** 297 (Kiel). Durch Ausschluß eines Mitglieds aus einem nicht rechtsfähigen Vereine kann dem Mitgliede nicht die Teilnahme an dem Gewinn entzogen werden, der sich aus den zur Zeit des Ausscheidens noch schwebenden Geschäften ergibt.

7. Der nicht rechtsfähige Verein im Prozesse. a) Vgl. JDR. **7** Note 8. b) BraunschwZ. **09** 20 (Braunschweig). Hat ein nicht rechtsfähiger Verein fälschlicherweise unter seinem Namen geklagt, und werden nachher alle einzelnen Mitglieder als die Kläger bezeichnet, so ist dies keine Klageänderung. Die Bezeichnung des nicht rechtsfähigen Vereins ist nur ein ungenauer Ausdruck für die Gesamtheit der Berechtigten, der jederzeit im Prozesse näher erläutert und auch berichtigt werden kann. c) **RG.** R. **09** Ziff. 2349. Die Behauptung, daß „der beklagte (nicht rechtsfähige) Verein" eine bestimmte unerlaubte Handlung begangen habe, reicht regelmäßig zur Begründung der Schadensersatzklage nicht aus.

8. Übergangsfrage. **RG.** RheinA. **106** 243. Hat sich ein vor 1900 gegründeter nicht rechtsfähiger Verein nach 1900 neue Satzungen gegeben, so ist er nach BGB. zu beurteilen.

9. **RG.** JW. **09** 357. Der Wirt, der einem nicht rechtsfähigen Verein eine Kegelbahn vermietet, haftet den einzelnen Mitgliedern aus dem mit ihnen geschlossenen Vertrage für den gefahrlosen Zustand der Bahn. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung kommt nicht in Frage.

2. Eingetragene Vereine.

§ 59. BayObLG. **9** 81, ZBlFG. **9** 673, R. **09** Ziff. 1092, DNotV. **09** 663, SeuffBl. **09** 519, BayRpflZ. **09** 193 (BayObLG.). Wird in einer Mitgliederversammlung das Statut bezüglich der Besetzung des Vorstandes geändert und zugleich auf Grund dieser Änderung ein neuer Vorstand gewählt, so hat nicht der neugewählte, sondern der alte Vorstand die Änderung des Statuts anzumelden, weil diese erst mit der geschehenen Eintragung in Wirksamkeit tritt, der neugewählte Vorstand daher nicht rechtswirksam bestellt ist.

§ 60. KGJ. **37** B 38 (KG.). Im Verfahren über die Beschwerde gegen einen Beschluß des Amtsgerichts, durch den die Anmeldung eines Vereins zum Vereinsregister zurückgewiesen oder dem Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen wird, sind Kosten nach dem preußischen, nicht dem deutschen Gerichtskostengesetze zu erheben.

§ 61. 1. Sozialpolitischer Zweck. Hölder aaO. Sozialpolitische Vereine sind nicht eine bestimmte Art politischer Vereine. Sonst wäre ihre besondere Erwähnung überflüssig.

2. Religiöser Zweck. a) Hölder aaO. Antireligiöse Vereine sind zwar nach dem Wortsinne nicht religiös, wohl aber nach dem Sinne des Gesetzes. b) Ahlbrecht aaO. Religionsgesellschaften, die unter Art. 13 PrVerfUrk., Art. 84 EGBGB. fallen, dürfen überhaupt nicht eingetragen werden (vgl. § 21 Note 3, § 43 Note). c) Im übrigen vgl. über Religionsgesellschaften, insbes. über die Frage, inwieweit die Orden oder ordensähnlichen Kongregationen der katholischen Kirche als Vereine zu religiösen Zwecken i. S. des BGB. zu erachten sind, die Noten zu Art. 84 EGBGB.

3. Feststellung des Zweckes. a) Vgl. JDR. **2** Note 3, **3** Note 3, **4** Note 1, **5** Note 2, **6** Note 2. b) DJZ. **09** 1269, R. **09** Ziff. 3717 (KG.). Ein Verein verfolgt einen politischen Zweck nur dann, wenn festzustellen ist, daß er nach der Satzung oder nach der Art seiner Betätigung darauf ausgeht, auf Angelegenheiten des Staates einzuwirken und zu diesem Behufe die Gesetzgebung oder die Verwaltungsorgane in Tätigkeit setzt. c) DJZ. **09** 1270 (PrOVG.). Vom „Verfolgen" eines politischen rc. Zieles kann nur die Rede sein, wenn eine Absicht, eine Tendenz auf den Zweck gerichtet ist. Ist die Absicht nicht in der Satzung ausgesprochen, so kann sie nur aus den Handlungen der Vereinsorgane oder Mitglieder — auch Äußerungen — entnommen werden. Es genügt aber nicht, wenn der Verein nur tatsächlich oder mittelbar einem der genannten Zwecke dient. d) Kisch aaO. 205 berichtigt in Übereinstimmung mit Oertmann seine frühere Ansicht (JLBl. **06** 219) dahin, daß es nicht nur auf den satzungsmäßigen, sondern auf den tatsächlich verfolgten Zweck ankommt.

§ 66. WürttZ. **09** 140 (Anonym). Zu veröffentlichen ist nur die erste Eintragung, nicht die späteren, gemäß §§ 67, 71 erfolgenden.

§ 67. a) Die Entsch. R. **08** Ziff. 3207, ElsLothNotZ. **08** 368 (Colmar) ist auch veröffentlicht ElsLothZ. **09** 28. b) DJZ. **09** 607 (BayObLG.). Gegen den die Anmeldung eines Vereins zurückweisenden Beschluß findet, gleichviel aus welchem Grunde die Zurückweisung erfolgt, Beschwerde nach der ZPO. statt. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund, der zur weiteren Beschwerde berechtigt, ist nicht gegeben, wenn das Beschwerdegericht in der Begründung seiner mit dem Amtsgericht übereinstimmenden Entscheidung nur einen weiteren Entscheidungsgrund beigefügt hat oder in nebensächlichen Punkten abgewichen ist. c) R. **09** Ziff. 1093, 1094 (BayObLG.). Gegen eine Zurückweisung der Anmeldung von Vorstandsmitgliedern mangels Mitwirkung sämtlicher Mitglieder findet die Beschwerde nach dem FGG. statt; diese steht auch dem Verein als solchem zu. Die weitere Beschwerde ist zulässig, wenn das Registergericht den Eintrag einer Satzungsänderung wegen Verstoßes dieser Änderungen gegen materielle Rechtsnormen, das Beschwerdegericht aber wegen formeller Mängel der Anmeldung zurückgewiesen hat. d) Vgl. § 66 Note.

§ 71. Vgl. § 66 Note.

II. Stiftungen.

§ 80. 1. Allgemeines. Über Mayer vgl. Note 1 b zum 2. Titel.

2. a) KGJ. **37** B 3 (KG.). Der Begriff der milden Stiftung i. S. des PrGKG. und StempG. setzt voraus, daß die Wohltaten Hilfsbedürftigen erwiesen werden. Herbergen zur Heimat sind daher keine milden Stiftungen. Sie machen gewisse Leistungen an Angehörige des Arbeiter- und Handwerkerstandes ohne Rücksicht auf ihre Vermögenslage. b) WürttZ. **09** 175 (LG. Rottweil) behandelt die Bedeutung einer für eine „Stiftungspflege" eingetragenen Hypothek.

3. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Stiftungen vgl. § 89 Note.

4. Über Sammelunternehmungen vgl. Note 5 zum 2. Titel.

§ 81. Kisch aaO. 205. Die „zuständige Behörde" im Sinne des § 81 ist nicht diejenige, welche die Stiftung genehmigt, sondern diejenige, bei der das Gesuch einzureichen ist.

§ 86. Stellung der Nutzungsberechtigten. **RG.** WarnE. **2** 243 führt in Abänderung der Entsch. PosMSchr. **08** 69 (JDR. **7** Note) aus: Mit Recht billigt der Berufungsrichter den stiftungsberechtigten Familienmitgliedern die Befugnis zu, die Verwaltung der Stiftung daraufhin zu überwachen, ob sie gesetz- und stiftungsmäßig geführt werde. Diese Befugnis erschöpft sich nicht in dem Recht, Anträge bei der Aufsichtsbehörde zu stellen. Vielmehr steht ihnen ein direktes Klagerecht gegen die Kuratoren zu.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Cotlarcius, Subjekt des Kirchenvermögens in der morgenländischen Kirche, ZKirchR. **19** 1—23. — Hatschek, Die rechtliche Stellung der Universitäten nach dem PrALR., VerwA. **17** 307 ff. — Heuer, Über die Haftung des Reichsfiskus für Verschulden der Kanallotsen des Kaiser-Wilhelmskanals bei Schiffskollisionen und das Verhältnis dieser Haftung zu der des Kanallotsen, HansGZ. **09** Hptbl. 229, und Eichholz, das gleiche Thema, HansGZ. **09** Hptbl. 241. — Hubrich, Über die Entstehung öffentlich-rechtlicher Korporationen in Preußen, ABürgR. **33** 22 ff. — Mayer, Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Rechte. Tübingen 1908. — Mothes, Die Universität Leipzig als Rechtsträger, SächsRpflA. **09** 314 ff. — Reichert, Rechtsfähige bürgerliche und öffentliche Stiftungen und Anstalten, WürttZ. **09** 17 ff., 51 ff. — Weber, Die Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung, SeuffBl. **09** 289 ff., insbes. 293—295.

§ 89. 1. Begriff und Entstehung der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes. Hubrich aaO. Vom Standpunkte der Rechtsentwickelung ist öffentlichrechtliche Korporation eine solche mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Personenvereinigung, deren Tätigkeit von Staats wegen als unter die Aufgaben der Staatsgewalt an sich fallend rechtsförmlich anerkannt ist. Die Anerkennung kann durch direkte Erklärung oder indirekt durch eine besondere Ausprägung der Organisation der Personenvereinigung, insbesondere durch rechtsförmlichen Anschluß der Korporationsorganisation an die Staatsorganisation erfolgen.

2. Wer ist juristische Person des öffentlichen Rechtes? **a)** Mayer aaO. steht der Anwendung dieses Begriffs auf den Staat, der besser eine „Überperson" zu nennen sei, skeptisch gegenüber. **b)** SeuffA. **64** 293 (Königsberg). Ein preußischer Gutsverband oder selbständiger Gutsbezirk ist keine juristische Person. **c)** MecklZ. **27** 1 (Rostock). Die Domanialortschaften des Fürstentums Ratzeburg sind keine öffentlichrechtlichen Korporationen. **d)** BadRpr. **09** 13 (Karlsruhe) (bestätigt vom **RG.** R. **09** Ziff. 297). Eine freiwillige Feuerwehr ist nach badischem Landrechte keine öffentlich-rechtliche Körperschaft, sondern ein privatrechtlicher, nicht rechtsfähiger Verein. **e)** Über Rechtspersönlichkeit der Gymnasien im rheinischen Rechtsgebiete s. **RG.** RheinA. **106** 235 u. JDR. **7** Note 1 e. **f)** **RG.** R. **09** 646. Die Gymnasien in Hannover sind, soweit sie nicht besondere Stiftungen sind, nicht juristische Personen.

3. Begriff der öffentlich-rechtlichen Stiftung und Anstalt. **a)** Vgl. JDR. **7** Note 2. **b)** Reichert aaO. 21 sieht das Unterscheidungsmerkmal zwischen der bürgerlichen und öffentlichen Stiftung darin, daß die Letztere das allgemeine Interesse, ohne gemeinen Nutzen verfolgt. Nicht jede wohltätige milde Stiftung ist gemeinnützig, sie kann auch Bevorzugungen festsetzen. Nur wenn die Stiftung von der Behörde nach den für ihre sonstige Tätigkeit maßgebenden Grundsätzen verwaltet wird, liegt öffentliche Stiftung vor. — Die besondere Eigenart der öffentlichen Anstalt zeigt sich darin, daß ihr die juristische Persönlichkeit unbedenklich verliehen werden kann, wenn ein Zweckvermögen zunächst nicht vorhanden

ist, sogar dann, wenn die Anstalt nicht darauf ausgeht, eigenes Vermögen anzusammeln (Krippe) (52).

4. Ausschluß der Haftung. a) Vgl. JDR. 7 Note 3. b) SchlHolstAnz. **09** 201 (Kiel) kommt zu demselben Ergebnisse wie **RG. 68** 365. Der Ausschluß der Haftung aus §§ 31, 89 durch Vertrag oder Verwaltungsanordnung ist unwirksam.

5. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) Heuer aaO. Der Kanallotse im Kaiser-Wilhelmskanal ist verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reiches. — Eichholz aaO. läßt dies dahingestellt (vgl. Note 7). b) SchlHolstAnz. **09** 201 (Kiel) hat die gleiche Auffassung von der Stellung des Kanallotsen wie Heuer. c) SchlHolstAnz. **09** 3 (Kiel). Der Staat haftet für den Schaden, der durch einen von dem Kommandanten eines Kriegsschiffes verschuldeten Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe enstanden ist. d) **RG.** R. **09** Ziff. 407. Sind nach der Verwaltungsorganisation einer Stadt die an dieser auszuführenden Kanalisationsarbeiten einer besonderen Abteilung der städtischen Verwaltung unter einem Stadtbauinspektor unterstellt, so ist es sowohl nach dem Vertretungsverhältnis als nach der Bedeutung jenes Geschäftsbereichs gerechtfertigt, ihn in seinem Geschäftsbereich als verfassungsmäßig berufenen Vertreter anzusehen. e) **RG. 70** 118, JW. **09** 69, DJZ. **09** 378, R. **09** Ziff. 193. Der Stadtbaumeister, dem die Leitung der städtischen Hoch- und Tiefbauangelegenheiten, sowie die Geschäfte der Baupolizei übertragen worden sind und der innerhalb dieses Geschäftskreises eine völlig selbständige Stellung hat, ist besonderer Vertreter im Sinne des § 30, ohne daß es hierzu einer besonderen Satzung bedarf. f) **RG.** R. **09** Ziff. 3285, BayRpflZ. **09** 453. Der Vorstand eines städtischen Baubureaus, der auf dem Gebiete städtischer Bauten im allgemeinen und der Kanalisierung im besonderen auch nach eigenem Ermessen handelt und die Stadt bei Erfüllung der einschlagenden gesetzlichen Pflichten vertritt, ist Willensorgan. g) **RG.** JW. **09** 682, R. **09** Ziff. 3284. Ein städtischer Markthalleninspektor, dem die Leitung dieses besonderen Zweiges der städtischen Verwaltung obliegt, und dessen Amt als dauernde Einrichtung, und Befugnisse auf der Verfassung der Stadtgemeinden beruhen, ist verfassungsmäßig berufener Vertreter. Die Selbständigkeit wird nicht dadurch beseitigt, daß gewisse Dienstaufsichtsorgane ihm vorgesetzt sind. h) **RG.** R. **09** Ziff. 791. Ein Postgehilfe ist kein verfassungsmäßig berufener Vertreter des Postfiskus. i) Klagebegründung vgl. Note 6 c und JDR. 7 Note 5 h.

6. Einzelne Fälle der Haftung. a) **RG.** RheinA. **106** 235. Ein längerdauernder gefährlicher und fehlerhafter Zustand in dem der Korporation gehörigen Gebäude rechtfertigt den Schluß, daß der verfassungsmäßig berufene Vertreter seine Pflicht vernachlässigt hat. b) **RG.** R. **09** Ziff. 3716. Hat ein gefährlicher Zustand in einem Regierungsgebäude monatelang bestanden und ist er das allgemeine Gesprächsthema der dort beschäftigten Beamten, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß auch derjenige im Regierungsgebäude tätige Beamte, der als verfassungsmäßig berufener Vertreter des Fiskus zu gelten hat, Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. c) SeuffBl. **09** 109 (München). Der Fiskus hat nicht die Pflicht der ununterbrochenen Überwachung der Tätigkeit solcher Angestellter, gegen deren Auswahl Bedenken nicht oblagen und bei denen an der ordnungsmäßigen Ausführung der Verrichtungen zu zweifeln kein Anlaß ist. d) **RG.** PrVerwBl. **33** 393, SeuffBl. **09** 384. Der wegeunterhaltspflichtige Fiskus haftet für den aus dem Verstreuen von Steinen aus einem auf einer öffentlichen Straße lagernden Steinhaufen entstehenden Schaden, wenn seine Organe es unterlassen haben, wirksame Sicherungsmaßregeln zu treffen. Auf die Feststellung der Person der Vertreter kommt es nicht an. e) **RG.** JW. **09** 161, PrVerwBl. **33** 647. Die Stadtgemeinde haftet für den durch den schlechten Zustand einer Straße einem Dritten zugefügten Schaden, auch wenn die

Straße noch nicht fertig und ausgebaut war, sofern sie nur tatsächlich die Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben hatte. Zwar ist das Maß der Sorgfalt, das auf eine fertige, und eine dem Verkehr bereits freigegebene, aber doch noch im Ausbau begriffene Straße zu verwenden ist, verschieden, und jedermann, der eine solche Straße besucht, muß mit ihrem provisorischen Zustande rechnen und sein Verhalten danach einrichten. Die Stadt muß aber dafür sorgen, daß bei gehöriger Vorsicht die Straße ohne Gefahr für den Verkehrszweck benutzt werden kann. **f)** **RG.** PrVerwBl. **33** 628. Eine Versäumung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt seitens einer Gemeinde stellt es dar, wenn sie einen am Rinnsteine liegenden und über diesen hervorragenden Stein, der ein Verkehrshindernis bildet, das der körperlichen Sicherheit der die Straße passierenden Personen gefährlich werden kann, längere Zeit liegen läßt. **g)** SchlHolstAnz. **09** 260 (Kiel). Die Gemeinde haftet für die ordnungsmäßige Beschaffenheit einer im Zuge einer Dorfstraße befindlichen Brücke und ihres Geländers. **h)** RheinZ. **09** 352 (Düsseldorf). Die Stadtgemeinde als Eigentümerin einer städtischen Straße hat die Pflicht der Kontrolle des Unternehmers, dem sie Straßenarbeiten übertragen hat und haftet, wenn ihre Organe es unterlassen, für gehörige Beleuchtung zu sorgen. **i)** **RG.** R. **09** Ziff. 3548. Es stellt ohne weiteres ein Verschulden der verfassungsmäßigen Vertreter eines Provinzialverbandes dar, wenn in unmittelbarer Nähe einer bevölkerten Ortschaft ein 2,80 m tiefer Abhang an einem Wege, der überdies dort eine Biegung macht, ohne Schutzgeländer gelassen wird. **k)** HansGZ. **09** Beibl. 104 (Hamburg). Der Bremische Staat haftet, wenn seine zuständige Deputation es unterläßt, Anordnungen zur Sicherung des Publikums beim Fällen von Bäumen auf städtischen Promenaden zu treffen, dies vielmehr völlig dem ihr unterstellten Gartenbauinspektor überläßt. **l)** **RG.** R. **09** Ziff. 3286. Der Kommandant eines Torpedodivisionsbootes handelt nicht schuldhaft, wenn er sich nach dem Einlaufen in einen fremdländischen Hafen um solche Einzelheiten des Dienstbetriebes, wie das vorschriftsmäßige Verstauen von Salutmunition, die bis zum Anlegen ordnungsmäßig untergebracht war, nicht kümmert. **m)** SeuffA. **64** 14 (Dresden). Die Schulgemeinde (nach sächsischem Rechte) haftet, wenn ihr verfassungsmäßiger Vertreter, der Schulvorstand, es unterläßt, für die genügende Sicherung der Schulkinder gegen die durch das Herabstürzen von Eisschollen vom Dache des Schulgebäudes auf den Schulhof entstehenden Gefahren geeignete Maßnahmen zu treffen. **n)** SächsOLG. **30** 282 (Dresden). Eine Haftung des Staates für ein Versehen, das ein bei einer Gefangenenanstalt angestellter Arzt bei der ärztlichen Behandlung eines Gefangenen begangen hat, ist nach sächsischem Rechte nicht begründet.

7. Die §§ 31, 89 und Art. 77 EGBGB. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 10, **2** Note 5 b, **3**, **4** Note 6, **5**, **6** Note 5, **7** Note 7. **b)** **RG.** SeuffBl. **09** 384, PrVerwBl. **33** 393. Die Haftpflicht des Staates und der Gemeinden wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die von dem betr. Beamten verletzte Pflicht diesem als eine öffentlich-rechtliche obliegt. Wird bei der Handhabung dieser Obliegenheit diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, die im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze zu beobachten ist, so tritt die Haftung ein. Bei Vernachlässigung der Anordnungen über die Unterhaltung und Verkehrssicherheit der Straßen handelt es sich nicht um einen in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 3287. Nicht alles, was Gegenstand des militärischen Dienstes ist, geschieht deshalb ausschließlich in Ausübung des militärischen Hoheitsrechts. Eine Reihe von Dienstverrichtungen gehören gleichzeitig der staatlichen Vermögensverwaltung an. Mit ihnen soll zugleich den Erfordernissen des bürgerlichen Verkehrs und des Rechtslebens genügt werden. Das Verstauen und Aufbewahren der Salutmunition an Bord eines Kriegsschiffes nach dem Einlaufen in einen Hafen ist kein Akt rein öffentlicher, sondern zugleich militärfiskalischer Natur. **d)** Bezüglich des Lotsen im Kaiser-Wilhelmskanal (vgl.

Note 5 a) nehmen Heuer aaO. und OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 201 an, daß der durch sein Verschulden verursachte Schade nicht in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügt sei, während Eichholz aaO. zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt. **e)** **RG.** R. **09** Ziff. 1837. Auch die Überschreitung amtlicher Befugnisse durch einen Beamten enthält eine Amtshandlung, sofern nur der Beamte als Beamter gehandelt hat und in dieser Eigenschaft handeln wollte. **f)** HansGZ. **09** Beibl. 160, R. **09** Ziff. 408 (Hamburg). Ein Polizeibeamter, der mit der Einziehung öffentlicher Gebühren beauftragt ist, handelt, wenn er solche auf Grund rechtswidrig ausgefüllter Quittungsblanketts erhebt und unterschlägt, in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt und nicht etwa nur bei Gelegenheit der Ausübung seines Amtes als privatrechtlich Beauftragter des Staates. **g)** MecklZ. **27** 22 (Rostock). Bei Bestellung des Stellvertreters ihrer Grundbuchbeamten vertreten die Organe der Stadtvertretung die Stadt nicht in privatrechtlicher Beziehung, sondern in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt. **h)** Bucerius, PrVerwBl. **33** 305 kritisiert abfällig die Entsch. **RG. 68** 278 (JDR. **7** Note 7 c). Eine vom Vorsteher einer städtischen Sparkasse einem Dritten erteilte Auskunft über ein bei ihr bestehendes Guthaben fällt nicht in den Kreis der dem Beamten gegenüber dem Publikum obliegenden Amtspflichten.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Auch in diesem Jahre hat die Frage der wesentlichen Bestandteile hauptsächlich im Hinblick auf die Maschinen eine Rolle gespielt. Das Reichsgericht ist weiter bemüht, mit dem geltenden Rechte zu einem alle Teile befriedigenden Ergebnis zu gelangen. Aus der Literatur sei vor allem auf die Schrift Heilborns hingewiesen.

Literatur: Busch, Der Eigentumsvorbehalt und kein Ende, BayRpflZ. **09** 1—2. — Heilborn, Die rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung. Breslau 1909. (Heft 30 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes von Leonhard.) — Widmann, Der Begriff des wesentlichen Bestandteils im geltenden Rechte. Stuttgart 1909.

§ 90. Über die Behandlung der res sacrae und den menschlichen Leichnam s. unten EGBGB. zu Art. 133.

§§ 93, 94. I. Wesentliche Bestandteile (vgl. Wendt, JDR. 7 Ziff. I 1). 1. *Widmann. Der Begriff des wesentlichen Bestandteils läßt sich nicht durch logische Deduktion aus dem Begriffe des Bestandteils i. S. der Verkehrsentscheidung gewinnen. Ebensowenig hängt er mit dem Begriffe der Einzelsache i. S. der Verkehrsanschauung zusammen. Das Vorliegen einer solchen Einzelsache ist nicht Voraussetzung für die Feststellung wesentlicher Bestandteilseigenschaft. Vielmehr handelt es sich um einen durchaus selbständigen juristischen Kunstausdruck, für dessen Verständnis die positiven Gesetzesnormen und die legislativen Zweckvorstellungen notwendig und ausreichend sind. — Wesentliche Bestandteilseigenschaft ist gegeben bei einer Verbindung von Sachkörpern, deren Trennung nicht ohne Zerstörung (sachsubstanzliche Zerstörung) oder Wesensänderung (Aufhebung der „Bestandteilsfähigkeit") des einen oder anderen Teiles möglich ist. Das Korrelat zum Begriff des wesentlichen Bestandteils bildet der Begriff der Einheitssache im Rechtssinne (vgl. § 93 aA.: Bestandteile einer Sache).

2. a) Bestandteilbegriff. *Heilborn, rechtsgestaltende Kraft der Sachverbindung 48 ff. Bei der Frage, ob ein Teil eines Gegenstandes wesentlicher Bestandteil ist, muß zunächst geprüft werden, ob der Gegenstand eine einheitliche Sache darstellt, d. h. ob er einen einheitlichen Gebrauchs- oder Tauschwert hat und ob alle seine Teile selbständig sind oder ob vielmehr diese Teile die Eigenschaft selbständiger Gebrauchsgüter haben und als Sachinbegriff oder als eine andere Sachmehrheit (insbesondere als Hauptsache nebst Zubehör) aufzufassen sind. Für die

Prüfung der Selbständigkeit sind die Verkehrsanschauungen zu Rate zu ziehen. Von den drei in Betracht kommenden Verkehrskreisen, nämlich dem Erzeugungskreise, dem Händlerkreis und dem Gebraucherkreis, ist der Kreis maßgebend, in welchem sich die Sache zur Zeit ihrer Zusammensetzung befindet. Es ist aber auch der Verkehrskreis zu berücksichtigen, in den die Teile nach der Trennung gelangen würden (49—56). Bei Gegenständen, welche zur Herstellung einer wirtschaftlichen Einheit mit einem Gebäude verbunden sind, insbesondere bei dem im Gebäude untergebrachten Fabrikinventar, werden Verkehrsanschauungen über die Selbständigkeit der Teile nicht in Frage kommen können (56). Allgemein läßt sich folgender Grundsatz aufstellen: Als selbständiges Gebrauchsgut ist ein Teil der wirtschaftlichen Einheit dann anzusehen, wenn er nach der Trennung denselben wirtschaftlichen Zwecken zu dienen vermag, denen er vorher gedient hatte, nämlich, wenn er voraussichtlich nach der Trennung eine andere Verbindung zur Herstellung einer gleichen oder ähnlichen wirtschaftlichen Einheit erfährt (57). Folgerungen für die Praxis: Maschinen sind selbständige Gebrauchsgüter, also nicht Bestandteile, außer wenn sie so eigenartig für die Benutzung im Gesamtbetriebe hergestellt sind, daß der Verkaufs- bzw. Kaufmarkt keinen Ersatz bzw. keine Verwendungsmöglichkeit bietet, oder wenn die Aufstellung am Orte mit besonderen Schwierigkeiten oder Kosten verknüpft war. Die Kraftmaschinen sind fast stets, die Arbeitsmaschinen häufig Marktware, also von der Eigenart des Betriebs unabhängig. Ist eine größere Anzahl gleichartiger kleiner Arbeitsmaschinen in einem Betriebe vorhanden, so ist die einzelne Maschine als unselbständig anzusehen, wenn sie der Gesamtheit des Getriebs gegenübergestellt wird. Auf den mechanischen Stillstand der Fabrik, der durch die Trennung einer Maschine herbeigeführt wird, ist kein Gewicht zu legen; denn der zurückbleibende Rest behält seine wirtschaftliche Bedeutung als Fabrikeinrichtung (58—60). **b)** Begriff der „wesentlichen" Bestandteile. *Heilborn, Sachverbindung 69 ff. Neben den wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist die geschichtliche Entwickelung zu berücksichtigen, und zwar nicht nur die Geschichte der Gesetzesbestimmung, sondern auch der vorbildliche Gedankengang der römischen Juristen, insbesondere betreffs der plantatio und ferruminatio, auf den das RG. bisher kein genügendes Gewicht gelegt hat (69—74 nebst 14 und 24, 25). Bei jedem Trennstück ist zu fragen, ob es durch die Trennung zerstört oder in seinem Wesen verändert wurde. Die Frage nach der Veränderung im Wesen berührt sich mit dem Problem der Identität und der Neuheit (69, 72). Eine Veränderung im Wesen ist nur dann anzunehmen, wenn der Wert der Sache, der ihr Wesen bestimmt, wirklich ein anderer geworden ist (74). Befindet sich die Sache beim Gebraucher, so kommen Gebrauchs- bzw. Produktionswert und Tauschwert in Frage. Die Vermehrung des Wertes oder seine Verminderung, welche z. B. bei Herausnahme eines Teiles des eisernen Organismus eines Fabrikgebäudes eintritt, verändert wohl die Eigentümlichkeit, aber nicht notwendig das Wesen der Sache, es sei denn, daß es sich um einen besonderen Orts- oder Zeitwert handelt. Maschinen werden nur dann wesentliche Bestandteile eines Fabrikgebäudes, wenn sie überhaupt dessen Bestandteile werden (75—77). Bei den zusammengesetzten Sachen ist stets der bestimmte Verkehrskreis zu berücksichtigen, in dem sich die Sache befindet, und zwar kommt es darauf an, ob der Tauschwert einer Veränderung ausgesetzt sein würde; selbst dann, wenn sich die Sache beim Gebraucher befindet, weil die Frage, ob ein Teil wesentlicher Bestandteil ist, gewöhnlich nur in den Fällen praktische Bedeutung erlangt, in denen die Fortdauer des Gebrauchs der ganzen Sache bereits bedroht ist (95—98). Bei den „zusammengelegten" Sachen, nämlich den Massen von Einzelkörpern, die durch körperliche Annäherung und sichtbare Abgrenzung zu einer Einheit gemacht sind, ist jeder Bestandteil wesentlich (98 nebst 64—66).

3. Darüber, ob Grabdenkmäler und sonstige Grabesausstattungsgegenstände

wesentliche oder unwesentliche Bestandteile des Grabgrundstückes sind s. unten zu EGBGB. Art. 133.

II. Aus der Praxis. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? (JDR. **6** u. **7** Ziff. II 1). **a)** **RG.** 17. 3. 09, JW. **09** 267 f., R. **09** Ziff. 1440. Bei Prüfung der Frage, ob die in eine Fabrik eingebrachten Maschinen wesentliche Bestandteile des Fabrikgebäudes geworden sind, ist zunächst zu erörtern, ob sie überhaupt Bestandteile des Gebäudes geworden sind, d. h. ob sie ihre körperliche Selbständigkeit derart verloren haben, daß sie zusammen mit dem Gebäude als eine einzige Sache, als ein einziger körperlicher Gegenstand im Sinne des § 90 BGB., mithin nach allgemeiner Verkehrsanschauung nur noch als Sachteile des Gebäudes erscheinen (**RG. 63** 173 u. 418, **67** 32). **b)** **RG.** 26. 6. 09, JW. **09** 483, SchlHolstAnz. **09** 344, R. **09** Ziff. 2905 betrachtet Spinnereimaschinen, die lose auf durch Mauerhaken mit dem Fußboden verbundenen Holzbohlen ruhen, nicht als wesentliche Bestandteile des für jeden mechanischen Fabrikbetrieb geeigneten Fabrikgebäudes. **c)** **RG.** 10. 7. 09, JW. **09** 485 spricht einer Lokomobile, die in einer Dampfziegelei ohne feste Verbindung mit dem Gebäude oder Grund und Boden aufgestellt und als sogenannte Katalogware bezogen war, die Bestandteilseigenschaft ab. **d)** R. **09** Ziff. 3289 (BayObLG.). Daß eine Dampfmaschine begrifflich und nach der gegenwärtigen Verkehrsauffassung stets einen wesentlichen Bestandteil einer Dampfziegelei bilde, ist nicht feststellbar. **e)** **RG.** 15. 1. 09, JW. **09** 130, R. **09** Ziff. 792. Ein Grundstück war mit einem Miethause und einem Vergnügungszwecken dienenden Saalbau besetzt. Letzterer war mit Gasanlage und einer elektrischen Beleuchtungsanlage versehen, deren Motor jedoch im Kellerraum des Mietshauses untergebracht war. Die Annahme, daß der Motor in solchem Falle kein wesentlicher Bestandteil des Saalbaues sei, ist rechtlich zulässig. **f)** BayObLG. **9** 576 ff., BayRpflZ. **09** 27 (BayObLG.). Bei Mühlen und Schneidesägen werden die mit dem als Kühl- und Sägewerk bezeichneten Gebäude durch Anschrauben am Boden des Gebäudes verbundenen Maschinen wesentliche Bestandteile. **g)** **RG.** 17. 3. 09, JW. **09** 267, R. **09** Ziff. 1441, BadRpr. **09** 211. In den sog. Schedbau einer Tuchweberei waren katalogmäßig gehandelte, nach einem allgemeinen Typus gearbeitete Webstühle eingebracht worden. Sie waren in der Weise aufgestellt, daß sie nach Abschrauben von der Holzunterlage, auf der sie standen, in derselben Gestalt, in der sie eingebracht waren, wieder aus dem Schedbau entfernt werden konnten und zu anderweiter gleichartiger Verwendung geeignet blieben. Solche Webstühle sind nicht im Sinne des § 94 Abs. 2 als wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks anzusehen. **h)** **RG.** 10. 7. 09, JW. **09** 484, R. **09** Ziff. 2350, GruchotsBeitr. **53** 897. Auch bei nicht fester Verbindung kann ein Automat wesentlicher Bestandteil des Restaurationsgrundstückes sein, wenn er dergestalt in das Gebäude aufgegangen ist, daß er nur noch als Sachteil des Gebäudes und mit diesem als eine einzige körperliche Sache erscheint. **i)** **RG.** 28. 1. 09, SeuffA. **64** 305 hat die Bestandteilseigenschaft von Druckereimaschinen in Übereinstimmung mit den Rechtsgrundsätzen in **RG. 67** 30 ff. (vgl. JDR. **7** Ziff. II 1 a) verneint.

2. PrVerwBl. **30** 256 (PrOVG.). Um einem Gegenstande die Eigenschaft eines Bestandteils eines größeren Ganzen zuzusprechen, muß ein physischer oder mechanischer Zusammenhang, eine körperliche Verbindung bestehen, die dann aber nicht so beschaffen zu sein braucht, daß dadurch schon an und für sich die Eigenschaft der Sache als wesentlicher Bestandteil eines Grundstückes (§ 94 Abs. 1) begründet wird.

3. **a)** Über Glocken als wesentliche Bestandteile des Kirchturms und die Kirchtumsuhr als Zubehör vgl. LG. Offenburg, BadRpr. **09** 216. **b)** Über Jalousien als wesentliche Bestandteile des Grundstücks WürttJ. **21** 265 ff. (Stuttgart).

§ 94. I. 1. Feste Verbindung. *Heilborn, Sachverbindung 99 f. (s. oben §§ 93, 94 Ziff. I 2). Mit dem Grund und Boden fest verbunden sind solche

Sachen, deren Herausnahme aus dem Boden Schwierigkeiten bietet. Hierher gehören in der Regel Scheunen und Schuppen. Die unmittelbare Verbindung der Maschinen mit dem Grund und Boden ist in der Regel ausgeschlossen, so daß Maschinen regelmäßig nicht als wesentliche Bestandteile des Gebäudes in Betracht kommen.

2. Zur Herstellung des Gebäudes eingefügte Sachen. *Heilborn 101 ff. Es kommt darauf an, ob das Gebäude unfertig ist, wenn man sich den in Rede stehenden Teil fortdenkt. Das Fabrikgebäude ist in der Regel schon ohne die Maschinen als hergestellt anzusehen, und zwar auch dann, wenn bei der Einrichtung auf die Besonderheit des erforderlichen Maschinengetriebes Rücksicht genommen ist. Nur wo die Bauart mit einer ganz außergewöhnlichen Maschineneinrichtung zusammenhängt, ist das Gegenteil anzunehmen. Dagegen dient die Kesselanlage zur Herstellung des Gebäudes.

II. a) RheinA. **106** 78 ff. (Düsseldorf). Der auf das Nachbargrundstück übergebaute Teil einer Giebelmauer ist kein Gebäude im Sinne des § 94 Abs. 1, vielmehr technisch wie wirtschaftlich ein der Selbständigkeit entbehrender, mit dem Hausgiebel untrennbar verbundener Teil des Hauses, ein wesentlicher Bestandteil dieses Gebäudes, welcher als solcher Gegenstand besonderer Rechte nicht sein kann. Vgl. hierzu auch Sächs.OLG. **31** 50 ff. (Dresden). **b)** Darüber, ob die Böschung eines Straßenkörpers wesentlicher Bestandteil des anliegenden Grundstücks ist, auf dem sie ruht, vgl. SeuffA. **64** 227 (Stuttgart).

§ 95. 1. *Heilborn, Sachverbindung (s. oben §§ 93, 94 Ziff. I 2). Der Ausdruck „Zweck" ist in subjektivem Sinne zu verstehen. Es ist aber darauf Gewicht zu legen, daß der vorübergehende Zweck ein ausschließlicher sein muß. Diese Ausschließlichkeit ist nicht vorhanden, wenn der Verbindende für den Fall, daß er den in erster Linie verfolgten Zweck nicht erreicht, einen eventuellen dauernden Zweck im Auge hat. Das Gebäude, das zu vorübergehendem Zweck errichtet wird, muß rechtlich so behandelt werden, als wenn es eine bewegliche Sache wäre, ebenso die Baulichkeit, welche in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke von dem Berechtigten errichtet worden ist.

2. *Heilborn 104 ff. Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen kann — entsprechend den Vorschlägen von Neumann (JDR. **5** Ziff. I) und Bing (JDR. **6** Ziff. I 1) — dadurch gesichert werden, daß zugunsten des Lieferers eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Fabrikgrundstücke bestellt wird (vgl. auch JDR. **7** Ziff. I 4 und II).

3. **RG.** 16. 10. 09, R. **09** Ziff. 3288. Eine Baracke, die zum Betrieb einer Kantine und zur Unterbringung von Personal während des Fabrikbaues auf einem Fabrikgrundstücke von dem Bauunternehmer für seine Rechnung errichtet worden ist, ist an sich nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden (**RG. 47** 202, **63** 421). Wenn jedoch der Bauunternehmer die Baracke den Grundstückseigentümern, weil diese sie auf ihrem Grundstück erhalten wollen, verkauft, so wird die Baracke damit Grundstücksbestandteil, selbst wenn der Bauunternehmer sich bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum vorbehält.

§ 97. 1. Maschinen (vgl. zunächst oben Ziff. II 1 zu §§ 93, 94). **a)** R. **09** Ziff. 3519 (BayObLG). Lose auf einen Sockel aufgeschraubte Dampfmaschinen können auch dann als Fabrikzubehör angesehen werden, wenn die Bestandteilseigenschaft des eingemauerten Kessels bereits festgestellt ist. **b) RG.** 2. 11. 08, R. **09** Ziff. 195. Unter den § 96 fallen nicht nur Grunddienstbarkeiten und Reallasten, sondern auch subjektiv-dingliche oder objektiv-persönliche Rechte. Bei einer Veräußerung des herrschenden Grundstücks gehen daher auch diese ohne weiteres auf einen neuen Eigentümer über.

2. **RG.** 24. 3. 09, GruchotsBeitr. **53** 899. Bei einem Fabrikunternehmen gehören auch solche Gegenstände, die zum Zwecke des Versandes und damit des Absatzes der Waren angeschafft sind, zum Zubehöre. Dieser Annahme steht auch der Umstand

nicht entgegen, daß die Emballagen und Fässer teilweise mit der Ware den Kunden berechnet werden, und daß die Gegenstände auch nicht von Anfang an zum Versande gebraucht sind. So auch HansGZ. **09** Beibl. 73 (Hamburg).

3. **RG.** R. **09** Ziff. 409. Hat ein Gutsbesitzer für eine auf dem Gute betriebene Grube eine Lokomobile angeschafft, hat diese jedoch, weil sie unterwegs, aber bereits innerhalb der Gutsgrenzen, stecken blieb, nicht bis zur Grube gebracht werden können, so ist sie weder Zubehör der Grube noch Zubehör des Gutes geworden.

4. **RG.** JW. **09** 70, ZBlFG. **9** 531 ff., R. **09** Ziff. 410. Für die Zubehöreigenschaft ist es belanglos, ob die zum Wirtschaftsbetriebe bestimmten Gegenstände auch dafür geeignete sind. Das Nichtgeeignetsein der Sachen kann Bedeutung nur insofern gewinnen, als es den Schluß rechtfertigt, daß dieselben tatsächlich gar nicht jene Bestimmung haben oder nur vorübergehend, insbesondere versuchsweise für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache benutzt sind (§ 97 Abs. 2). Was diesen Zweck anbelangt, so ist richtig, daß er nicht nur vorgegeben sein, sondern in der Art der Benutzung der Hauptsache objektiv hervortreten muß, auch kann zugegeben werden, daß er nicht durch eine bloß zufällige oder ganz willkürliche, dem Wesen der Sache widersprechende und deshalb notwendigerweise nur vorübergehende Benutzung bestimmt wird. Grundsätzlich aber ist auch für ihn, wie für die Art der Benutzung und Bewirtschaftung der Hauptsache, der Wille des Eigentümers ohne Rücksicht namentlich auf das wirtschaftlich Vorteilhafte und Zweckmäßige maßgebend.

5. Abs. 1 Satz 2. **RG.** JW. **09** 70, R. **09** Ziff. 411. § 97 Abs. 1 Satz 2 setzt voraus, daß die Verkehrsauffassung zur Frage der Zubehöreigenschaft positiv Stellung genommen hat.

6. Vorübergehende Benutzung (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1 a, **4** Ziff. 4, **5** u. **7** Ziff. III). **a)** R. **09** Ziff. 1442 (Hamburg). Für die Frage, ob eine vorübergehende Benutzung einer Sache vorliegt, ist entscheidend, ob zur Zeit des Beginns der Benutzung diese sich nach ihrer Art objektiv als eine vorübergehende darstellt. Das ist zu verneinen, wenn ein Geschäftsinhaber in das ihm gehörige, für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtete und von ihm zum Betriebe seines Geschäfts bestimmte Gebäude eine Einrichtung bringt, welche sowohl zu seinem Geschäftsbetrieb, als zur Benutzung des Gebäudes zu gewerblichen Betrieben überhaupt erforderlich ist. **b) RG.** R. **09** Ziff. 2351. Gegenstände, die ein Mieter mit den Mieträumen für die Dauer des Mietgebrauchs in Verbindung bringt, werden nicht Zubehör des Gebäudes.

§§ 97, 98. **RG.** 2. 7. 09, JW. **09** 485 f., R. **09** Ziff. 2777. Die Zubehöreigenschaft setzt ein solches Verhältnis von Sache zu Sache voraus, daß die eine als Hauptsache, die andere als Hilfs- oder Nebensache erscheint, daß also objektive Beziehungen bestehen, die eine wirtschaftliche Verbindung beider Sachen rechtfertigen, ohne daß die eine Bestandteil der anderen wäre. Wenn daher Gerätschaften Zubehör eines Gebäudes sein sollen, so wird es zwar genügen, daß nur ein Teil des Gebäudes für den Gewerbebetrieb eingerichtet ist (**RG. 48** 207), aber diesem Gebäudeteile muß objektiv und dauernd, d. i. für einen nicht von vornherein feststehenden Zeitraum diejenige Zweckbestimmung gegeben sein, welcher die Einrichtung dienen soll; was nur zur Befriedigung der Bedürfnisse des jeweiligen Eigentümers bestimmt ist, ist nicht Zubehör.

§ 98. 1. Nr. 1. **a) RG.** 26. 6. 09, GruchotsBeitr. **54** 132 ff., ZBlFG. **10** 400. Die Apothekeneinrichtung in einem zum Apothekenbetrieb eingerichteten Hause ist als Zubehör des Grundstücks anzusehen, auch wenn die Konzession des Grundstückseigentümers nur eine persönliche ist und nur das Erdgeschoß des Hauses für den Apothekenbetrieb bestimmt wurde. Es ist nicht erforderlich, daß die Einrichtungsgegenstände dem Grundstück als Ganzem dienen. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 74 (Hamburg). Tischlereigerätschaften sind nicht Zubehör eines nicht speziell für Tischlerei

hergerichteten Werkstellengebäudes. c) WürttJ. **21** 135 (Stuttgart). Wenn in einem ursprünglich als Wohnhaus erbauten Gebäude der Eigentümer bauliche Veränderungen vorgenommen hat, um bestimmte Teile des Gebäudes für die Benutzung zu einem gewerblichen Betriebe geeignet zu machen, so hat das Gebäude als für den betreffenden gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet zu gelten, sofern keine Umstände dafür sprechen, daß die Bestimmung des Gebäudeteils nur eine vorübergehende sein sollte.

2. Ziff. 2. **RG.** JW. **09** 70, R. **09** Ziff. 413, SeuffA. **64** 177. Die zur Herstellung von Preßheu dienenden Geräte können landwirtschaftliches Zubehör sein.

§ 103. RG. 70 263, JW. **09** 159, R. **09** Ziff. 960. Beiträge, die ein Gutsbesitzer als Patron einer Kirche zu den Baukosten zu leisten hat, werden fällig erst mit der Feststellung des Patronatsbeitrages durch die zuständige Regierung. Sie sind daher von demjenigen zu tragen, der zu dieser Zeit Besitzer des Gutes ist, auch wenn die Baukosten schon während der Besitzzeit eines Vorbesitzers des Gutes entstanden waren und der Bauunternehmer schon damals einen fälligen Anspruch auf Befriedigung wegen Werklohnes und Lieferung der Baumaterialien hatte.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Fehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers. (Tüb. Diss.) 1908. — Klein, Zurücknahme von Willensmitteilungen, ABürgR. **33** 245 bis 272. — Derselbe, Zurücknahme von Vorstellungsmitteilungen, ABürgR. **34** 323 bis 349. — Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen. 1909.

§§ 104 ff. 1. Begriff des Rechtsgeschäfts. (s. FDR. **2** Ziff. 1 u. 2 vor § 104, **3**, **4**, **5**, **6**, Ziff. I, **7** Ziff. 1). *Siber, Buchrechtsgeschäft 124 ff. a) Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, zu dem notwendig mindestens ein rechtlich sanktionierter Privatwillensakt gehört, der sich jedoch einerseits nicht in einem solchen erschöpft, andererseits nicht alle für die Rechtswirkung erforderlichen Momente, sondern nur die durch den Parteiwillen in Bewegung gesetzten umfaßt; z. B. nicht die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden, die Existenz der Kaufsache, das Überleben des Bedachten beim Testamente, wohl aber den Zugang der Erklärung an den Adressaten, sowie die Eintragung in öffentliche Register; denn auch diese hat nur auf Antrag zu geschehen und beruht deshalb ihrem typischen Wesen nach auf dem Parteiwillen als treibender Kraft. — Behördliche Verfügungen sind nicht Bestandteile von Privatrechtsgeschäften, wo der Parteiantrag nur Voraussetzung der verfahrensrechtlichen Zulässigkeit, nicht der materiell-rechtlichen Wirkung der Verfügung ist, also nicht bei Hellwigs „konstitutiven Staatsakten", wie bei der Eintragung in das Vereinsregister. Keine reinen Privatrechtsgeschäfte, sondern Gesamtakte von Partei und Behörde liegen vor, wo mit der Rechtswirkung zugleich ein privater, wie ein behördlicher Erfolgswille sanktioniert ist, z. B. bei Ehelicherklärung und bei vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu Erklärungen des Vormundes. Bestandteil eines reinen Privatrechtsgeschäfts ist dagegen die behördliche Entschließung, wo sie ausschließlich den Erfolgswillen von Privatpersonen verwirklichen soll, z. B. bei der amtlichen Zustellung privater Erklärungen (§§ 132 Abs 2, 176), bei der amtlichen Formgebung für Parteierklärungen (Beurkundung oder Beglaubigung), auch bei der „Legalisierung" von Parteierklärungen, insbesondere bei Eintragungen in das Grundbuch. Das Buchrechtsgeschäft ist daher nicht schon mit der Parteierklärung, sondern erst mit der Eintragung vollendet (124 bis 132, 103, 145 ff.). b) Wo zur Geschäftswirkung auch die Zustimmung eines anderen, als der Hauptbeteiligten erforderlich ist, da ist die Zustimmung weder Rechtsbedingung der Haupterklärung (vgl. unten zu §§ 158 ff. Ziff. 2 b) noch selbständiges Rechtsgeschäft (vgl. unten zu §§ 182 ff. Ziff. 3), sondern Bestandteil des

aus Haupterklärungen und Zustimmung zusammengesetzten Rechtsgeschäfts; die Haupterklärung zu der die Zustimmung erteilt wird, bildet mit dieser einen ungleichartigen Gesamtakt (133—144). c) Vorwirkung, Interimswirkung, Etappenwirkung des vorausgehenden Rechtsgeschäftsbestandteils, — nicht zu verwechseln mit der Vorwirkung fertig abgeschlossener Rechtsgeschäfte, z. B. der aufschiebend bedingten während der Pendenz, des Erbvertrags vor dem Tode des Erblassers. Sie findet sich bei allen sukzessiv zustande kommenden zusammengesetzten Rechtsgeschäften. Sie ist von der Wirkung des vollendeten Rechtsgeschäfts häufig qualitativ verschieden und berechtigt nicht, schon den vorausausgehenden Rechtsgeschäftsbestandteil als ein selbständiges, in sich fertiges Rechtsgeschäft anzusehen, schon deshalb nicht, weil derselbe Bestandteil auch nachfolgen kann und dann für sich allein gar keine Rechtswirkung hat, sondern nur mit dem vorausgehenden zusammen die Endwirkung des vollendeten Rechtsgeschäfts herbeiführt. — Bloße Vorwirkung ist die Wirkung der Erklärungsabgabe vor ihrem Zugange, die des Vertragsantrags (§ 145), bei Rechtsgeschäften des Grundbuchrechts die der vorausgehenden Einigung oder sonstigen Parteierklärung (vgl. § 873 Abs. 2 Satz 1) oder der vorausgehenden Eintragung (§§ 892, 893, 879 Abs. 2), ferner bei Briefhypotheken die Wirkung der Einigung und Eintragung vor der Ausgabe des Briefes (§ 1163 Abs. 2), bei Inhaberhypotheken die der Bestellungserklärung und der Eintragung vor Ausstellung der Schuldverschreibung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1); die Endwirkung des Rechtsgeschäfts, Entstehung einer Briefhypothek oder Inhaberhypothek, tritt erst mit dem Schlußakte des Rechtsgeschäfts, mit der Ausgabe des Briefes oder der Ausstellung der Schuldverschreibung ein (129 ff.). d) Vorwirkung bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften s. unten zu §§ 182 ff. Ziff. 3.

2. *Klein, ABürgR. **33** 245—272. a) Wesen der Willensmitteilungen (Rechtshandlungen i. e. S.); b) Zusammenstellung der Willensmitteilungen; c) Zurücknahme der Willensmitteilungen = Beseitigung bereits eingetretener Wirkungen von Willensmitteilungen (Abgrenzung gegen verwandte Fälle 256—258).

3. *Klein, ABürgR. **34** 323 ff. stellt die sämtlichen „Vorstellungsmitteilungen" — Mitteilungen, denen „die Kundgebung einer Vorstellung, eines Urteils oder einer Überzeugung seitens eines Subjekts an ein anderes wesentlich ist" — zusammen. (Anzeigen; Benachrichtigungen; Kundgebungen; in Kenntnis setzen; auf etwas aufmerksam machen; Mitteilungen; Bekanntmachungen; Behauptungen; Erklärungen; Versicherungen; Zusicherungen; Auskunft erteilen; Vorlegung von Urkunden; Rechnungs- und Rechenschaftslegung; Versehen mit Bemerkungen; Aufnahme, Einreichung, Mitteilung, Vorlegung von Verzeichnissen [Rechnungen]; Schätzungen; Feststellungen [durch Sachverständige]; Bezeichnungen; Zeugnis; Angaben; Empfehlungen und Rat; Anerkennungen; Quittung). Er erörtert sodann die Frage, ob bezw. inwieweit die ex lege eintretenden Rechtswirkungen von Vorstellungsmitteilungen vom Mitteilenden einseitig oder mit Zustimmung des Mitteilungsempfängers beseitigt werden können.

§ 104. 1. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 214 f. Eine geistige Störung fällt nicht ohne weiteres unter den § 104 Nr. 2, sondern nur dann, wenn sie in das Handeln des an ihr Erkrankten eingreift, wenn sie sich auch nach der sozialen Seite hin bekundet. Solange der Kranke die wesentliche Bedeutung des Rechtsgeschäfts zu erfassen und dessen nächste Folgen zu übersehen vermag, solange kann man nicht von einer Geschäftsunfähigkeit reden.

2 Verhältnis des § 104 Ziff. 2 zu § 6 Ziff. 1 (s. JDR. **3**). **RG.** 4. 6. 09, JW. **09** 411, PosMSchr. **09** 100, BayRpflZ. **09** 335, GruchotsBeitr. **53** 902. Die Geisteskrankheit im § 6 deckt sich nicht mit dem Tatbestande des § 104 Ziff. 2. Der Begriff der krankhaften Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 104 ist ein

weiterer als der Begriff der Geisteskrankheit im § 6. Er kann sowohl Fälle der Geisteskrankheit als auch der Geistesschwäche umfassen. Die Tatbestandsmerkmale der Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Ziff. 2 sind demnach lediglich aus dieser Gesetzesbestimmung selbst und nicht im Anschluß an § 6 Ziff. 1 zu gewinnen. Die Erforschung des Geisteszustandes auf der Grundlage des § 104 Ziff. 2 wie die Unterscheidung zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche im Falle des § 6 (vgl. **RG. 50** 203) hat durch das Gericht unter pflichtmäßiger Berücksichtigung der Ergebnisse der Verhandlung und Beweisaufnahme, insbesondere auch der eingeholten Gutachten des Sachverständigen zu geschehen.

3. **RG. JDR. 7** Ziff. 2 zu § 104, auch SeuffBl. **09** 273 ff., ZBlFG. **9** 663 ff.

§ 105. 1. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 201. Der Ausdruck „Bewußtlosigkeit" ist nicht im gewöhnlichen Sprachgebrauch, als ein Zustand von völligem Schwinden des Bewußtseins der Außenwelt und von einer Einstellung der Tätigkeit der Sinne aufzufassen, sondern als ein solcher Zustand, in dem, ungeachtet der nicht beeinträchtigten physischen Fähigkeit äußeren Handelns, das Selbstbewußtsein in der temporären Sinnesaufregung so weit untergegangen ist, daß dem Geiste die Erkenntnis des Inhalts und Wesens vorgenommener Handlungen, sei es überhaupt, sei es in einer bestimmten Richtung, mangelt.

2. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 200 f. Die Bestimmung des § 105 spricht, was die Dauer der Störung der Geistestätigkeit angeht, nur von vorübergehenden Zuständen. Da aber der Grad Beachtung verdient, würden neben akuten Psychosen unbedenklich auch chronische Psychosen unter § 105 Abs. 2 fallen, wenn nur eine vorübergehende Verschlimmerung eintritt und die chronische Störung damit den vom Gesetze vorgeschriebenen, sonst nicht vorhandenen Grad erreicht.

§ 107. *Jehle, Vollmacht und Willensmängel 61 ff. Die Vollmachtserteilung gehört im Sinne des § 107 nicht zu den konsensbedürftigen Geschäften, sie bringt als solche zum mindesten keinen rechtlichen Nachteil, sie nimmt dem Geschäftsbeschränkten weder ein Stück seiner Rechtspersönlichkeit, noch belastet sie irgendwie sein Vermögen, sie ist als solche ein neutrales Rechtsgeschäft. Der Geschäftsbeschränkte kann somit gültig zu allen Rechtsgeschäften Vollmacht erteilen, wobei die Wirkungen dieser seitens seiner Bevollmächtigten geschlossenen Geschäfte die gleichen sind wie der von ihm selbst geschlossenen Geschäfte.

Die Kundgebung der Bevollmächtigung gemäß §§ 171, 172 ist besonders zu behandeln (66).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 334. Der minderjährige Schuldner kann ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters die Erklärung eines Dritten entgegennehmen, der sich ihm gegenüber ohne Entgelt zur Erfüllungsübernahme oder zur gesamtschuldnerischen Mithaftung für die Urschuld verbindlich macht.

3. BayRpflZ. **08** 467 (BayObLG.). Werden Minderjährigen Grundstücke als Ausstattung zugewendet und übertragen, so können sie die Auflassung wirksam erklären, weil die Erlangung des Eigentums nur einen rechtlichen Vorteil bietet. Dem steht nicht, wie Neumann, Handausg. Note 1 b zu § 107 annimmt, entgegen die mit dem Besitz oder dem Eigentum an Grundstücken verbundene Pflicht zur Tragung gewisser öffentlicher Lasten, denn diese Pflicht ist eine Wirkung des Besitzes oder des Eigentums und gehört nicht zum Inhalte der Auflassung.

§ 108. PrVerwBl. **30** 355 (PrOVG.). Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch aus Handlungen oder Unterlassungen des Vertreters offenbar werden.

§ 111. *Siber, Buchrechtsgeschäft. a) Zur „Vornahme" eines einseitigen Grundbuchrechtsgeschäfts, z. B. nach § 875, gehört auch die Eintragung. Die Zustimmung kann daher zwischen Erklärungsabgabe und Eintragung noch wirksam erteilt werden (145—150). b) § 111 Satz 2 gilt nicht für Erklärungen an eine Amts-

adresse, z. B. an das Grundbuchamt, das in solchen Fällen nur nach § 18 GBO. zu verfahren hat (156).

§§ 112, 113. KGJ. **37** A 39 (KG.). Ermächtigt der gesetzliche Vertreter (mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts) den Minderjährigen, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu betreiben oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige auch auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit berechtigt, selbständig bei dem Vormundschaftsgericht Anträge zu stellen und Beschwerde einzulegen, sofern er damit die in den §§ 112, 113 angegebenen Rechtsgeschäfte durchführen will.

§ 115. *Schäfer, Vorläufige Vormundschaft und Pflegschaft. Der Fall des § 1908 Abs. 3 wird durch § 115 Abs. 2 ebenfalls betroffen (vgl. unten zu §§ 1906 ff.)

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Wie auch zum ersten und dritten Titel (vgl. insbesondere Ziff. 1 zu §§ 104 ff. und Ziff. 1 zu §§ 145 ff.) waren hier einige Selbstberichte Sibers über das Buchrechtsgeschäft aufzunehmen, dessen Bedeutung bei den §§ 873 ff. zu würdigen sein wird. Auch auf die Berichte Hölders und Reichels — über letzteren siehe Näheres unten zu den §§ **414** ff. — sei hier verwiesen. Die Auffassung des RG., daß ein Notar Vertragserklärungen, die nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor ihm abgegeben werden, dennoch in einem einzigen Protokoll beurkunden könne, hat zu widersprechenden wie zustimmenden Äußerungen mehrfach Veranlassung gegeben (vgl. u. zu § 128). Wichtige sozialpolitische Entscheidungen sind zu § 138, namentlich auf dem Gebiete des gewerblichen Wettkampfes ergangen. Von Interesse ist auch, daß es ausdrücklich für zulässig erkannt worden ist, wenn eine Reederei von ihren Schiffsoffizieren einen Revers unterzeichnen läßt, der diese verpflichtet, einem bestimmten Vereine nicht anzugehören.

Literatur: Dix, Der Verstoß gegen die guten Sitten, ABürgR. **33** 74—135. — Hellmann, über Manigks Willenserklärung und Willensgeschäft nach BGB. KrVJSchr. **48** 217—259. — Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, JheringsJ. **55** 413—496. — Hoeniger, Vertragsbeurkundung bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien, DNotV. **09** 177—209. — Derselbe, Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, DNotZ. **09** 673—688. — Jehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers (Tüb. Diss. 1909. — Josef, Beurkundung der Erklärungen nicht gleichzeitig Anwesender in demselben Protokoll, ZBlFG. **10** 145—149. — Klein, Beiträge zur Lehre von der Anzeigepflicht im Zivilrecht (Deutsches Recht). II. Studie. Zur Lehre von der Aufklärungspflicht beim Vertragsschlusse, ÖstZBl. **27** 567—572. — Derselbe, Zurücknahme von Willensmitteilungen, ABürgR. **33** 245—272 und ABürgG. **34** 323—349. — Kleinrath, Der Gebrauch des Handschriftstempels, R. **09** 323—325. — Leist, Handeln unter dem Namen des Vertretenen R. **09** 653—660. — Meyer, Wer ist Antragsgegner im Sinne des § 143 BGB.? R. **09** 626—629. — H. Müller, Die Anfechtbarkeit wegen Irrtums über Eigenschaften nicht körperlicher Gegenstände, WürttJ. **21** 252—264. — Nowomiejski, Willenserklärung im Scherze. (Götting. Diss.) 1909. — Oertmann, Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums bei der Preiskalkulation, DJZ. **09** 742—744. — Oppler, Die sog. unitas actus bei notariellen Beurkundungen und die Rechtsprechung des RG., ZBlFG. **9** 643—649. — Pagel, Fälschung und Handeln unter falschem Namen, GruchotsBeitr. **53** 229—298. — Riezler, Die Anfechtbarkeit schwebend nichtiger Willenserklärungen, SeuffBl. **09** 189—192. — Samuelsen, Der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers beim Vertragsschlusse, BayRpflZ. **09** 166—167. — Schwaiger, Anfechtung und Gewährleistung, SeuffBl. **09** 325—334, 371—377. — Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht. Tübingen 1909. — Voß, Über den Schutz des Veräußerungsverbots (§§ 135, 136 BGB.) gegen Beseitigung der Veräußerung in Konkurs- und Anfechtungsfällen, LeipzZ. **09** 755—766. — — Vleugels, Können die Erklärungen nicht gleichzeitig anwesender Beteiligten in einem und demselben Protokolle beurkundet werden? DNotZ. **09** 322—330. — Walter, § 128 BGB. und die reichsgerichtliche Rechtsprechung, BayNotZ. **09** 307—310.

§§ 116 ff. *Pagel, GruchotsBeitr. **53** 229 ff. Fälschung ist Nachahmung, Darstellung eines beliebigen Etwas durch ein anderes, das mit dem ersten äußerlich als identisch in die Erscheinung tritt, ohne es zu sein. Abgesehen davon, daß der

Begriff der Fälschung als Tatbestandsmerkmal einer „unerlaubten Handlung" in Betracht kommen kann, ist er rechtlich, besonders im Zivil- und Zivilprozeßrecht, wesentlich in der Lehre von den Willenserklärungen und wird in Zivilgesetzen ausdrücklich erwähnt z. B. in WO. Art. 75 u. 76. Eine Willenserklärung ist gefälscht, wenn eine Handlung vorliegt, die formell als Willenserklärung auftritt, während das Faktum des Geschehens mit dieser Form in Widerspruch steht, z. B. weil das Faktum von einem andern Urheber ausgeht als demjenigen, auf den die Form hinweist. Hier ist eine fremde Willenserklärung dargestellt. Es kann aber auch eine eigene Willenserklärung dargestellt werden, wie in dem Falle der Simulation (§ 117 BGB.). Immer aber ist in Wahrheit eine Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben. Damit wird aber nicht stets bei demjenigen, dem gegenüber gehandelt werden soll oder bei dritten, eine Täuschung bewirkt. Es kann sein, daß der Erklärungsgegner das Scheingebilde erkennt, ebenso daß auch bei der unbeteiligten Außenwelt über die Natur des Handelns als einer Scheinerklärung kein Zweifel bestehen kann. Umgekehrt ist möglich, daß der Schein einer Scheinwillenserklärung besteht, während eine wirkliche Willenserklärung vorhanden ist, z. B. wenn sich der Urheber einer Identitätsbezeichnung bedient, die ihm nach dem in Betracht kommenden Maßstabe nicht zusteht (er handelt unter einem ihm nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht zustehenden, in diesem Sinne falschen, Namen). Dies kann nur unter Umständen die Bedeutung haben, daß er sich eine ihm nicht zukommende Eigenschaft beilegt, ohne seine Identität zu leugnen. Sein Handeln fällt unter den der Fälschung übergeordneten Begriff „Lüge", ist aber keine Fälschung. Wird die Lüge geglaubt, so ist der Getäuschte darauf verwiesen, etwaige Schadensersatzansprüche zu erheben oder seine Gegenwillenserklärung aus § 123 BGB. anzufechten, wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen. Die Frage, wann Fälschung, wann bloße Falschbezeichnung vorliegt, ist nicht dieselbe, ob die Form des Rechtsgeschäfts gemäß § 126 BGB. verletzt ist. Daher ist die Frage, ob der bevollmächtigte oder vollmachtlose, gesetzliche oder gewillkürte Vertreter gültig unter dem Namen des Vertretenen handeln kann, nicht aus dem Gesichtspunkte des § 126 BGB., sondern aus dem der Fälschung zu betrachten. Um die Willenserklärung eines anderen darzustellen, muß der Erklärende das Bewußtsein haben, daß mit dem von ihm eingeführten Begriffe der einer bestimmten, sei es existierenden, sei es nicht existierenden, von ihm verschiedenen konkreten vorgestellten Persönlichkeit bei dem Destinatär des Erklärens verbunden werden könnte. Hierbei ist es gleichgültig, ob das Erklären schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent erfolgt. — Ferner kann eine Erklärung nicht bloß in dem Elemente der Person des Erklärenden, sondern auch in dem der Person des Erklärungsgegners gefälscht sein. (Hierunter fallen manche Fälle, die bisher unter den sog. Identitätsirrtum subsumiert zu werden pflegten.) Eine Fälschung ist aber nur möglich, wenn die Handlung nicht ohne Mitwirkung des Elements, dessen Identität in Frage steht, geschehen kann. Sonst trifft die Erklärung immer jemanden, und zwar den, der gemeint ist. Wenn z. B. der von X. zu seiner Vertretung befugte A. für X. handeln will, aber vorgibt für Y. zu handeln, ist er entweder falsus procurator des Y. oder er handelt, wenn er nicht glaubt, daß der Gegner unter Y. sich eine bestimmte von X. verschiedene Persönlichkeit vorstellen werde, gültig für X. Niemals aber fälscht A. die Erklärung des Y. — Ebenso kann niemals in dem eine Sache individualisierenden Erklärungselement gefälscht werden. Daher ist die Auflassung des Grundstücks X. erklärt, wenn Verkäufer und Käufer es meinen, obwohl sie Y. sagen. Wird der Eigentumsübergang auf das Grundstück Y eingetragen, so ist das Grundbuch falsch (§§ 894, 899 BGB.). Ferner ergehen gerichtliche Entscheidungen für oder gegen denjenigen, der gemeint ist. Hierbei ist noch zu beachten, daß für oder gegen mich eine

gerichtliche Entscheidung ergehen kann, ohne daß ich sie oder ein anderer sie gegen mich erbeten hat, also ohne daß ich auf normale Weise Subjekt des Prozeßverhältnisses geworden bin. Ich bin es dann durch jenen gerichtlichen Akt auf pathologische Weise geworden.

§ 116. 1. *Jehle, Vollmacht und Willensmängel 68 ff. Ist die Vollmacht erteilt worden durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und kennt dieser den Vorbehalt, so ist die Vollmachtswillenserklärung nichtig. Kennt der Dritte den Vorbehalt nicht, so kann er sich auch gegenüber dem Machtgeber, soweit nicht dessen Haftung gemäß §§ 826, 823 Abs. 2, 831 BGB. begründet ist, in Analogie der grundsätzlichen Behandlung der Willensmängel namentlich des § 120 BGB. (vgl. auch **RG. 28** 16 ff.) in Höhe des negativen Interesses schadlos halten, da der Machtgeber, mag er es auch im Einzelfalle nicht billigen, notwendig damit rechnen muß, daß der Vertreter von der ihm gewordenen Vollmachtserklärung Dritten gegenüber Gebrauch macht und daß sich diese Dritten im Vertrauen auf ihre Gültigkeit mit dem Vertreter einlassen. — Kennt lediglich der Dritte den geheimen Vorbehalt, so ist die Vollmachtserteilung vollkommen gültig, der Vertreter hat niemals ohne Vertretungsmacht gehandelt. Der Dritte muß sich aber hier sagen, daß die Ausübung der Vollmacht durch den Vertreter nicht dem Willen des Vollmachtgebers entspricht und vermag daher aus einer Willenserklärung des Bevollmächtigten keine Rechte gegen den Machtgeber herzuleiten (vgl. **RG. 52** 99).

2. Satz 2, *Siber, Buchrechtsgeschäft 158 ff. a) Stehen mehrere Privatadressen zur Wahl, so ist die Erklärung absolut nichtig, wenn der wirklich gewählte Adressat um den Mangel der Ernstlichkeit weiß oder mit der Simulation einverstanden ist, andernfalls absolut gültig, auch zugunsten des Wissenden oder mit der Simulation Einverstandenen, an den die Erklärung gleichfalls hätte gerichtet werden können. b) Für Amts- und für Amts- oder privatempfangsbedürftige Erklärungen gelten §§ 116 Satz 2, 117 nicht unmittelbar. Sie gelten auch nicht entsprechend, wenn die Amtsadresse wissend oder im Einverständnisse sein sollte; bei ausschließlich amtsempfangsbedürftigen Erklärungen gibt es daher überhaupt keine Nichtigkeit wegen Mentalreservation und Simulation; so bei Bestellung einer Eigentümer- oder Inhabergrundschuld (§§ 1196 Abs. 2, 1195). Bei amts- oder privatempfangsbedürftigen Erklärungen hat das Wissen oder Einverständnis des Privatbeteiligten entsprechend §§ 116 Satz 2, 117 auch dann Nichtigkeit zur Folge, wenn die Erklärung nicht an ihn, sondern an die Behörde, z. B. an das Grundbuchamt, gerichtet war (159 ff., 162 ff.).

3. R. **09** Ziff. 414 (Celle). Es liegt ein Fall von Mentalreservation vor, wenn der Gläubiger durch Vergleich mit einem Dritten sich gegen Zahlung eines Teilbetrags seiner Forderung durch diesen für vollständig befriedigt erklärt und allen weiteren Ansprüchen gegen den Schuldner entsagt, obwohl er vorher im Hinblick auf den Abschluß des Vergleichs mit dem Schuldner ausgemacht hat, daß der nicht von dem Dritten gezahlte Restbetrag als Schuld bestehen bleiben sollte.

§ 117. 1. *Jehle, Vollmacht und Willensmängel 78 ff. Bei der Vollmachtserteilung entscheidet für ihre Nichtigkeit das Einverständnis des konkreten Erklärungsempfängers. Im übrigen sind die Ausführungen über die Mentalreservation entsprechend zu übertragen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 197. Wenn der überschuldete Inhaber eines Geschäfts dieses seinem Bruder überträgt, selbst aber als Geschäftsführer und Generalbevollmächtigter seines Bruders in dem Geschäfte wie bisher tätig bleibt, so kann, auch wenn die Übertragung offensichtlich in der Absicht erfolgt ist, die aus dem künftigen Geschäftsbetrieb erwachsenden Forderungen den Gläubigern des bisherigen Geschäftsinhabers zu

entziehen, nicht ohne weiteres angenommen werden, daß zwischen den Brüdern, auch mit Wirkung nach außen, lediglich ein Scheingeschäft abgeschlossen worden ist.

3. **RG.** WarnE. **2** 169 f., R. **09** Ziff. 961. Der Einwand der Scheinübertragung einer Forderung ist dem Schuldner nur beim Nachweis eines Interesses daran gestattet (vgl. **RG. 53** 416); aber das erforderliche Interesse braucht nicht gerade ein prozessuales, es kann ein allgemeines sein.

4. Vgl. Siber oben Ziff. 2 zu § 116.

§ 118. 1. *Nowomiejski **43** ff. Der Scherz braucht nicht erkennbar zu sein. Zum Beweise des Gegenteils kann man nicht, wie Fischer-Henle (zu § 118) will, den § 116 Satz 1 anführen, da Unterscheidungsmerkmal beider Bestimmungen die Heimlichkeit bzw. Offenheit in der Intention ist. Aus demselben Grunde gehört der Fall des § 118, sobald der Mangel nicht verkannt wird, nicht zugleich auch unter § 116 Satz 2; es liegt vielmehr Gesetzeskonkurrenz in der Weise vor, daß, sobald die Kenntnis des Gegners von der Nichternstlichkeit der Erwartung des Erklärenden entspricht, lediglich § 118 zur Anwendung kommt, wenn dagegen der Erklärende glaubte, daß der Gegner von seiner nicht ernstlichen Absicht nichts merken würde, lediglich § 116 Platz greift. Es läßt sich zum Gegenbeweis auch nicht, wie Danz, DJZ. **06** 1280, will, § 157 heranziehen, da dieser Paragraph nur Interpretationsvorschriften für wirklich geschlossene Verträge gibt, aber nicht für solche Fälle verwertet werden kann, wo es theoretisch erst festgestellt werden soll, ob sie gültige Verträge sind oder nicht. — Wenn der Erklärende auch nur mit der Möglichkeit gerechnet hat, der Gegner werde den Scherz nicht erkennen (dolus eventualis), ist § 118 nicht anwendbar (48—49).

2. *Jehle, Vollmacht und Willensmängel 85 ff. Ist die an den Vertreter erklärte Vollmachtserteilung gemäß § 118 nichtig, so kann der Dritte, abgesehen von den bei der Mentalreservation aufgeführten Rechtsbehelfen, in analoger Anwendung des § 281 Abtretung des dem Vertreter gegen den Vollmachtgeber aus § 122 BGB. zustehenden Anspruchs verlangen.

3. *Hölder, JheringsJ. **55** 431 ff. Diese Bestimmung ist zu beschränken auf den Fall, daß die bezeichnete Erwartung berechtigt war und daher überhaupt keine Willenserklärung vorliegt. War sie nicht berechtigt, so existiert vielmehr in Gemäßheit des § 119 eine anfechtbare Willenserklärung.

§§ 119 ff. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 348. Wer für anfechtbare Schuld interzediert, gleichviel ob als Bürge, kumul. oder privativer Schuldübernehmer oder sonstiger Interzedent, hat die Einrede aus § 770 Abs. 1.

2. *Herb. Meyer, Publizitätsprinzip 96 f. Anfechtung ist Geltendmachung des materiellen Rechtes gegenüber dem Rechtsscheine; daher auch die rückwirkende Kraft. Das gilt gleichermaßen für die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wie für die einer Ehe, der Ehelichkeit eines Kindes, des Erbschaftserwerbes wegen Unwürdigkeit oder eines Patentes.

§ 119. I. 1. *Hölder, JheringsJ. **55** 467 ff. Dem Irrtum über den Inhalt steht gleich der Irrtum über die Existenz der Willenserklärung, die sich von ihrem Inhalte nicht trennen läßt. Die Erklärung kann wegen Irrtums anfechtbar sein, weil ihr Urheber sein Verhalten für ein solches hielt, das a) eine Willenserklärung von anderem Inhalte ist, b) überhaupt keine Willenserklärung ist, c) noch keine Abgabe der Willenserklärung ist.

2. Oertmann, DJZ. **09** 742 ff. Der Irrtum über die Preiskalkulation ist als solcher grundsätzlich unbeachtlich. Es liegt dabei weder ein Irrtum über die Erklärungshandlung selbst, noch ein solcher über den Erklärungsinhalt vor. Wohl aber ist für die Anfechtbarkeit wegen Irrtums dann Raum, wenn der Rechenfehler nur bei der Addition einer Mehrheit von Einzelpreisen oder auch Wareneinheiten, die für sich stimmten, vorgekommen ist (vgl. Dernburg, BGB.

I § 145 Anm. 16). In solchen Fällen haben die Einzelpreise wenigstens möglicherweise selbst einen Bestandteil des Geschäftsinhalts gebildet, ihren Gesamtbetrag wollte der Verkäufer oder Werkmeister fordern, und wenn er schließlich seine Erklärung nur auf einen geringeren — oder der Käufer auf einen höheren — Betrag richtete, so ist klar, daß er etwas anderes erklärt hat, als er erklären wollte, nämlich als die Summe der Einzelposten. Hier muß man dem irrig Addierenden die Anfechtung nach § 119 BGB. zubilligen.

3. Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu § 459 (s. JDR. **2** Ziff. II 3 zu § 459, **4**, **5** u. **6** zu § 119 Ziff. I 1). a) Schwaiger, SeuffBl. **09** 325 ff., 371 ff. Das Bestehen eines Gewährleistungsanspruchs schließt die Anfechtung wegen Irrtums nicht aus. Der Irrtum kann sich beziehen a) auf Eigenschaften, die als Fehler im Sinne des Gewährleistungsrechts anzusehen sind; b) auf zugesicherte Eigenschaften; c) auf andere Eigenschaften, die der Käufer voraussetzt, ohne daß sie zugesichert sind oder ihr Nichtvorhandensein einen Fehler im Sinne des Gewährleistungsrechts bildet. Die Fehlerfreiheit einer Sache ist zweifellos als Eigenschaft anzusehen; dagegen ist hier die vertragsmäßige Zusicherung nicht der Normalfall; Fehlerfreiheit gehört daher nicht zu den verkehrswesentlichen Eigenschaften; die Anfechtung ist ausgeschlossen. — Bei den Eigenschaften zu c findet eine Gewährleistung nicht statt; es ist daher nur Anfechtung möglich. — Zugesicherte Eigenschaften können verkehrserheblich sein; in diesem Falle ist die Anfechtung neben der Gewährleistung zulässig. — Für den Viehkauf besteht keine Ausnahme; auf Vorhandensein von Hauptmängeln kann ebensowenig wie auf das Vorliegen anderer Fehler die Anfechtung gestützt werden, weil die Zusicherung der Fehlerfreiheit nicht den Normalfall bildet, Fehlerfreiheit also keine verkehrswesentliche Eigenschaft ist. **b)** v. Blume, JheringsJ. **55** 200 ff. (214), hält ebenso wie Lippmann, ACivPr. **102** 325 ff., eine Konkurrenz zwischen dem Wandelungsrecht aus § 459 und dem Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 nicht für gegeben, aber nicht aus den von Lippmann angeführten Gründen, sondern deshalb, weil der Käufer, sofern ihm der Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet ist, im Augenblicke des Vertragsschlusses durch den Sachmangel überhaupt noch nicht getäuscht wird, sondern erst im Augenblicke der Übergabe (vgl. auch Krückmann, ACivPr. **101** 393 ff.). **c)** Über das Verhältnis von Irrtum und Gewährleistung vgl. auch die Ausführungen Wolffs, JheringsJ. **56** 35—43. **d)** Vgl. auch Müller u. Ziff. 6.

4. Riezler, SeuffBl. **09** 189 ff. Schwebend nichtige Geschäfte (z. B. §§ 108, 177 Abs. 1, 185 Abs. 1 BGB.) sind im Gegensatze zu den aufschiebend bedingten während des Schwebezustandes nicht anfechtbar. Wohl aber kann die Willenserklärung, durch welche der Schwebezustand gelöst wird, insonderheit die Genehmigung, selbständig angefochten werden. Diese Anfechtung hat zur Folge, daß der durch die Genehmigung beendigte Nichtigkeitszustand als ununterbrochen fortdauernd gilt.

5. Irrtum über Zahlungsfähigkeit des Schuldners (vgl. besonders JDR. **1** Ziff. 17, **2** Ziff. III c). Samuelsen, BayRpflZ. **09** 166 f. Unter den Begriff der „Eigenschaft" fällt unter Umständen auch der Nichtbesitz von Zahlungsmitteln. Die Zahlungsunfähigkeit des Käufers ist beim Kreditkaufe für den Verkäufer nur dann ein Grund zur Anfechtung des Kaufes wegen Irrtums, wenn sie für das betreffende Rechtsgeschäft im Verkehr als wesentlich angesehen wird. Es ist also in jedem konkreten Falle objektiv darüber zu entscheiden, ob die Zahlungsfähigkeit nach allgemeiner Verkehrsauffassung zum Wesen der Person gehört oder nicht; selbstverständlich muß auch noch das subjektive Moment erfüllt sein, daß der Verkäufer bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles die jetzt angefochtene Willenserklärung nicht abgegeben haben würde.

6. *H. Müller, WürttJ. **21** 252 ff. Ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über Eigenschaften ist zufolge analoger Anwendung des § 119 Abs. 2 auch bei Rechts-

geschäften mit nichtkörperlichen Gegenständen gegeben. Dies wird näher begründet und im einzelnen dargelegt, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung möglich ist. Dabei wird im Gegensatze zu OLG. Stuttgart, WürttJ. **19** 259 u. OLG. Hamburg, R. **07** Ziff. 1954, die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums über die Bonität einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes bejaht, sofern wirklicher unbewußter Irrtum vorhanden ist. Bei Erörterung der Frage der Konkurrenz von Anfechtungsrecht und Gewährleistungsrecht wird der Standpunkt vertreten, daß beim Vorhandensein einer dem Willen des Irrenden entsprechenden vertragsmäßigen Erklärung und aus der Erklärung sich ergebenden Haftung für das Anfechtungsrecht kein Raum ist, wie sich aus der Fassung der Bestimmung als Fiktion des Tatbestandes von Abs. 1 ergibt.

7. *Reichel, Schuldmitübernahme 340 ff., handelt über den Irrtum über Person und Qualität des Urschuldners und Gläubigers bei kumulativer Schuldübernahme.

8. Schwaiger, SeuffBl. **09** 371 ff. Der Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache ist nicht als Irrtum über den Inhalt des Rechtsgeschäfts anzusehen; § 119 Abs. 2 enthält daher gegenüber Abs. 1 eine Erweiterung (aM. Staudinger, Hölder, Gareis).

II. Aus der Praxis. A. Abs. 1. 1. a) **RG.** R. **09** Ziff. 1838. Wenn ein Schuldner, der im Konkurs einen Zwangsvergleich zu einem bestimmten Prozentsatz erwirkt hatte, später eine Forderung in voller Höhe schriftlich anerkennt — § 781 BGB. —, so kann er dieses Anerkenntnis nicht mit der Behauptung, er habe übersehen, daß der Gläubiger nunmehr die Vergleichsquote habe fordern dürfen, wegen Irrtums anfechten. **b)** WürttRpflZ. **09** 143 (Stuttgart). Irrtum darüber, ob ein Leibgedingeanspruch nach richtiger Rechtsauffassung zum Alleingute gehörte oder in das eheliche Gesamtvermögen einzurechnen war, kann zur Anfechtung berechtigen. **d)** KGBl. **09** 73 f. (LG. II Berlin). Ein Kaufgeschäft bezüglich eines sog. Präsentautomaten, dessen Benutzung ohne behördliche Genehmigung strafgesetzlich verboten ist, kann nicht wegen Irrtums aus § 119 angefochten werden, da weder ein Irrtum über den Inhalt des Vertrags vorliegt, noch ein Irrtum über solche Eigenschaften des Automaten, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. **c)** **RG.** JW. **09** 132, LeipzZ. **09** 479, R. **09** Ziff. 795. Wenn bei einem Grundstücksverkaufe der Verkäufer erklärt hat, daß er für etwaige auf der Liegenschaft beruhende, ihm unbekannte Lasten keine Gewähr übernehme und sich später eine solche Last herausstellt, so ist regelmäßig auch eine Anfechtung wegen Irrtums seitens des Käufers ausgeschlossen.

2. **a)** **RG.** 29. 2. 09, JW. **09** 214. Ein Irrtum über den Inhalt einer Erklärung setzt allerdings einen dem Erklärenden unbewußten Erklärungsmangel voraus. Deshalb kann derjenige, der durch Unterzeichnung einer ihm dem Inhalte nach unbekannten Urkunde eine Erklärung mit dem Willen abgibt, daß das in der Urkunde Enthaltene, gleichviel was es sei, als seine Erklärung gelten solle, sich nicht darauf berufen, daß er die Erklärung, da ihm der Inhalt der Urkunde nicht bekannt gewesen sei, irrtümlich abgegeben habe; denn sein wahrer Wille stimmt mit dem Erklärten dahin überein, daß der Inhalt der Urkunde unter allen Umständen seine Erklärung sein sollte. Anders aber verhält es sich, wenn der Erklärende auf Grund vorhergegangener Verhandlung mit einem Vertragsgegner eine Vertragsurkunde in der Meinung unterzeichnet, die Urkunde enthalte das mit dem Vertragsgegner Besprochene, während sie tatsächlich etwas anderes enthält. Dann stimmt das durch die Unterzeichnung der Urkunde Erklärte mit dem wahren Willen des Erklärenden nicht überein, und liegt daher ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung im Sinne des § 119 Abs. 1 vor (**RG. 62** 203). **b)** **RG.** 7. 10. 09, R. **09** Ziff. 3291. Hat jemand eine ihm zur Unterschrift vorgelegte, von ihm nicht entworfene Urkunde, ohne sie durchzulesen, unterzeichnet, so ist eine Irrtumsanfechtung zuzulassen, wenn die Urkunde einen

anderen Inhalt hat, als der Unterzeichnende nach den vorausgegangenen mündlichen Verhandlungen annehmen durfte.

3. Irrtum im Motive (JDR. **2** Ziff. IV 1 c, **3** Ziff. III 1 d, **4** Ziff. II b, **5** Ziff. II A 9, **6** Ziff. X A 9, **7** Ziff. II A 6). **a)** BadRpr. **09** 33 (Karlsruhe) hat einen Hypothekengläubiger für berechtigt erachtet, die von ihm erteilte Löschungsbewilligung mit der Begründung anzufechten, daß er die Löschung nur bewilligt habe, weil er infolge einer irrtümlichen Belehrung seitens des Grundbuchamts die Hypothek für nichtig gehalten habe, denn infolge dieses Irrtums im Beweggrunde sei der Inhalt der Erklärung ein anderer geworden, als er ohne den Irrtum gewesen wäre (vgl. JW. **03** Beil. 106, JDR. **2** Ziff. IV 1 c). Ist die die Hypothek betreffende Verzichtserklärung Bestandteil eines Vertrags gewesen, so muß die Anfechtung gegenüber dem Vertragsgegner erfolgen. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2906. Hat ein Mitbürge dem Schuldner gegenüber sich verpflichtet, diesen von der Schuld vollständig zu befreien, sich aber vorbehalten, daß seine Ansprüche gegen den Mitbürgen unberührt bleiben, so kann er ein Anfechtungsrecht daraus nicht herleiten, daß mit der Schuldübernahme durch ihn die Haftung des Mitbürgen ohne weiteres erlösche, jener Vorbehalt daher rechtlich keine Bedeutung habe. Ist der Vertrag dahin auszulegen, daß der Beklagte die Befreiung von den ganzen Schulden zugesagt hat, so ist der Irrtum über die Rechtsfolgen seiner Erklärung ein bloßer Irrtum im Motive. Der Inhalt der Erklärung ist dann von dem Irrtume nicht berührt, die Voraussetzungen des § 119 liegen nicht vor (vgl. **RG 51** 281). **c)** R. **09** Ziff. 622 (Celle). Das in einem Prozeß abgegebene Anerkenntnis kann nicht nach § 119 angefochten werden, wenn der Irrtum nicht den Erklärungswillen des Anerkennenden, sondern die Umstände betraf, die in ihm diesen Willen hervorriefen. **d)** R. **09** Ziff. 962 (Hamburg). Ein Vertrag kann nicht deshalb angefochten werden, weil dem einen Vertragsteile bei Abgabe seiner Offerte ein Irrtum insofern untergelaufen ist, als er infolge eines mißverstandenen Telegramms seines Lieferanten zu einem zu niedrigen Preise offerierte. **e)** **RG.** R. **09** Ziff. 1754. Bei einem Gattungskaufe berechtigt ein Spekulationsirrtum — der Verkäufer hatte irrtümlich geglaubt, mit Ware aus einer bestimmten Bezugsquelle seinen Verpflichtungen nachkommen zu können — zu einer Anfechtung wegen Irrtums nicht. **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 199. Hat beim Ankauf eines Grundstücks der Käufer irrtümlich angenommen, daß eine auf dem Grundstücke bestehende, von ihm übernommene Hypothek bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unkündbar sei, so liegt ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum nicht vor.

B. Abs. 2. 1. Verhältnis des § 119 zu § 459 (JDR. **5** Ziff. I 1, **4** Ziff. I 1 u. II 8 d sowie **2** Ziff. II 3 zu § 459). **RG.** 25. 9. 09, JW. **09** 655 führt im Anschluß an **RG. 61** 175, JDR. **4** Ziff. II 8 d a, aus, daß, wo das Wandelungsrecht aus § 459 BGB. Platz greift, die Anfechtung aus dem Gesichtspunkte des § 119 Abs. 2 nicht zulässig sein könne, gewährt ein solches Anfechtungsrecht jedoch bei einem Forderungskaufe, weil bei diesem eine Wandelung nach § 459 nicht vorgesehen ist. — Auch wo die Haftung für die Güte der verkauften Forderung vom Verkäufer ausdrücklich abgelehnt wurde, kann der Käufer wegen seines Irrtums den Vertrag im Wege der Anfechtung nichtig machen.

RG. 20. 1. 09, R. **09** Ziff. 1095. Ist die Kaufsache noch nicht übergeben, so kann, wenn ein Fehler der im § 459 angegebenen Art bereits beim Kaufabschlusse vorhanden war, dieserhalb eine Anfechtung wegen Irrtums erfolgen.

2. Eigenschaften einer Person (JDR. **7** Ziff. II B 2). **a)** R. **09** Ziff. 415 (Stuttgart). Ein Irrtum über Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit liegt nur dann vor, wenn jemand zu wissen oder doch auf Grund bestimmter Tatsachen zu der Annahme berechtigt zu sein glaubt, eine gewisse Person sei kreditwürdig und zahlungsfähig. Wer an eine Person verkauft, deren Verhältnisse ihm völlig

unbekannt sind, tut dies wohl in der Hoffnung, er werde Zahlung erhalten, aber er handelt auf die Gefahr hin, sich in dieser Erwartung getäuscht zu sehen, und kann, wenn dieser Fall eintritt, nicht geltend machen, er sei in dem Irrtume befangen gewesen, der Käufer sei kreditwürdig und zahlungsfähig. **b)** OLG. **18** 37, R. **09** Ziff. 415 (Dresden). An sich ist zwar auch bei Dienstverträgen eine Anfechtung auf Grund Irrtums (Betrugs usw.) zulässig, aber nicht schon dann, wenn der Dienstverpflichtete die vorausgesetzten Eigenschaften nicht in dem Maße besitzt, in dem der Dienstberechtigte sie erwartet hat, sondern nur, wenn der Irrtum wesentliche Abweichungen der Wirklichkeit von den vorausgesetzten Eigenschaften betrifft. **c)** KfmG. **5** 245 (LG. Dresden). Die Verschweigung früherer Krankheit durch einen Handlungsgehilfen bietet für den Prinzipal nur dann einen Anfechtungsgrund aus § 119 hinsichtlich des Dienstvertrags, wenn die Erkrankung den Gehilfen bereits in seiner früheren Dienststellung an der Erfüllung seiner Dienstpflichten gehindert hat.

3. Eigenschaften der Sache (JDR. **7** Ziff. II B 1). **a)** R. **09** Ziff. 1443 (Hamburg). Hat jemand einen Geschäftsanteil einer GmbH., die sich in Liquidation befindet, in Unkenntnis dieses Umstandes erworben, so ist zwar der Erwerb an sich rechtswirksam (vgl. § 69 GmbHG.), aber der Erwerber kann das Rechtsgeschäft wegen Irrtums anfechten. **b)** **RG.** 25. 9. 09, GruchotsBeitr. **54** 141 ff., R. **09** Ziff. 3026. Ist bei Übertragung einer Hypothekenforderung dem Zedenten bekannt, daß der Erwerber darauf ausgeht, das Grundstück selbst an sich zu bringen, und daß der Erwerb der Hypothek ihm nur als Mittel zu diesem Zwecke dienen soll, so ist ein Irrtum des Erwerbers über wesentliche Eigenschaften des Grundstücks ein zur Anfechtung geeigneter Irrtum. **c)** HansGZ. **09** Hptbl. 33 (Hamburg) will Abs. 2 sinngemäß auch dann zur Anwendung bringen, wenn, wie beim Verkauf eines Handelsgeschäfts, eine körperliche Sache nicht in Frage steht. Vgl. auch OLG. **10** 133 (Marienwerder), JDR. **4** Ziff. II 1. **d)** **RG.** 22. 9. 09, JW. **09** 684 f., GruchotsBeitr. **54** 135, DJZ. **09** 1441 f. lehnt die Beziehung des § 119 Abs. 2 auf den Irrtum über Eigenschaften eines den Vertragsgegenstand bildenden Rechtes ab, da „Sache" im Sinne des BGB. nur ein körperlicher Gegenstand sei.

§ 120. 1. *Hölder, JheringsJ. **55** 455. Die unrichtige Übermittelung dieses Paragraphen kann auch eine solche an einen anderen Empfänger sein. Sie kann auch eine inhaltlich richtige, aber vorzeitige sein (466). Sie kann auch erfolgen durch andere Umstände als das Verhalten der vom Urheber der Willenserklärung dazu verwendeten Person oder Anstalt (466).

2. OLG. **18** 12 (Braunschweig). Die Botenstellung setzt den Nachweis voraus, daß der Überbringer einer Mitteilung sich bewußt ist, mit solcher Überbringung betraut zu sein, und den Willen hat, demgemäß zu handeln.

3. Vgl. auch Groß, unten § 164 Ziff. 1.

§ 121. Kenntnis vom Anfechtungsgrunde (JDR. **6** Ziff. 1, **4** Ziff. II 2, **3** Ziff. 2). **RG.** R. **09** Ziff. 3292. Bezieht sich eine Anfechtung auf eine durch Unterzeichnung eines Schriftstücks abgegebene Erklärung, so ist die Anfechtung nicht verspätet, wenn sie erfolgt, sobald der Anfechtende über den Inhalt des von ihm bei der Unterzeichnung nicht durchgelesenen Schriftstücks zuverlässige Kenntnis erhalten hat. Eine bloße Behauptung seines Vertragsgegners über den Inhalt genügt nicht.

§ 122. 1. *Herb. Meyer, Publizitätsprinzip 90 ff. Die Schadensersatzpflicht aus § 122 wird vom Veranlassungsprinzipe beherrscht. Der Erklärende haftet, weil er den Schein einer gültigen Erklärung hergestellt und dadurch dem Gegner Grund gegeben hat, ihr zu vertrauen. Er kann zwar durch Anfechtung den Rechtsschein brechen, haftet aber auf Grund des Gedankens relativer Gerechtigkeit und des typischen Formalismus, der das Verkehrsrecht beherrscht: Das Recht schützt die typische Form als regelmäßige äußere Erscheinung der Rechts-

verhältnisse. Bei rechtzeitiger Geltendmachung des inneren Kernes wird zwar auch dieser berücksichtigt; aber stets trägt der die Last des Nachweises und gegebenenfalls den entstandenen Nachteil oder Schaden, der die Veranlassung zu der entstandenen Inkongruenz gegeben hat. S. unten zu § 254 Ziff. 1 a.

2. *Siber, Buchrechtsgeschäft 169. Ist die Erklärung nicht an einen Privaten, sondern an das Grundbuchamt gerichtet, so kann ein Dritter, z. B. ein nachstehender Berechtigter, keinen Ersatz fordern, wenn es nicht zur Eintragung kommt, wohl aber nach der Eintragung; nur ist Voraussetzung, daß sein Interesse ein rechtliches, kein nur tatsächliches ist.

3. Kleinrath, R. **09** 323 ff., befürwortet die Anwendung des § 122 auch auf die Fälle, in denen jemand fahrlässigerweise bei Verhandlungen über den Abschluß eines Vertrags die Gegenseite in den Glauben versetzt, daß er eine wirksame Willenserklärung abgegeben habe.

§ 123. I. *Klein, ÖstZBl. **27** 567 ff., führt aus, daß eine analoge Ausdehnung der für bestehende Sonderverbindungen geltenden Grundsätze über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — speziell eine analoge Ausdehnung des aus § 242 BGB. usw. fließenden Aufklärungspflichtgrundsatzes —, auch auf das Verhalten der Parteien beim Vertragsschlusse nottut, und wendet diesen Satz auf einzelne typische Fälle an.

II. Aus der Praxis. 1. Arglistige Täuschung (JDR. **7** Ziff. II 1). **a)** **RG.** 19. 3. 09, **70** 423 ff., JW. **09** 268 ff. Die bloße Absicht, einen Vertrag nicht oder nicht gehörig zu erfüllen, bildet regelmäßig keine ausreichende Grundlage zu der Annahme einer für den Vertragsschluß ursächlichen arglistigen Täuschung (**RG.** **48** 282, JDR. **1** Ziff. 5). Besondere Umstände können allerdings eine gegenteilige Annahme rechtfertigen. **b)** **RG.** 3. 4. 09, JW. **09** 308, R. **09** Ziff. 1648. Bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung genügt nach der subjektiven Seite nicht die Feststellung einer Fahrlässigkeit des Täuschenden, nämlich daß dieser den Irrtum des anderen und seinen Einfluß auf dessen Willensentschließung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen müssen. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 1266. Zum Tatbestand einer arglistigen Täuschung im Sinne des § 123 gehört — zum Unterschiede von § 826 — neben der bewußten Irrtumserregung zum Zwecke der Willensbeeinflussung nicht auch die Absicht oder das Bewußtsein der Zufügung eines Vermögensschadens.

2. **a)** **RG.** 6. 7. 09, R. **09** Ziff. 486. Auf den Fall einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung finden die Vorschriften der §§ 346—356 überhaupt keine Anwendung, sondern die Wirkungen einer solchen Anfechtung bestimmen sich nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (vgl. **RG.** **49** 423). — Hiernach ist das Rücktrittsrecht des § 326 im Verhältnisse zu dem Anfechtungsrechte des § 123 auch nicht als ein minus, sondern als ein aliud anzusehen. Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung schließt daher nicht die Geltendmachung eines dem Getäuschten etwa zustehenden Rechtes, wegen Verzugs des Gegners von dem Vertrage zurückzutreten, in sich. **b)** **RG.** 16. 4. 09, R. **09** Ziff. 1649. Die Anfechtung eines Kaufes als nichtig wegen arglistiger Täuschung auf Grund der §§ 123, 142 wird nicht (wie die Ausübung des Rücktrittsrechts und der Wandelung gemäß §§ 351, 467 BGB.) dadurch ausgeschlossen, daß die Sache im Besitze des Käufers durch dessen Verschulden wesentlich verschlechtert worden ist. In einem solchen Falle kann dem Verkäufer, der die Sache zurückzunehmen hat, unter Umständen ein Schadensersatzanspruch zustehen, die Rechtswirkungen der Nichtigkeit werden dadurch nicht beseitigt.

3. Einfluß der Nichtigkeit auf das dingliche Erfüllungsgeschäft (JDR. **7** Ziff. II 3). **RG.** 24. 11. 08, **70** 55 ff., HansGZ. **09** Beibl. 209 ff. läßt dahingestellt, ob man mit Schreiber, GruchotsBeitr. **52** 515 ff., soweit gehen

dürfe, zu sagen, daß ein die Anfechtung begründender Willensmangel stets mit dem Kausalgeschäft auch den dinglichen Vertrag ergreife, und führt aus: Jedenfalls ist bei dem Käufer, der durch arglistige Täuschung den Verkäufer zum Abschlusse des Kaufvertrags bestimmt, die Absicht regelmäßig nicht bloß auf die Erlangung des obligatorischen Erfüllungsanspruchs aus dem Kaufvertrage gerichtet, sondern gerade unmittelbar auf Erlangung der Kaufsache. Dieser Absichtsrichtung auf seiten des Täuschenden entspricht die Richtung des Willensmangels auf seiten des Getäuschten. Der Verkäufer würde die kreditweise verkaufte Sache sicher nicht liefern, wenn er nicht noch unter dem seinen Willen bestimmenden Einflusse der arglistigen Täuschung über die Zahlungsfähigkeit des Käufers stände. Sind mithin besondere Umstände nicht festzustellen, dann ergibt sich aus der begründeten Anfechtung wegen Betrugs auch die Nichtigkeit des dinglichen Übereignungsvertrags, und dies entspricht den Bedürfnissen des redlichen Verkehrs. (Vgl. dagegen OLG. Hamburg, JDR. **7** Ziff. II 3 b, das vom RG. hierdurch aufgehoben wurde.)

4. **RG.** R. **09** Ziff. 623. Auch bloße Anpreisungen und empfehlende Zusicherungen können die Anfechtung begründen, wenn dadurch ein für den Vertragsabschluß maßgeblicher Irrtum hat hervorgerufen werden sollen und hervorgerufen worden ist (JW. **07** 473, JDR. **6** Ziff. 8 b). Daß es sich dabei um zugesicherte Eigenschaften im Sinne des § 459 Abs. 2 und um zum Gegenstande des Vertrags gemachte Zusicherungen gehandelt haben müsse, ist nicht richtig, wie es auch unerheblich ist, ob die betreffenden Versicherungen in dem schriftlichen Vertrag Aufnahme gefunden haben oder nicht.

5. R. **09** Ziff. 2605 (Braunschweig). Das Anfechtungsrecht geht durch Anstellung einer Schadensersatzklage nicht verloren.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 2908. Die Teilnahme an der von einem anderen verübten Täuschung kann darin liegen, daß jemand sich ohne eigene Prüfung mit dem Täuschenden für solidarisch erklärt und dadurch vorspiegelt, er trete für dessen Angaben auf Grund eigener Prüfung ein.

7. Zum Begriffe der Drohung (JDR. **4** u. **5** Ziff. II 3). **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 418. Androhung des Beharrens auf einer bereits erklärten Kündigung betrifft kein künftiges Übel. **b)** **RG.** JW. **09** 11, R. **09** Ziff. 2. Widerrechtlich ist eine Drohung mit Strafanzeige auch dann, wenn der Drohende von der Schuld des betreffenden Täters überzeugt ist, wenn nur durch sie der Bedrohte (ein Verwandter des Täters) in Angst versetzt werden und zur Übernahme einer Schuld gezwungen werden sollte, die er sonst unter allen Umständen abgelehnt haben würde. **c)** Über Zwang zu einem Rechtsgeschäft durch widerrechtliche Androhung unerwünschter Weiterungen seitens eines Magistrats hinsichtlich der Erteilung einer Bauerlaubnis handelt **RG.** SeuffA. **64** 307 f.

8. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **09** 718. Der Täuschende, der in Vertretung des Empfängers der Willenserklärung diese entgegengenommen hat, ist nicht als „Dritter" im Sinne von § 123 anzusehen. Vgl. schon OLG. Breslau, JDR. **5** Ziff. II 12. **b)** **RG.** 21. 5. 09, R. **09** Ziff. 2606. Ist die Täuschung durch einen Dritten verübt, so ist die Anfechtungsmöglichkeit und damit auch die Möglichkeit eines Verzichts auf die Anfechtung erst gegeben, wenn der Getäuschte davon Kenntnis erhält, daß sein Vertragsgegner die Täuschung kannte oder kennen mußte. Hat der Getäuschte dem Dritten gegenüber auf die Anfechtung eines mit diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfts verzichtet, so kann bezüglich eines auf derselben Täuschung beruhenden, mit einem anderen abgeschlossenen Vertrages nicht auch dieser andere daraus für sich Rechte herleiten.

§ 125. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 345. Wer eine auf formnichtigem Geschäfte beruhende Schuld mitübernimmt (kumulative Schuldübernahme), schuldet nichts; auch wenn er selbst hierbei die für die Urschuldbegründung vorge-

schriebene Form wahrt. Heilung nach § 313 Satz 2 bringt aber auch seine Schuld zur Entstehung.

2. Hoeniger, DNotZ. **09** 673 ff., gelangt anknüpfend an die Entscheidung des **RG.** 15. 11. 07, JDR. **6** Ziff. 1 und die Ausführungen von Reichel, ACivPr. **104** 40 ff., über die Arglist bei Abschluß formnichtiger Geschäfte zu folgendem Ergebnis: Es muß gegen denjenigen, der durch Delikt die Formungültigkeit eines Geschäfts herbeigeführt hat, der Inhalt dieses Geschäfts irgendwie zu Bestand gebracht werden, aber allein durch das bloße Vorbringen der Tatsache des deliktischen Verhaltens eines der Kontrahenten kann das formnichtige Geschäft auch nicht zu einer nur beschränkten Wirksamkeit dem unrecht Handelnden gegenüber gelangen. Es muß vielmehr immer verlangt werden, daß das Delikt schon in der Herbeiführung der Formnichtigkeit liegt, und daß es vollendet ist, ehe es zum Prozesse kommt und ehe sich eine Partei auf die gesetzliche Formvorschrift beruft. Hoeniger erhebt sodann Bedenken gegen den vom RG. eingeschlagenen Weg der exceptio doli, um dem Geschäfte zum Bestande zu verhelfen.

3. R. **09** Ziff. 2608, PosMSchr. **09** 66 (Posen). Auf Formungültigkeit eines Rechtsgeschäfts darf sich nicht berufen, wer selbst die Beobachtung der Form gegen Treu und Glauben absichtlich verhindert hat.

4. **RG.** 15. 6. 09, JW. **09** 452, R. **09** Ziff. 2609. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde ist der Natur der Sache nach beschränkt auf Abreden, die vor und bei Aufnahme der Urkunde stattgefunden haben sollen; sie kann sich naturgemäß weder tatsächlich noch rechtlich auch auf solche Vereinbarungen erstrecken, die erst nach Aufnahme der Urkunde erfolgt sind und zwar rechtlich um deswillen nicht, weil eine von dem Inhalte der Urkunde abweichende nachträgliche Vereinbarung sich als eine vertragliche Abänderung des ursprünglich vereinbarten und beurkundeten Vertragsinhalts darstellen würde.

§ 126. 1. Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen (vgl. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 5 a u. b, **4** Ziff. I 1, **6** Ziff. 1). Leist, R. **09** 653 ff. Die Unterscheidung schriftbedürftiger Willenserklärungen mit fremdem Namen in Vertretung des Namensberechtigten von der Unterzeichnung durch einen Schreibgehilfen (**RG. 58** 387) ist nur zu rechtfertigen, wenn anzunehmen ist, daß nicht als Vertreter handelt, wer die schriftbedürftige Willensäußerung eines anderen mit dessen Willen durch die Unterschrift zur Willenserklärung erhebt. Wird dies nicht anerkannt, vielmehr angenommen, daß immer als Vertreter handelt, wer der schriftbedürftigen Willenserklärung eines anderen durch die Unterschrift die von § 126 verlangte Form gibt, so besteht die Alternative, entweder es verbleibt dabei, daß innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht eine Willenserklärung eines anderen abgibt, wer unter dem Namen des anderen mit dessen Willen die Erklärung abgibt, ohne dabei als Vertreter hervorzutreten — dann genügt den Anforderungen des § 126 auch, wer seinen Namen durch irgend jemand unterschreiben läßt, oder dem Gebote des § 126, daß schriftbedürftige Willenserklärungen eigenhändig durch Namensunterschrift zu vollziehen sind, wird seine Bedeutung gewahrt —, dann muß anerkannt werden, daß eine Willenserklärung als Vertreter nur abgibt, wer sich als Vertreter kundgibt bei schriftbedürftigen Willenserklärungen und, wer sich in der Urkunde als Vertreter kundgibt.

2. Kleinrath, R. **09** 323 ff. Wenn feststeht, daß der Handschriftstempel nicht von demjenigen, dessen Handschrift der Stempel darstellt, zur Unterzeichnung benutzt ist, er auch dazu weder seine Einwilligung noch nachträglich seine Genehmigung erteilt hat, so braucht er die auf diese Weise unterstempelte Willenserklärung nicht gegen sich gelten zu lassen. Will der Stempelbesitzer behaupten, daß der Handschriftstempel ohne sein Einverständnis benutzt sei, so muß er dies dartun.

3. *Pagel, GruchotsBeitr. **53** 229 ff. Der Vorschrift des § 126 ist genügt, wenn die Urkunde vollzogen, d. h. durch einen Namen geschlossen ist. Inwieweit jemand unter fremdem Namen gültig handelt, ist eine nicht unter § 126 gehörige Frage. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob Fälschung vorliegt oder nicht. In dieses Gebiet fällt auch die Frage, ob der Vertreter gültig unter dem Namen des Vertretenen handeln kann.

4. **RG.** 9. 2. 09, JW. **09** 160, SeuffA. **64** 257, SchlHolstAnz. **09** 188. Die für einen Vertrag vorgeschriebene schriftliche Form ist auch dann gewahrt, wenn der eine Vertragsteil den von dem anderen bereits unterschriebenen Vertrag nachträglich mit Änderungen versieht und dann ebenfalls unterschreibt. Einer nochmaligen Unterzeichnung durch den ersteren Vertragsteil bedarf es nicht.

§ 128. Können Vertragserklärungen, die gemäß § 128 sukzessive vor dem Notar abgegeben worden sind, in einem einzigen Protokolle beurkundet werden? (vgl. schon JDR. **5** Ziff. 1, 2 u. **6**). a) *Oppler, ZBlFG. **9** 643 ff. Es muß daran festgehalten werden, daß bei sukzessiver Beurkundung von Vertragserklärungen nicht gleichzeitig vor der Urkundsperson erscheinender Parteien sowohl die Antrags- als auch die Annahmeerklärung selbständig beurkundet werden muß, derart, daß über jede Erklärung ein selbständiges, von der Urkundsperson abzuschließendes Protokoll zu errichten ist. Die entgegengesetzte, vom **RG. 69** 130, JDR. **7** Ziff. 1, vertretene — jetzt auch vom **RG.** 30. 3. 09, JW. **09** 272, ElsLothNotZ. **09** 135 aufrechterhaltene — Anschauung führt nicht nur zu praktisch bedenklichen Folgen, sondern widerspricht, ganz abgesehen von den Formvorschriften der §§ 168 ff. FGG., den materiell-rechtlichen Bestimmungen über das Zustandekommen des Vertrags, insbesondere den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 128, 152 BGB. (vgl. auch Lenel, DJZ. **09** 623.) b) Ähnlich Hoeniger, DNotV. **09** 177 ff. Getrennte Beurkundung von Antrag und Annahme, also Vertragsbeurkundung unter Abwesenden kann immer nur in zwei getrennten Protokollen erfolgen. Der Antrag muß fertig beurkundet sein, ehe die Annahmeurkunde gültig aufgenommen werden kann. Der Beurkundung des Zuganges des Antrags an den Annehmenden bedarf es nicht. Selbstverständlich muß, damit der Vertrag entsteht, der Antrag dem Annehmenden zugegangen sein; aber dies kann formlos geschehen. Die Antragsurkunde braucht dem Annehmenden vor der Annahmebeurkundung nicht zugegangen zu sein. Vertragsbeurkundung unter Abwesenden in einem einzigen Protokoll ist niemals zulässig. c) Auch Walter, BayNotZ. **09** 309 f. erhebt Bedenken gegen die reichsgerichtliche Judikatur. d) Dagegen verteidigt *Bleugels, DNotV. **09** 322 ff., die Ansicht des RG. Zur gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Verträgen nicht gleichzeitig Anwesender „genügt" die Aufnahme des Antrags und der Annahme in getrennten Akten. Sie muß also nicht in dieser Form erfolgen, vielmehr ist auch die Aufnahme einer einzigen Urkunde bei getrennter Vollziehung jedenfalls dann zulässig, wenn die Vollziehung an einem und demselben Tage erfolgt. e) Auch Josef, ZBlFG. **10** 145 ff., erklärt den von Hoeniger und Oppler gegen die Ansicht des RG. erhobenen Widerspruch für unbegründet. Er führt aus: Beurkundet der Notar in demselben Protokolle zunächst den Vertragsantrag und sodann in Abwesenheit des Antragenden die Annahme, so liegt in diesem Verhalten der Beteiligten, die abgesondert ihre auf Beurkundung eines Vertrags gerichteten Erklärungen abgeben, der Verzicht des Antragenden darauf, daß ihm gegenüber die Annahme erklärt zu werden braucht, folglich kommt in solchem Falle nach § 151 der Vertrag mit Beurkundung der Annahme rechtsgültig zustande. Erregt das Protokoll über die Beurkundung des Vertrags fälschlich den Anschein, als ob die Beteiligten gleichzeitig vor dem Notar erschienen gewesen seien, während dieser tatsächlich die Erklärungen der Beteiligten in Abwesenheit voneinander beurkundet hat, so ist

die Beurkundung nach § 133 als über Antrag und Annahme rechtsgültig erfolgt anzusehen.

§ 130. 1. *Siber, Buchrechtsgeschäft 65 ff.: a) Die Adressierung ist Bestandteil des Erklärungsakts, gehört aber nicht zum Inhalte des kundgegebenen Erfolgwillens und kann deshalb auch bei Formalerklärungen formlos, sogar konkludent geschehen.

b) Die Erklärung ist wirksam, wenn sie abgegeben und an die richtige Adresse gelangt ist, und zwar im Zweifel auch dann, wenn sie der Erklärende nicht richtig adressiert hatte (66).

c) Jede empfangsbedürftige Erklärung ist auch adreßbedürftig, aber nicht jede adreßbedürftige auch empfangsbedürftig. Im Grundbuchrechte (vgl. 76—84) ist jede Erklärung, die eine liquide Eintragsbewilligung enthält, von selbst an das Grundbuchamt adressiert, entweder unmittelbar oder wenigstens in letzter Linie, auf dem Umweg über eine private Zwischenadresse. Hier finden sich

α) Erklärungen, die an das Grundbuchamt adressiert, aber schon mit der Abgabe, ohne Zugang wirksam sind. So bei der gerichtlich oder notariell beurkundeten Einigung unter Abwesenden die erst nach der Verfügungsannahme abgegebene Verfügungserklärung, die mit der Beurkundung wirksam, aber doch erst abgegeben und weder dem Gegner noch dem Grundbuchamt zugegangen ist; Hauptfall die landesrechtliche Auflassung gemäß EGBGB. 143 Abs. 2 (71 ff., 74 f.),

β) formale Eintragsbewilligungen, die zunächst an den Gegner erklärt sind (§§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2), haben gleichwohl das Grundbuchamt zur letzten Adresse, werden aber schon mit dem Zugange bei der privaten Zwischenadresse wirksam, auch wenn sie gar nicht an das Grundbuchamt gelangen (73 f.).

d) Mit dem Zugange bei einer Behörde oder mit der Beurkundung durch eine Behörde ist eine Erklärung — entgegen der Ansicht von Manigk — nicht notwendig auch schon den Privatbeteiligten zugegangen; das Grundbuchamt hat die Beteiligten nach § 55 GBO. auch nur von Eintragungen, nicht von eingehenden Erklärungen zu benachrichtigen (74 f. Anm. 1).

e) Die Vorschriften über Erklärungen, die „einem anderen gegenüber abzugeben" sind, beziehen sich unmittelbar nur auf privatempfangsbedürftige. Sie können auf amts- und auf amts- oder privatempfangsbedürftige auch nicht unterschiedslos entsprechend angewandt werden; vielmehr bedarf es für jede einzelne solche Vorschrift, sowie für jede einzelne Gruppe nicht privatempfangsbedürftiger Erklärungen der besonderen Prüfung, wie weit die entsprechende Anwendung zu rechtfertigen ist (152 f.).

f) Erklärungen mit Amtsadresse sind in gleicher Formlosigkeit, wie solche mit Privatadresse, nicht möglich. Sie müssen mindestens ihrer Form nach geeignet sein, aktenkundig gemacht zu werden, bedürfen aber darüber hinaus stets der Form, die für ihre Verwendung als Grundlage amtlicher Entschließungen vorausgesetzt ist. Welches diese Form ist, richtet sich nach den verfahrensrechtlichen Vorschriften über die letzteren. Im Grundbuchrecht ist für Verfügungserklärungen vorausgesetzt, daß sie mindestens der aufschiebenden Verfügung gemäß § 18 GBO. als Grundlage dienen können, also mindestens beglaubigt sind, — für die Einigungsannahme, die das Grundbuchamt nur wegen eines darin steckenden Eintragsantrags interessieren kann, genügt jede Form, die ihre Aktenkundigmachung ermöglicht, z. B. die Privatschriftlichkeit (37 ff.).

2. Hölder, JheringsJ **55** 457. Bei der einem anderen gegenüber abzugebenden Willenserklärung muß der andere nicht von vornherein feststehen. Eine Erklärung kann auch, ehe die übrigen Erfordernisse ihrer Existenz zutreffen, zugehen

und wird erst durch deren Eintritt wirksam (453 f.). Bezüglich ihrer Wirksamkeit ist zu unterscheiden die Möglichkeit ihrer Geltendmachung gegen ihren Urheber und durch ihren Urheber. Nur die erste entsteht schon durch das Zugehen im weiteren Sinne der gewahrten Gelegenheit zur Kenntnisnahme, die zweite erst durch das Zugehen im engeren Sinne der wirklichen Kenntnisnahme (461).

3. *Klein, ABürgR. **34** 339 ff.: Die Vorstellungsmitteilungen (vgl. o. Ziff. 3 zu §§ 104 ff.) sind empfangsbedürftig.

4. Hellmann, KrVJSchr. **48** 230 stimmt mit Manigk (s. JDR. **6** Ziff. I 4) darin überein, daß das Merkmal der Empfangsbedürftigkeit in der Lehre von der Willenserklärung unbrauchbar sei.

5. BreslauAK. **09** 61 (Breslau). Wird ein Brief in den am Geschäftslokal befindlichen Hausbriefkasten außerhalb der üblichen Geschäftsstunden gelegt, wo unter gewöhnlichen Verhältnissen eine Leerung des Kastens nicht erfolgt, so ist er erst mit dem Wiederbeginn der Geschäftszeit zugegangen, denn vorher hatte der Empfänger normaler Weise nicht die Möglichkeit, sich von dem Eingang der Briefschaften zu überzeugen.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 201. Ein Vertrag unter Abwesenden ist an dem Orte abgeschlossen, wo die Annahmeerklärung dem Antragenden zugegangen ist.

§ 133. 1. **RG.** 16. 9. 09, JW. **09** 655 f., R. **09** Ziff. 3034. Zwar stellen Zweck und Interesse an einem Vertrage für eine Partei zunächst nur das Motiv für die Eingehung der Vertragsverpflichtung dar; sie bilden aber auch den Leitgedanken für die Gestaltung des Vertragsinhalts selbst und sind deshalb in vielen Fällen für die Auslegung des Vertrags von ausschlaggebendem Werte. Voraussetzung ist freilich, daß der Vertrag, wie er geschlossen ist, für eine entsprechende Auslegung Raum läßt. Ist der leitende Gedanke in dem Vertrag in keiner Art zur Erklärung gelangt, so kann dieser Mangel durch die Feststellung des anderweitig ermittelten Zweckes und Interesses des Vertrags nicht ersetzt werden. Handelt es sich aber um die Frage, ob mündliche Nebenabreden neben einem schriftlich geschlossenen Vertrage getroffen sind und ob diese nach dem Parteiwillen diesen ergänzen und mit ihm bestehen sollen, so können für diese Feststellung der Zweck und das Interesse, die die sich verpflichtende Partei mit dem Vertrage verfolgte, neben anderen tatsächlichen Momenten als Beweisunterstützung wohl in Betracht kommen.

2. **RG.** 9. 1. 09, R. **09** Ziff. 624. Ist in einer Vorpfändungserklärung als Gegenstand des zu bestellenden Pfandrechts ein Hypothekenbrief bezeichnet, so kommt es auf den übrigen Inhalt der Urkunde und auf die begleitenden Umstände an, ob anzunehmen ist, daß die Hypothekenforderung verpfändet sein soll, oder ob anzunehmen ist, daß lediglich eine — rechtlich unwirksame — Vorpfändung des Briefes gewollt worden ist (**RG. 66** 26).

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3722. Die bei den Banken übliche Geschäftsbedingung folgender Art: „Alle für einen Geschäftsfreund beim Bankverein ruhenden Wertstücke . . . dienen dem Bankvereine für die ihm gegen diesen Geschäftsfreund zustehenden Kontokorrent- und sonstigen Forderungen zur Sicherheit als Faustpfand", ist dahin zu verstehen, daß die Bank auf Grund dieser zur Parteiabrede erhobenen Geschäftsbedingung ein Faustpfand nicht nur an den zur Zeit dieser Vereinbarung bereits übergebenen Wertstücken, sondern auch an denjenigen erwirbt, die ihr erst in Zukunft von dem Geschäftsfreund in Verwahrung gegeben werden.

4. **RG.** JW. **09** 246. Der Grundsatz des § 133 kann bei Auslegung eines Testaments nicht dazu führen, daß derjenige Wille als maßgebend anzusehen ist, welchen der die letztwillige Verfügung Errichtende erklärt haben würde, wenn sein Wille nicht von Irrtum beeinflußt gewesen wäre.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3028. Der Vorbehalt eines „Rücktrittrechts" bei einem Sukzessivlieferungsvertrage steht einer Auslegung nicht entgegen, nach welcher der Zu-

rücktretende nur weitere Lieferungen ablehnen darf, die bisherigen aber behalten und bezahlen muß.

6. Über den Unterschied der Anfechtung wegen Irrtums von der Ermittelung des Willens durch Auslegung und von unrichtiger Bezeichnung handelt **RG.** 11. 3. 09, **70** 391 ff.

§ 134. I. 1. *Wimpfheimer, Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerl. Rechtes 145. Nicht unter § 134 gehört der Ausschluß neuer werbender Geschäfte im Liquidationsstadium (BGB. § 730 Abs. 2 Satz 1, HGB. § 149 ꝛc.). — Die Erwerbung von Grundstücken durch Hypothekenbanken entgegen dem Verbote des § 7 HypBankG. ist gültig.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 330. Nichtig ist die vertragsmäßige (privative oder kumulative) Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung einer öffentl. Geldstrafe.

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 215 ff., handelt über Umgehung von Verbotsgesetzen. Keine solche liegt vor, wenn statt des formpflichtigen Geschäfts ein dem gleichen wirtschaftl. Zwecke dienendes Geschäft geschlossen wird: daher Gültigkeit der Sicherungsübereignung, der zu Sicherungszwecken erfolgenden formfreien Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme).

II. Aus der Praxis. 1. R. **09** Ziff. 4 (Naumburg). Schreibt eine städtische Baupolizeiverordnung vor, daß im Dachgeschoß zum dauernden Aufenthalte von Menschen nur Räume eingerichtet werden dürfen, die zusammen nicht mehr als ein Drittel der Gebäudegrundfläche einnehmen, so steht doch die zivilrechtliche Gültigkeit eines unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift abgeschlossenen Mietvertrags außer Zweifel.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3030. Verträge eines Schauspielunternehmers, der selbst ohne die erforderliche Konzession der §§ 32, 33 a GewO. ist, mit einem konzessionierten Theaterbesitzer dahingehend, daß der erstere auf eigene Rechnung und Verantwortlichkeit auf die Konzession des anderen spielen soll, sind nichtig, weil damit beabsichtigt ist, unter Umgehung des Gesetzes und Täuschung der Behörde einen verbotswidrigen Zustand herzustellen.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2353, LeipzZ. **1910** 154. Ein Vertrag, durch welchen jemand sich verpflichtet, einem Apotheker zum Ankauf eines Hauses und zur Errichtung einer Apotheke in demselben die erforderlichen Gelder herzugeben, wogegen er nach Erlangung der Konzession an dem Geschäftsgewinne des Betriebs der Apotheke beteiligt wird, verstößt nicht gegen die §§ 134 und 138.

4. R. **09** Ziff. 3723 (Hamburg). Der Verkauf verdorbener Nahrungsmittel ist, wenn er auch nach dem Nahrungsmittelgesetz von 1879 strafbar ist, nicht nichtig.

5. PosMschr. **09** 4 (Marienw.). Wenn die Ansiedelungsgenehmigung davon abhängig gemacht wird, daß der Nachsuchende sich zu einer an den Kreis zu zahlenden Vertragsstrafe für den Fall verpflichtet, daß er sein Anwesen an einen Polen weiterverkaufe, so ist das Versprechen dieser Vertragsstrafe weder nach § 134 noch nach § 138 nichtig.

6. PosMschr. **09** 2 (Posen) über Anwendbarkeit des § 134 hinsichtlich des § 101 KO. schon IDR. **7** Ziff. II 2 b.

§§ 135, 136. 1. *Voß, LeipzZ. **09** 755 ff. Das Veräußerungsverbot gewährt keine zuständliche Sicherheit wie die Vormerkung. Eine Zuwiderhandlung kann nachträglich beseitigt werden (freiwillige Übereinkunft des Verbotsträgers oder des Konkursverwalters mit dem Dritterwerber, Geschäftsanfechtung [§ 142 BGB.], Konkurs- oder Gläubigeranfechtung). In allen diesen Fällen ist es von entscheidender Bedeutung, ob der Geschützte zu der Zeit, wo das Geschäft dem Dritterwerber gegenüber rückgängig oder unwirksam gemacht werden soll, bzw. vor Eröffnung des Konkurses schon die rechtliche Verfügung über den Veräußerungsgegenstand im Ver-

hältnisse zum Veräußerer erlangt hat oder nicht. Im ersteren Falle ist die Rückgewähr unwirksam und dringt der Geschützte (im Konkurse mit Aussonderungsrecht) durch, im letzteren Falle der Veräußerer oder dessen Masse, der gegenüber der Geschützte nur eine Konkursforderung hat. Dem anfechtenden Einzelgläubiger (auch dem Verwalter gegenüber, der auf Grund des § 13 AnfG. das im Anfechtungsstreit ergangene Urteil ausnutzt) gegenüber genießt jedoch der Geschützte den Schutz des § 772 ZPO. Ist auch der Dritterwerber in Konkurs geraten, so hat der Masse des letzteren gegenüber der Geschützte stets das Aussonderungsrecht, die Masse des Veräußerers wegen eines Anfechtungsanspruchs unter Voraussetzung von dessen obligatorischer Wirkung nur eine Konkursforderung. Daher muß der Konkursverwalter die bei der Masse verbliebene rechtliche Verfügung über den Veräußerungsgegenstand dem Geschützten überlassen und verliert die wegen des Anfechtungsrechts ihm zustehende Konkursdividende.

2. *Reichel, GruchotsBeitr. **53** 387 ff. Ein — sei es gesetzliches, sei es behördliches — Veräußerungsverbot ist begründet auch durch § 90 Abs. 2 VersichAufsG. vom 12. Mai 1901, bzw. die in Verfolg dieses Gesetzes vom Kaiserl. Aufsichtsamt f. Privatversicherung erlassene allgemeine Anordnung, die fraglichen Hypotheken seien grundbuchmäßig dergestalt zu sperren, daß nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts über sie verfügt werden könne. Die hierdurch geschaffene außerbuchmäßige Verfügungsbeschränkung ist eintragsfähig; von der geschehenen Eintragung hat das Grundbuchamt dem Kais. Aufsichtsamt Nachricht zu geben.

§ 137. 1. BayObLG., SeuffBl. **09** 357 f. Ein als Verpfändung bezeichnetes Rechtsgeschäft, das statt des an dem verpfändeten Gegenstande nicht möglichen Pfandrechts eine Verfügungsbeschränkung begründen soll, ist in Wirklichkeit keine Verpfändung, sondern eine nach § 137 unwirksame Erklärung.

2. R. **09** Ziff. 203 (KG.). Die Bestimmung in einer Schuldurkunde, daß die Verfügung über das Kapital dem Gläubiger bis zur Vollendung des 25. Lebensjahrs nur in Gemeinschaft mit einem Dritten zustehen soll, enthält kein Abtretungsverbot im Sinne des § 399, sondern eine anderweitige, mit dinglicher Wirkung nach § 137 nicht begründbare Verfügungsbeschränkung und ist deshalb nicht eintragungsfähig.

3. LG. Metz, ElsLothrNotZ. **09** 207. Die in einem Kaufvertrage vereinbarte Verfügungsbeschränkung, daß sich der Käufer verpflichte, das gekaufte Grundstück vor Erlangung eines bestimmten Lebensalters weder zu veräußern noch zu belasten, kann in das Grundbuch nicht eingetragen werden.

§ 138. I. 1. *Dick, ABürgR. **33** 74 ff. Der Verstoß gegen die guten Sitten. Allgemeiner Teil. Rein subjektive Momente (Gesinnung, Motiv, Absicht) machen für sich allein einen Akt nie moralwidrig, sondern kommen nur neben objektiven Begleitumständen in Betracht. Verstöße gegen Moralgebote sind nie, solche gegen Vertragsgebote fast nie, solche gegen Rechtsgebote nur dann moralwidrig, wenn die Rechtsgebote gleichzeitig Moralgebote sind. Verstöße gegen Moralverbote sind immer moralwidrig, solche gegen Gesetzesverbote (insbesondere Strafgesetze) nicht grundsätzlich, solche gegen Vertragsverbote nur in Ausnahmefällen (77—83 u. 86—91). In vielen Fällen ist der Richter an einen bestimmten sittlichen Standpunkt, auf den sich das Gesetz in einzelnen Gesetzesbestimmungen als auf einen allgemein gültigen festgelegt hat, unweigerlich gebunden; bei Widerspruch zwischen Moral und Gesetz ist der Standpunkt des Gesetzes maßgebend (83—86 u. 96—99). Besondere Tatumstände, an die das Gesetz Rechtsfolgen knüpft, die mit den Folgen eines Verstoßes gegen die guten Sitten unvereinbar sind, fallen nicht unter § 138 Abs. 1 (97). Entscheidend ist für die sittliche Beurteilung die Volksmoral, nicht die Klassenmoral (99—103). Das Bewußtsein der Moralwidrigkeit ist nicht erforderlich; als Teil eines Tatbestandes kann es die Moralwidrigkeit begrün-

den (106—108). Der Begriff „die guten Sitten" deckt sich weder mit dem der „Sittlichkeit" noch mit dem der „öffentlichen Ordnung", weder mit „contra bonos mores" noch mit „contraire aux bonnes moeurs" (91 ff.). Zu allen diesen Sätzen ist die einschlägige Literatur und Rechtsprechung erschöpfend verwertet und sind reiche Beispiele angeführt.

Besonderer Teil (108 ff.). Hier ist die gesamte Kasuistik systematisch verarbeitet und in ein übersichtliches Schema von Hauptanwendungsfällen zusammengestellt. Bemerkenswert ist die Teilung des gesamten Materials in zwei Hauptfälle: a) Fälle absoluter Moralwidrigkeit, d. h. solche, die unter allen Umständen ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles moralwidrig sind (zerfallend in „Unsittlichkeit" i. e. S. und „Anrüchigkeit", 108—122). b) Fälle relativer Moralwidrigkeit (mit vielen Unterfällen, 122—135). Hervorzuheben ist, daß die Anstiftung zu strafbaren, zu gesetzwidrigen und zu moralwidrigen Handlungen sowie deren bewußte Begünstigung und Förderung als absolut moralwidrig erachtet werden (118—121).

2. Nach § 138 nichtig ist der sog. Baustrohmannsvertrag (ein mittelloses Individuum gibt für einen Bau seinen Namen her und sonst nichts, während die in Wahrheit Beteiligten hinter den Kulissen bleiben sollen). Ein krasses Beispiel solcher Verträge wird mitgeteilt und glossiert von *Reichel, AKrimAnthrop. **33** 38 ff.

II. Aus der Praxis. A. Allgemeine Gesichtspunkte. 1. **RG.** JW. **09** 412. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, sind das Volksbewußtsein und die jeweiligen Anschauungen des Verkehrslebens maßgebend (wobei von besonderer Bedeutung sein kann, welchen Niederschlag diese Anschauungen in der Gesetzgebung, so in der Gewerbeordnung, gefunden haben). Für die von diesem Gesichtspunkt aus anzustellende Beurteilung eines Vertrags ist die Gesamtheit aller im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses vorhandenen Verhältnisse entscheidend (vgl. **RG. 63** 391).

2. **RG.** JW. **09** 387. Die erfolgreiche Betätigung des eigenen geschäftlichen Interesses wird regelmäßig mit einer Schädigung der Konkurrenten verbunden sein, und das Bewußtsein dieser Schädigung allein kann noch nicht die Annahme begründen, daß die Betätigung jenes Interesses gegen die guten Sitten verstoße.

3. **RG.** 12. 1. 09, WarnE. **2** 176. Die Sicherheitsleistung für einen unsittlichen Anspruch ist nicht unbedingt deshalb nichtig, weil sie selbst einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, wohl aber unter allen Umständen deshalb, weil das Geschäft, für das die Sicherheit geleistet wird, keinen rechtlichen Bestand hat, rechtlich ein Nichts ist, das nicht die Stütze für ein sich daran anschließendes Rechtsgeschäft bilden kann.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 2087. Dadurch, daß der Schuldner seine Verpflichtung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäft anerkennt und gegen sich Anerkenntnisurteil ergehen läßt, ist nur der Einwand der Nichtigkeit für ihn selbst, nicht aber für einen Dritten beseitigt, der für seine Urteilsschuld Sicherungen übernommen hatte.

5. Darüber, unter welchen Voraussetzungen die Annahme eines Schweigegeldes gegen die guten Sitten verstößt, vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 685.

6. **RG.** JDR. **7** Ziff. II 1 g, jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 406 ff.

B. Einzelne Fälle. 1. Bierlieferungsvertrag und Gastwirtswesen (JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a, **6** u. **7** Ziff. II B 1). a) **RG.** R. **09** Ziff. 2217. Ein Gastwirt hatte von seinem Gläubiger auf dessen Forderung von etwa 900 M. einen Nachlaß von 65 pCt. erzielt gegen die Verpflichtung, auf Lebenszeit und gleichviel, wo er das Schankgewerbe betreibe und welcher Art das Schankgewerbe sei, alljährlich für 500 M. die bisher von dem Gläubiger bezogenen Weine und Spirituosen fortzubeziehen. Eine solche Abmachung ist nichtig.

b) SchlHolstAnz. **09** 233 (Kiel) hat im Wesentlichen in Übereinstimmung mit **RG. 63** 390 ff. in einem auf längere Zeit abgeschlossenen Bierlieferungsvertrage mit der Verpflichtung, das Bier ausschließlich von der einen Brauerei zu beziehen, nicht einen Anstoß gegen § 138 erblickt.

c) BreslauAK. **09** 40 (Breslau). Ein Lohnschänkervertrag, der einen wesentlichen Bestandteil eines zur Umgehung der Bestimmung der Gewerbeordnung über die Konzessionspflicht bei Gastwirtschaften geschlossenen Pachtvertrags bildet, ist gleichfalls nichtig.

d) R. **09** Ziff. 1098 (Stuttgart). Ein Vertragsversprechen des Bierwirts, wonach er auch für den Fall unverschuldeten Unterlassens weiteren Bierbezugs eine hohe Vertragsstrafe auf sich nimmt, kann im einzelnen Falle gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. SeuffA. **61** 197).

e) Über die Voraussetzungen, unter denen ein Bierlieferungsvertrag gegen die guten Sitten verstößt, handelt ElsLZ. **09** 312 (Colmar).

2. Bordellwesen (JDR. **5** Ziff. 7 I B b, **6** u. **7** Ziff. II B 2). **a)** **RG.** 21. 5. 09, **71** 192 ff., JW. **09** 412, SchleswHolstAnz. **09** 278, R. **09** Ziff. 1967. Bei Rechtsgeschäften, die zu dem Unternehmen oder dem Betrieb eines Bordells in Beziehung stehen, genügt die Kenntnis des einen Vertragsteils von der Absicht des anderen, den Vertragsgegenstand zu Bordellzwecken zu verwenden, für sich allein nicht, das Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen zu lassen (vgl. JW. **06** 331, **RG. 63** 350, **68** 98). Ein Bordellbauvertrag ist daher regelmäßig rechtsgültig, wenn weder besondere bauliche Einrichtungen für den Bordellbetrieb anzubringen sind, noch die Gestaltung und Raumanordnung in den einzelnen Stockwerken etwas Auffälliges enthält, auch der vereinbarte Preis die üblichen Preise nicht überschreitet und sonst in keine Verbindung zu dem Bordellbetriebe gebracht ist. In solchem Falle liegt der unsittliche Zweck, die Förderung der Unzucht außerhalb von Leistung und Gegenleistung.

b) **RG.** 8. 10. 09, DJZ. **1910** 77. Ist ein Kaufvertrag (Bordellkauf) nichtig, so kann der Käufer Befreiung von der persönlichen und von der dinglichen Haftung für den Kaufpreis verlangen. Die Bestellung einer Bordellhypothek für den Kaufpreis durch den Käufer ist keine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht zurückforderbare Leistung, sie ist vielmehr eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung, die gemäß der Ausnahmebestimmung des § 817 Satz 2 zweiter Halbsatz zurückgefordert werden kann.

c) R. **09** Ziff. 3031 (BayObLG.). Auch der Kauf eines von der Polizei geduldeten Bordells verstößt gegen die guten Sitten, wenn mit Rücksicht auf diesen Betrieb ein erheblich höherer Kaufpreis festgesetzt wird. Der Verkauf von Möbeln für eine zum Bordellbetriebe bestimmte Wohnung verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten, selbst wenn dem Verkäufer der Zweck, dem die Möbel dienen sollten, bekannt war.

d) SchleswHolstAnz. **09** 216 (Kiel). Die Zession einer sog. Bordellhypothek unter Übernahme der Garantie für die Einbringlichkeit derselben ist nicht nichtig.

e) SchleswHolstAnz. **09** 216 (Kiel). Auch der Verkauf eines unbebauten Grundstücks ist nach § 138 nichtig, wenn als Zweckbestimmung des Vertrags der Kauf zur Errichtung eines Bordells erfolgt ist und wegen dieser Bestimmung des Grundstücks zum Bordellbetrieb ein übermäßiger Kaufpreis gefordert und bewilligt ist.

f) HansGZ. **09** Beibl. 283 (Hamburg). Wenn der Verkäufer von Möbeln, die in einem Bordell dienen sollen, sich für den Käufer verbürgt, so macht der Beweggrund (zum Kaufabschlusse zu gelangen) die Bürgschaftsübernahme noch nicht zu einem sittenwidrigen Rechtsgeschäfte.

g) SächsOLG. **30** 174 ff. (Dresden). Ein über ein Bordellgrundstück abgeschlossener Mietvertrag ist nichtig (wie **RG. 63** 346, JDR. **5** Ziff. 7 I B b α).

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (JDR. **5** Ziff. 7 I B c, **6** u. **7** Ziff. II B 3). a) HansGZ. **09** Beibl. 117 ff. (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn eine Reederei von ihren Schiffsoffizieren einen Revers unterzeichnet verlangt, der sie verpflichtet, einem bestimmten Vereine nicht anzugehören, denn ein jeder Dienstherr ist berechtigt, diejenigen Bedingungen festzusetzen, unter welchen er Dienstverträge abschließen oder bisher von ihm beschäftigte Angestellte auch ferner in seinem Dienste behalten will.

b) KfmG. **6** 15 (KfmG. Leipzig). Die Abmachung, daß dem Handlungsgehilfen für die Dauer unverschuldeter Dienstverhinderung kein Gehalt gezahlt wird, verstößt gegen die guten Sitten, soweit es sich um Versäumnis wegen Aufsuchens einer anderen Stellung handelt.

c) KfmG. **6** 14 (KfmG. München). Die Vertragsbestimmung, daß eine wesentliche tägliche Sonderzulage bei Krankheit und nach der Kündigung wegfalle, ist nichtig.

d) **RG.** JDR. **7** Ziff. II B 3 b jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 681 ff., SeuffBl. **09** 309.

4. Konkurrenzverbot (JDR. **5** Ziff. 7 I B d, **6** u. **7** Ziff. II B 4). a) **RG.** 22. 12. 08, JW. **09** 71 (z. T. schon JDR. **7** Ziff. II B 4 d α). Für die Beurteilung der Frage, ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstößt, sind grundsätzlich die Verhältnisse im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses maßgebend. Änderungen dieser Verhältnisse nach dem Vertragsschlusse können unter zwei Gesichtspunkten für jene Beurteilung beachtlich sein, einmal, wenn das Konkurrenzverbot die durch jene Änderungen geschaffene Sachlage gleichfalls umfaßte, diese Sachlage somit nach dem Willen der Parteien im Zeitpunkte des Vertragsschlusses miterfaßt werden sollte. Dann aber, wenn durch jene Änderungen Erfahrungstatsachen des Lebens, die bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt waren, lediglich bestätigt werden, da die Parteien verständigerweise mit solchen Erfahrungstatsachen zur Zeit des Vertragsschlusses rechneten.

b) **RG.** 23. 3. 09, R. **09** Ziff. 1447. Wenn der aus einer Handelsgesellschaft der chemischen Industrie ausscheidende Gesellschafter gegen eine ihm gewährte hohe Abfindungssumme sich und zwar ohne örtliche und zeitliche Einschränkung verpflichtet, in den von der Gesellschaft fabrizierten und geführten Artikeln keine Konkurrenz zu machen, ihm im übrigen aber die Möglichkeit der geschäftlichen Betätigung auch auf dem Gebiete der Chemie belassen wird und insbesondere seiner erfinderischen Tätigkeit und deren Ausbeutung keine Schranken gezogen werden, so verstößt dieses Konkurrenzverbot nicht gegen die guten Sitten.

c) **RG.** 26. 2. 09, **70** 339 ff., JW. **09** 215 ff., R. **09** Ziff. 1097. „Arzt" ist ein durch die Gewerbeordnung genau bestimmter Rechtsbegriff, der allein durch die staatliche Approbation erfüllt wird und der weder direkt noch mittelbar auf nicht approbierte Personen ausgedehnt werden darf. Der Arztberuf ist kein Gewerbe, er ist durch eine Reihe öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten gekennzeichnet. Das Heilgewerbe nicht approbierter Heilbeflissener ist dagegen nur ein Gewerbe. Zwischen amerikanischen Zahntechnikern mit in Amerika erworbenen akademischen Titeln ist daher die Verabredung einer Konkurrenzklausel nicht unzulässig, während unter deutschen Ärzten eine Konkurrenzklausel grundsätzlich für unzulässig zu erachten ist (vgl. **RG. 66** 143, JDR. **6** Ziff. II B 4 a).

d) **RG.** 9. 7. 09, R. **09** Ziff. 2536. Eine Überschreitung der in §§ 133 f. GewO. für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots gezogenen Grenzen macht an sich die Vereinbarung noch nicht gemäß § 138 nichtig. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß außer dem Übermaße der Beschränkung noch andere Umstände vorliegen, aus denen ein Verstoß gegen die guten Sitten abzuleiten ist.

e) OLG. Dresden, SächsRpflA. **09** 543, hat eine Konkurrenzbeschränkung, die bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft der ausscheidende Gesellschafter gegenüber dem das Geschäft fortführenden Gesellschafter vertragsmäßig übernommen

hat, für nichtig erklärt, weil sie weder örtlich noch zeitlich beschränkt war. Auch könne jemandem, der 20 Jahre als Agent selbständig gewesen sei, nicht zugemutet werden, sich wieder in ein kaufmännisches Dienstverhältnis zu begeben.

f) KfmG. **5** 90 (KfmG. Mannheim). Der Mangel eines erheblichen (Geld-) Interesses des Geschäftsinhabers an der Wettbewerbsabrede macht diese nichtig.

5. Vertragsstrafe (JDR. **7** Ziff. II B 5). a) **RG.** JW. **09** 488. Der Abs. 1 des § 138 kann auch wegen der Höhe einer Vertragsstrafe angewendet werden; er greift jedoch nur dann Platz, wenn zu dem bloßen Mißverhältnisse der Strafhöhe noch etwas Weiteres hinzukommt, das dem Vertrage überhaupt den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrückt und ihn im ganzen als vernichtungswürdig erscheinen läßt. Vgl. auch R. **09** Ziff. 1651 und OLG. Colmar, ElsLothrZ. **09** 530 ff., wo erörtert wird, ob das unter der Herrschaft des französischen Rechtes abgegebene Versprechen einer hohen Vertragsstrafe an sich oder im Zusammenhange mit anderen Vertragsbedingungen nach § 138 als nichtig anzusehen ist.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 2356. Wird bei einem Dienstvertrage für den Fall, daß der eine oder andere Teil vor Ablauf der Vertragszeit berechtigten Anlaß zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses gebe, dem schuldigen Teile die Verpflichtung auferlegt, eine Vertragsstrafe zu zahlen, so verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn die Vertragsstrafe anders geregelt wird für den Fall, daß der Arbeitnehmer zu seiner Entlassung gerechtfertigten Grund gibt, als für den Fall, daß er grundlos entlassen wird.

c) **RG.** 9. 10. 08 GruchotsBeitr. **53** 404 ff. § 138 ist auch auf das vor dem 1. 1 00 abgegebene Versprechen einer Vertragsstrafe, das an sich unter den Art. 284 a HGB. fällt, anwendbar.

6. Gewerblicher Wettkampf (JDR. **6** Ziff. II B 5, **7** Ziff. II B 6). a) **RG.** 22. 3. 09, BayRpflZ. **09** 231. Ein Kaufmann, der über das Vorleben des Geschäftsleiters seines Konkurrenten wahre Angaben macht, um sich dadurch eines Wettbewerbes zu entledigen, verstößt damit nicht unter allen Umständen gegen die guten Sitten.

b) **RG.** SchleswHolstAnz. **09** 136. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn im wirtschaftlichen Kampfe die Standesgenossen sich mit scharfen Maßregeln gegen einen Abtrünnigen wenden, solange das gewählte Mittel sich in den Grenzen des sittlich Erlaubten hält.

c) LG. Aachen, RheinARV. **27** 211 ff. Ein Kaufmann, der nicht Mitglied eines Rabatt-Sparvereins ist, verstößt dadurch, daß er von seinen Kunden Rabatt-Sparmarken eines Rabatt-Sparvereins bei Einkäufen in seinem Geschäft in Zahlung nimmt und seine Bereitwilligkeit hierzu öffentlich ankündigt, nicht gegen die guten Sitten.

7. Verkauf einer ärztlichen Praxis (JDR. **1** Ziff. 3 u. 2 g, **2** Ziff. 6 I b, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. II B 7, **7** Ziff. II B 8). a) **RG.** 7. 10. 09, PosMSchr. **09** 158, R. **09** Ziff. 3295. Ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Zahntechniker sein Geschäft seinem Sohne, einem Zahnarzt, unter nicht drückenden Bedingungen und im Wege einer antizipierten Erbteilung überträgt, verstößt nicht gegen die guten Sitten. b) ElsLothrZ. **09** 252 (Colmar) hat den Verkauf einer ärztlichen Praxis in einem Falle, in dem es an den vom **RG.** **66** 139 ff. (JDR. **6** Ziff. II B 7 a) aufgestellten Voraussetzungen fehlte, als nicht gegen die guten Sitten verstoßend angesehen. c) OLG. Kiel, JDR. **7** Ziff. II B 8 b jetzt auch SeuffA. **64** 385, LeipzZ. **09** 150.

8. Öffentliche Ausschreibungen; Vereinbarungen über Nichtbieten bei Versteigerungen (JDR. **3** Ziff. **6** B h, **4** Ziff. 9 I Bp, **6** Ziff. II B 10 u. 14, **7** Ziff. II B 9). a) OLG. Kiel, JDR. **7** Ziff. II B 9 a jetzt auch SeuffA. **64** 135. b) **RG.** EisenbE. **25** 248. Vereinbarungen, die zwischen Konkurrenten aus Anlaß ihrer Beteiligung an einer Ausschreibung abgeschlossen werden, verstoßen dann gegen die guten Sitten, wenn der Zweck der Vereinbarung

auf Täuschung des die Ausschreibung veranstaltenden Unternehmers gerichtet ist. **c)** **RG.** 30. 3. 09, R. **09** Ziff. 1650. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn die an einer Submission sich beteiligenden Unternehmer untereinander vereinbaren, daß jeder den von ihm zu machenden Offertpreisen noch einen bestimmten Betrag hinzuschlagen solle. **d)** SeuffBl. **09** 642 (München). Eine Abmachung ist unsittlich, wonach ein Konkurrent sich gegen Entgelt zur Stellung eines übermäßig hohen Submissionsgebots verpflichtet, um den Zuschlag der Gegenpartei zuzuwenden. Denn hierdurch wird eine künstliche Erhöhung des Preises zum Nachteile des Bauherrn durch Täuschung bezweckt.

9. Glücksspiel (JDR. **5** Ziff. 7 I B f, **6** Ziff. II B 6, **7** Ziff. II B 10). **RG.** 15. 10. 09, R. **09** Ziff. 3724. Ein Darlehen zur Begleichung einer nichtigen Börsenschuld an eine Aktiengesellschaft ist auch dann nicht unsittlich, wenn es vom Vorstande dieser Gesellschaft persönlich dem um ein Darlehn bittenden Angestellten gewährt wird, damit dieser seine Schuld an die Bank tilge, denn die Erfüllung eines verbotenen Börsengeschäfts widerspricht nicht den guten Sitten. (Vgl. JW. **05** 186).

10. Gesellschaftsrecht (JDR. **6** Ziff. II B 9, **7** Ziff. II B 12). **a)** SchlesW. HolstAnz. **08** 108 (Kiel). Ein Vertrag, durch welchen sich ein Geschäftsinhaber von seinem Angestellten versprechen läßt, daß dieser für alle Fehlbeträge in der Kasse und im Warenbestand aufzukommen habe, verstößt ohne weiteres nicht gegen die guten Sitten. **b)** SchlHolstAnz. **09** 40 (Kiel). In der Regel verstößt es gegen die guten Sitten, wenn sich die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für eine der Gesellschaft zu machende Lieferung eine Provision von dem Lieferanten ausbedingen. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 1448. Wenn ein Gesellschafter sich durch seinen Mitgesellschafter betrogen glaubt, und nachdem er den ihm nach seiner Ansicht entstandenen Schaden auf einen bestimmten Betrag berechnet hat, den Mitgesellschafter durch die Drohung, er werde ihn sonst bei der Staatsanwaltschaft anzeigen, bestimmt, ihm die Zahlung jenes Schadensbetrags zu versprechen, so ist hierin zwar ein möglicherweise nach § 123 anfechtbares, nicht aber auch ein ohne weiteres gemäß § 138 nichtiges Rechtsgeschäft zu erblicken.

11. § 138 bei Kaufgeschäften (JDR. **6** Ziff. II B 15, **7** Ziff. II B 13). **RG.** R. 09 Ziff. 626. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann darin gefunden werden, daß jemand unter Ausnutzung des Irrtums seines Vertragsgegners über die Verkäuflichkeit und den Wert von Aktien solche aus seinem Vermögen in das des Vertragsgegners und dafür aus dessen Vermögen einen unverhältnismäßigen Gegenwert in sein Vermögen bringt.

12. § 138 im Familienrechte (JDR. **4** Ziff. 9 I B t, **5** Ziff. 7 I B g, **6** Ziff. II B 11, **7** Ziff. II B 14). **a)** BadRpr. **09** 90 (Karlsruhe). Eine Abmachung, der zufolge jemand dem Ehemann seiner Tochter eine bestimmte Summe Geldes für den Fall zusagt, daß er der von der Tochter angestrebten Ehescheidung keine Schwierigkeiten entgegenstelle, ist nichtig. **b)** **RG.** **70** 59. Eine Vereinbarung, daß, falls in dem anhängig zu machenden Ehescheidungsprozeß in erster Instanz die Ehe geschieden werden sollte, die Berufung nicht zulässig sein sollte, verstößt gegen das Wesen der Ehe und verletzt damit die guten Sitten und das Gesetz. **c)** **RG.** PosMschr. **09** 76. Verzichtet ein Ehegatte vor der Ehescheidung auf einen ihm zustehenden Unterhaltsanspruch, so ist ein solcher Vertrag nichtig, wenn er auf die Erleichterung der Scheidung abzielt. **d)** OLG. Posen, JDR. **7** Ziff. II B 14 e jetzt auch SeuffA. **64** 71.

13. Verträge mit geistig geschwächten Personen (JDR. **5** Ziff. 7 I B m, **7** Ziff. II B 15). **a)** **RG.** JDR. **7** Ziff. II B 15 b jetzt auch **67** 393. **b)** **RG.** 19. 10. 09, JW. **09** 715 ff. Vom Standpunkte des § 138 Abs. 1 aus ist es als ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erachten, wenn die geistige Beschränktheit des Vertragsgegners zur Erlangung außergewöhnlichen Vorteils ausgebeutet wird (**RG.** **67** 393). Damit ist zugleich ausgesprochen, daß ein Vertrag, der einem geistig

Geschwächten zu großem Nachteile gereicht, nicht schon aus diesem Grunde gegen die guten Sitten verstößt, sondern daß zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 Abs. 1 noch ein Weiteres, nämlich das Ausbeuten der erkannten Geistesschwäche hinzukommen muß. — Ist die Schwäche des Vertragsgegners zu dessen Schädigung und zur Erreichung außergewöhnlicher Vorteile so mißbraucht, daß der Tatbestand des Wuchers, der auf auffälliges Mißverhältnis des erlangten Vorteils zu der Leistung entscheidendes Gewicht legt, nicht erfüllt wird, so tritt Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 ein; ist der Tatbestand des Wuchers erfüllt, so kommt die Sonderbestimmung des Abs. 2 über Wucher ausschließlich zur Anwendung, so daß der auch dem Wucher anhaftende unsittliche Charakter nicht in Betracht kommt.

14. a) **RG.** 8. 3. 09, JW. **09** 270, HoldhMSchr. **09** 188 f., GruchotsBeitr. **53** 911. Die Abtretung einer Forderung, lediglich zu dem Zwecke den materiell als Kläger interessierten Zedenten im Prozesse zum Zeugen zu stempeln, verstößt nicht gegen die guten Sitten. Selbstverständlich kann der von dem abtretenden Gläubiger verfolgte Zweck, zum gerichtlichen Zeugnisse zugelassen zu werden, im einzelnen Falle mit einem weiteren Zwecke von der Art verknüpft sein, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten anerkannt werden muß. Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn der Gläubiger bei der Abtretung es darauf abgesehen hätte, nicht nur als Zeuge vernommen zu werden, sondern auch bei seiner Vernehmung die Unwahrheit zu sagen. AM. KG., JDR. **7** Ziff. II B 22. b) **RG.** 1. 10. 09, R. **09** Ziff. 3297. Ein fiduziarisches Geschäft ist zwar nicht schon wegen Ermöglichung einer Zeugenvernehmung nichtig, wohl aber kann es dies dadurch werden, daß es lediglich die Täuschung der Gläubiger bezweckt. Einen Erfolg braucht die Täuschung nicht gehabt zu haben.

15. a) **RG.** JW. **09** 104, R. **09** Ziff. 628. Der rechtsgeschäftlichen Veräußerung solcher Sachen, deren Pfändung der Eigentümer widersprechen könnte, oder deren Pfändung selbst ohne solchen Widerspruch unzulässig ist, steht an sich kein sittliches Gebot entgegen. Nur besondere Umstände des Einzelfalls könnten eine abweichende Beurteilung begründen. b) ElsLothrZ. **09** 514 ff. (Colmar). Eine nach erfolgter Lohnbeschlagnahme und in Kenntnis derselben zum Nachteile des Pfandgläubigers vorgenommene Änderung der Anstellungsbedingungen gilt als solche nicht als sittenwidrig.

16. **RG.** R. **09** Ziff. 3725. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn bei Bestellung einer Bürgschaft vereinbart wird, daß ein Übergang der Forderung des befriedigten Gläubigers auf den Bürgen nicht stattfinden solle und daß der Bürge die ihm vom Hauptschuldner etwa dargebotene Rückdeckung an den Gläubiger abzutreten habe.

17. **RG.** R. **09** Ziff. 1269. Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann nicht darin gefunden werden, daß eine Stadtgemeinde in Wahrnehmung ihrer Vermögensinteressen und im Rahmen der gesetzlichen ortsstatutarischen Bestimmungen ihren Widerspruch gegen den Anbau an eine zum Anbau noch nicht fertiggestellte Straße nur gegen eine von dem Grundstücksbesitzer zu leistende Zahlung in Höhe der voraussichtlich demnächst auf das Grundstück entfallenden Straßenbaukosten zurückzieht, die Fertigstellung der Straße aber ganz ihrem Ermessen vorbehält.

18. HansGZ. **09** Hptbl. 37 (Hamburg) hat eine Vereinbarung über Hilfslohn im Binnenschiffahrtsverkehre mit Rücksicht auf die nicht gerechtfertigte Höhe des Lohnes für gegen die guten Sitten verstoßend erklärt.

19. **RG.** R. **09** Ziff. 2372. Eine Verabredung, durch welche der eine Vertragsteil sich verpflichtet, in eigenem Namen und für eigene Rechnung die für den Fabrikbetrieb des anderen Vertragsteils erforderlichen Materialien zu liefern und Eigentümer dieser Materialien bleiben sowie auch Eigentümer der damit hergestellten Erzeugnisse werden soll, verstößt, falls nicht eine auf Täuschung Dritter gerichtete Absicht der Vertragschließenden anzunehmen ist, nicht gegen § 138.

20. R. **09** Ziff. 3727 (Colmar). Eine Abmachung, durch welche die Verpflichtung zur Unterlassung einer Strafanzeige übernommen wird, verstößt an sich, ohne daß besondere Umstände hinzukommen, ebensowenig gegen die guten Sitten, wie die im Anschluß an eine solche Abmachung von dem Diebe übernommene Verpflichtung zur Schadloshaltung des Bestohlenen.

21. **RG.** R. **09** Ziff. 2358. Erläßt der Ehemann seinem Schuldner einen Teil der Schuld, um den Rest sofort zu erhalten und ihn den Zugriffen seiner geschiedenen Ehefrau wegen ihre Unterhaltsansprüche zu entziehen, so kann er gegenüber dem Schuldner nicht die Nichtigkeit des Erlasses wegen Verstoßes gegen die guten Sitten geltend machen.

§ 138 Abs. 2. A. Notlage (JDR. **2** Ziff. 6 II b, **5** Ziff. 7 II B, **6** u. **7** A). **a)** **RG.** 28. 11. 08, JW. **09** 45. Notlage im Sinne des § 138 ist ein Rechtsbegriff, der eine dringende, die wirtschaftliche Existenz des Kreditsuchenden bedrohende Not kennzeichnet. Zwar können auch einfache, allgemein gebräuchliche Rechtsbegriffe, zu deren Beurteilung der Schwurpflichtige fähig ist, wie Kauf, Miete, als Tatsachen, über die die Eideszuschiebung zulässig ist (§ 445 ZPO.), angesehen werden, Notlage ist aber kein solcher einfacher allgemein bekannter Begriff. Die Eideszuschiebung darüber ist daher regelmäßig unzulässig. **b)** Über die Frage, ob Ausbeutung der Notlage bei einem Grundstücksverkauf anzunehmen war, handelt **RG.** SeuffA. **64** 179 ff.

B. Wucherisches Geschäft (s. JDR. **6** u. **7** B). 1. **a)** **RG.** JW. **09** 719, R. **09** Ziff. 3300. Aus der Beifügung einer nach § 1229 BGB. nichtigen Verfallabrede muß nicht stets eine wucherische Ausbeutung gefolgert werden; für die Frage, ob wucherische Ausbeutung vorliegt, kommt nur in Betracht, was in an sich rechtsgiltiger und erzwingbarer Weise an Vermögensvorteilen versprochen oder gewährt worden ist. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2220. Verneint das Gericht die Begründetheit des Wuchereinwandes mangels Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so bedarf es einer ausdrücklichen Untersuchung, ob etwa trotzdem ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 vorliegt, nur, wenn besondere Umstände hierfür behauptet sind (vgl. **RG. 64** 182). **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 2218. Gegenleistungen für gewagte Geschäfte sind anders zu beurteilen wie gewöhnliche Darlehnsgeschäfte; bei der Beurteilung der Gegenleistung kommen auch Angebote von Konkurrenten (Banken) in Betracht. **d)** **RG.** JW. **09** 215, R. **09** Ziff. 1271. Bei Sanierungen ist ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nur unter besonderen Umständen anzunehmen. **e)** **RG.** R. **09** Ziff. 1839. Wenn ein stiller Gesellschafter sich bei seiner Beteiligung außer der üblichen Verzinsung seiner Kapitaleinlage auch noch einen, und zwar unverhältnismäßig hohen jährlichen Mindestgewinnanteil — für 12 000 M. Einlage einen Mindestgewinnanteil von 2500 M. — zusichern läßt, so ist darin ein wucherisches Geschäft zu erblicken. Daß der Gesellschafter bei der Beteiligung ein Risiko eingeht, ändert hieran nichts.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 963. Erklärt der Bewucherte in einem Vergleiche mit einem der Wucherer, er könne diesem den Wuchervorwurf nicht machen, so ist damit die Wuchereinrede gegen die Wuchergenossen nicht ausgeschlossen.

§ 139. 1. Lentschütz, DJZ. **09** 431. Der § 139 ist auf abstrakte Rechtsgeschäfte mit Rücksicht auf die Natur des abstrakten Rechtsgeschäfts nicht anwendbar.

2. **RG.** 22. 5. 09, R. **09** Ziff. 1968. Stehen auf der einen Seite eines Vertrags mehrere Kontrahenten, und liegt nur in der Person eines von ihnen ein Nichtigkeitsgrund vor, so ergreift die Nichtigkeit den ganzen Vertrag, sofern nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den betreffenden Kontrahenten abgeschlossen worden wäre. **Vgl. RG. 51** 35, **59** 174, **62** 184, (JDR. **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 3). Erforderlich ist jedoch immer, daß die Feststellung, daß bei einem der Kontrahenten ein Nichtigkeitsgrund bestehe, allen Kontrahenten gegenüber getroffen worden ist.

3. R. **09** Ziff. 2361 (Stuttgart). Die Nichtigkeit der Bestimmung, daß vor Ablauf einer bestimmten Zeit nicht gekündigt werden könne, hat bei Kartellverträgen die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge, da bei solchen Verträgen die Bestimmung der Zeitdauer, für welche der Vertrag zu gelten hat, der Natur der Sache nach wesentlich ist und wohl kaum ein Interessent einen Gesellschaftsvertrag des Inhalts, daß jeder Gesellschafter jederzeit kündigen dürfe, eingehen würde.

§ 140. 1. *Siber, Buchrechtsgeschäft 109 Anm. 2. Neben der Konversion eines Rechtsgeschäfts in ein anderes gibt es auch solche eines bloßen Rechtsgeschäftsbestandteils in einen anderen, z. B. der Vertragsannahme in einen Vertragsantrag, sowie Konversion eines Rechtsgeschäfts in einen Rechtsbestandteil und umgekehrt. Konversion ist keine Auslegung, weil sie einen nur hypothetischen Willen dem wirklichen gleichsetzt (110 Anm. 4).

2. Aus der Praxis. a) **RG.** 3. 3., 09 **70** 358. Die Vorschrift des § 140 ist nicht dahin auszudehnen, daß einer Willenserklärung — Bestellung einer Hypothek für einen anderen — die Richtung der Begründung eines anderen Rechtes und für eine andere Person, als worauf die Erklärung tatsächlich gerichtet war, — Bestellung einer Eigentümergrundschuld — gegeben werden könnte. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 420. Ist ein Vertrag über die unentgeltliche Abtretung einer Grundfläche zur Straße mangels Wahrung der Form (§ 313 BGB., Art. 12 § 1 Abs. 2 PrAGBGB) wie er vereinbart wurde, rechtsunwirksam, so kann er nach Lage des Einzelfalls als ein — keiner Form bedürfender — Vertrag über die Bestellung einer öffentlich-rechtlichen Servitut, daß die Grundfläche als Straßenland dienen solle, angesehen werden. Daß beim Abschlusse des Vertrags die Vertragschließenden einen unmittelbar hierauf gerichteten Willen gehabt haben, ist hierzu nicht erforderlich. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 3032. Ist die Abtretung einer Briefhypothek als dingliches Geschäft deshalb unwirksam, weil die Parteien irrtümlich glaubten, es handle sich um eine Buchhypothek, während in Wirklichkeit ein Hypothekenbrief in der Hand eines Dritten vorhanden war, so kann die Abtretung immerhin hinsichtlich des dem Zedenten zustehenden persönlichen Rechtes auf Übertragung der streitigen Hypothek aufrechterhalten werden.

§ 141. a) **RG.** R. **09** Ziff. 204. Bei der Bestätigung müssen die materiellen und formellen Voraussetzungen des Geschäfts unter Beseitigung des die Nichtigkeit des Geschäfts begründenden Umstandes vorliegen. **b)** R. **09** Ziff. 2613 (BayObLG.). Zur Annahme, daß ein nichtiger Vertrag durch nachträgliche schlüssige Handlungen bestätigt worden ist, bedarf es nicht der Feststellung, daß der Bestätigende genaue Kenntnis von der Nichtigkeit besessen hat. **c)** R. **09** Ziff. 3033 (BayObLG.). Auch das Bestätigungsgeschäft kann wegen neuerlichen Verstoßes gegen § 138 wiederum nichtig werden.

§ 142. R. **09** Ziff. 2221 (Marienwerder). Die im § 142 vorgesehene Wirkung tritt nur ein, wenn einer der gesetzlichen Anfechtungsgründe der §§ 119, 120, 123 BGB. vorliegt und die Anfechtung nach §§ 121, 124 rechtzeitig erklärt ist. Das Einverständnis des Anfechtenden und des Anfechtungsgegners darüber, daß die Anfechtung begründet sei, vermag dieses nicht zu ersetzen.

§ 143. I. 1. *Jehle, Vollmacht 97 ff. Anfechtungsgegner bei der Vollmachtserteilung ist der konkrete Erklärungsempfänger. Die Interessen des Vertreters wie des Dritten lassen sich bei dieser Ansicht vollkommen befriedigen.

2. *Siber, Buchrechtsgeschäft 64. Die Anfechtung von Erklärungen im Grundbuchrechte bedarf, wo sie dem Grundbuchamte gegenüber erklärt wird, nur der Form, die für ihre Aktenkundigmachung vorausgesetzt ist; es genügt daher Privatschriftlichkeit.

3. Meyer, R. **09** 626. Bei einer von dem Dritten (dem Schuldübernehmer) mit dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahme hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 415 BGB.). Will der Schuldübernehmer das

Rechtsgeschäft wegen Irrtums oder Betruges anfechten, so ist der Gläubiger Anfechtungsgegner.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 22. 5. 09, R. **09** Ziff. 1969. Bei einem Vertrage mit mehreren Vertragsgegnern kann Rücktritt (§ 356) und Wandlung (§ 467) nur allen Vertragsgegnern gegenüber erklärt werden; dagegen kann die Anfechtung eines Vertrags auch einem einzelnen Vertragsgegner gegenüber erklärt und im Rechtswege durchgesetzt werden. Es liegt also für die Anfechtungsklage eine notwendige Streitgenossenschaft nicht vor (vgl. IDR. **5** Ziff. I 1 und **RG. 65** 405).

2. R. **09** Ziff. 205 (Cassel). Darin, daß der Käufer, der zu einem geringeren Preise gekauft zu haben behauptet, als der Verkäufer behauptet, diesen geringeren Betrag dem Verkäufer mit der Bemerkung einsendet: „Ich zahle Ihnen jedenfalls keinen höheren Preis als den mündlich vereinbarten," liegt keine Anfechtung des Kaufvertrags. Wenn auch die Anfechtung keiner bestimmten Form bedarf, so muß sich doch aus der die Anfechtung bezweckenden Erklärung der Wille des Erklärenden unzweideutig ergeben, daß das Ganze von Irrtum beeinflußte Rechtsgeschäft ungültig sein soll.

§ 144. R. **09** Ziff. 2778. Die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts, zu dem der eine Teil durch Drohung bestimmt worden ist, ist ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Teil zu einer Zeit, in welcher er nicht mehr unter dem Einflusse der Drohung stand, das Rechtsgeschäft schriftlich beurkundet hat.

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Schneider, Zur Auslegung des § 153 BGB., R. **09** 425—432. — Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 1909.

§§ 145 ff. 1. *Siber, Buchrechtsgeschäft.

a) Vorwirkung des Vertragsantrags s. oben §§ 104 ff. Ziff. I.

b) Zum Vertragsschluß ist außer der inhaltlichen Übereinstimmung der beiderseitigen Erklärungen erforderlich, daß jede als der Ergänzung durch eine Erklärung des Gegners bedürftig gemeint ist, aber nicht, daß die Annahme mit Kenntnis vom Antrag erfolgen müßte; denn es bedarf nur des Zuganges, nicht der Vernehmung des Antrags. Die an sich bestehende inhaltliche Verschiedenheit von Antrag und Annahme wird vom Gesetz ignoriert, indem stets die zeitlich vorausgehende Erklärung, auch wenn sie als Annahme gemeint war, als Antrag, die zeitlich nachfolgende, auch wenn sie als Antrag gemeint war, als Annahme behandelt wird; also Konversion der Annahme in einen Antrag und umgekehrt und zwar anders als im Regelfalle der Konversion, § 140, ohne Rücksicht auf den hypothetischen Eventualwillen des Erklärenden (108 ff.).

Bewußte Willenseinigung ist deshalb nicht mehr selbständiges Erfordernis des Vertragsschlusses, sondern nur noch die Tendenz, die das Gesetz bei der Aufstellung äußerer Anforderungen verfolgt; Vertragsschluß ohne Kenntnis des Annehmenden vom Antrag ist denkbar, aber infolge der in §§ 145 ff. für die Erzielung einer bewußten Willenseinigung gestellten äußeren Anforderungen nahezu unpraktisch. (112 f.) Die letzteren sind aber nicht das Wesen des Vertrags, sondern nur generelle Kriterien für den Regelfall des Vertragsschlusses. Wo das Gesetz in Einzelfällen andere, zur Erzielung einer bewußten Willenseinigung gleich sichere Kriterien genügen läßt, wie bei der Eheschließung, bei der Antrag und Annahme nicht zu unterscheiden sind, da liegen gleichfalls Verträge vor. Darum ist auch die Einigung, freilich nur in Verbindung mit der Besitzübergabe oder der Eintragung, ein Vertrag. Sie unterliegt aber den allgemeinen Grundsätzen über Verträge nur, soweit sich nicht aus § 873 Abs. 2 Abweichungen ergeben; anwendbar §§ 153, 148, bei formloser Einigung §§ 151, 146, 147, bei Einigung nach der Eintragung § 145 (115 f.).

c) Da zum „Vertrage", wie zum „Rechtsgeschäft" i. e. S. die typische Einigung zur Herbeiführung der gewollten Rechtsänderung gehört, so ist die sachenrechtliche Einigung nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit der Eintragung oder der Besitzübergabe ein „Vertrag". Vereinzelt wird aber im BGB. „Vertrag" in dem gleichen weiteren Sinne gebraucht, wie „Rechtsgeschäft", zur Bezeichnung einer Willenseinigung, die schon ihrem Typus nach ohne ein hinzukommendes weiteres Moment gar nicht geeignet ist, die gewollte Rechtsänderung herbeizuführen. So im § 1754 Abs. 2 Satz 2 und § 415 Abs. 1 Satz 3 (126 f. Anm. 4, 144 Anm. 2).

2. Förtsch, LeipzZ. **09** 801 ff. Die unberechtigte Erklärung, von einem Vertrage zurückzutreten, ist zwar kein Vertragsantrag, aber nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte muß sich der Erklärende gefallen lassen, daß der andere sie als solchen auffaßt und behandelt. Die Annahme der Rücktrittserklärung steht dem Vertragsgegner so lange zu, als der den Rücktritt Erklärende seine Erklärung nicht zurücknimmt.

3. a) Cohen, R. **09** 443 f. Die Klagezustellung enthält eine Offerte, die der Beklagte auf jede Weise, durch die auch sonst eine Offerte wirksam angenommen werden kann, wirksam einseitig anerkennen kann, mündlich, schriftlich, durch konkludente Handlungen, sofern nur die Absicht des Anerkennens dem Kläger bewußt zu erkennen gegeben wird. Dieses Recht des Beklagten währt so lange, als der Prozeß schwebt, denn solange hält der Kläger seinen Klaganspruch aufrecht und ist mithin an seine Offerte gebunden. Selbst dann ist keine Ausnahme zu machen, wenn nach stattgehabter mündlicher Verhandlung die Zurückziehung der Klage lediglich um deswillen unterbleibt, weil Beklagter sich weigert, der Zurückziehung zuzustimmen, es sei denn, daß Kläger direkt seinen Anspruch fallen läßt. Die Sachlage ändert sich auch nicht dadurch, daß in erster Instanz ein Urteil ergeht, denn diese Tatsache beseitigt das Anhängigsein des Anspruchs in keiner Weise. b) Hierzu Schleyer, R. **09** 476, es könne die Offerte nicht bis zum Eintritte der Rechtskraft des die Klage abweisenden Urteils angenommen werden. Damit, daß beim Schlusse der mündlichen Verhandlung vom Beklagten der Antrag auf Abweisung gestellt werde, sei der Antrag des Klägers bereits abgelehnt worden.

§ 145. 1. Schneider, R. **09** 425 ff. Auch die Regel im § 145 BGB. steht unter dem Auslegungsgrundsatze des § 157 BGB., wonach das Wort des Gesetzes (Gebundenheit, wenn nicht ausgeschlossen) einer einschränkenden Auslegung unter entsprechenden Verhältnissen unterliegt. Und zwar nicht nur, wenn das Gebundensein durch erkennbaren Willen ausgeschlossen, sondern auch, wenn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ein solches Ausgeschlossenseinsollen anzunehmen ist.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 206. Der § 145 enthält kein zwingendes Recht; der Antragsteller kann sich vielmehr auf beliebig lange Zeit binden, ein solcher Wille muß aber irgendwie, sei es aus den Worten oder aus den Umständen, erkennbar zutage treten.

3. **RG.** BayRpflZ. **09** 147. Die Bindung an einen Vertragsantrag ist kein Recht, das der Empfänger des Antrags auf einen anderen übertragen kann, sie bezeichnet vielmehr nur eine Rechtslage, aus der erst beim Hinzutritt der rechtzeitigen Annahme des Antrags Rechte und Verpflichtungen entstehen.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 2779. Die Erklärung einer Vertragspartei, daß sie die von einem nicht bevollmächtigten Vertreter abgegebenen Erklärungen „nur als moralisch bindend" gelten lassen wolle, kann eine rechtliche Bindung der Partei nicht herbeiführen.

§ 150. **RG.** R. **09** Ziff. 2913. Die Annahme eines Vertragsantrags mit der Bitte um Bestätigung, daß das Abkommen nur bei Eintritt einer Bedingung wirksam werde, enthält eine mit einem neuen Antrage verbundene Ablehnung, auch wenn der Erklärende von der Auffassung ausging, daß die Bedingtheit bereits vereinbart sei.

4*

§ 151. 1. *Hölder, IheringsJ. **55** 448 ff. Eine Annahme der Willenserklärung ist die Verwirklichung ihres Inhalts ohne Erklärung an ihren Urheber, aber nicht als gänzliche, die ihn erledigt, sondern als teilweise, die seinen übrigen Inhalt zu einem zu verwirklichenden erhebt. In den Fällen des durch Ausführung annehmbaren Antrags oder der Bestellung ist nach der Verkehrssitte die Gebundenheit des § 145 ausgeschlossen, aber nur bis zum Anfange der Ausführung.

2. Hellmann, KrVJSchr. **48** 239 f. stimmt in allen wesentlichen Punkten Manigk in der Behandlung der Vertragsannahme zu (vgl. JDR. **6** Ziff. 1.)

3. **RG.** JW. **09** 720 f. Eine Verkehrssitte kann nicht für einen einzelnen Fall besonders gestaltet werden, sie kann vielmehr nur für eine bestimmte Klasse von Fällen bestehen.

§ 152. Über die Frage, ob Vertragserklärungen, die gemäß § 128 sukzessive vor dem Notar abgegeben worden sind, in einem einzigen Protokolle beurkundet werden können, s. oben zu § 128.

§ 153. Schneider, R. **09** 425 ff. „Ein anderer Wille des Antragenden" ist vorhanden auch dann, wenn der Richter bei der Ermittelung der Belegenheit des Falles sich zwar nicht von dem Vorhandensein eines solchen anderen Willens zu überzeugen vermochte, aber doch den Umständen nach, bei einer von ihm anzustellenden verständigen Würdigung der Verhältnisse im einzelnen „ihn als vorhanden" annehmen darf. Es bedeutet also § 153 am letzten Ende: Der „andere Wille" braucht gar nicht da zu sein; er muß nur mangels entgegenstehender Äußerung angenommen werden können.

§ 154. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 630. Wenn bei der Vereinbarung über die Lieferung eines Werkes beide Vertragschließenden sich in der Art irren, daß das Werk in der vorgesehenen Konstruktion eine größere, für seine Zweckbestimmung erforderliche Leistungsfähigkeit haben werde, als dies in Wirklichkeit der Fall ist, so kann aus einem solchen Irrtume nicht die Folge hergeleitet werden, daß ein Vertrag mangels Willensübereinstimmung in einem wesentlichen Punkte nicht zustande gekommen sei.

2. R. **09** Ziff. 1 (Frankfurt a. M.). Wird durch die buchmäßige Bezeichnung eines Grundstücks in einem Grundstückskaufvertrag eine Parzelle mitumfaßt, auf welche sich nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Vertragschließenden das Kaufgeschäft nicht erstrecken sollte, so kommt bezüglich dieser Parzelle infolge der Divergenz zwischen dem übereinstimmend Gewollten und dem übereinstimmend Erklärten ein Vertrag nicht zustande; einer Anfechtung der Erklärung bedarf es nicht.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 207. Ein Bauvertrag ist im Zweifel so lange nicht bindend geschlossen, als nicht Art und Zeit des Baues näher bestimmt sind.

4. Abs. 2. (JDR. **6** u. 7 Ziff. II 4.) **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 2914. Die Vermutung des Abs. 2 wird dadurch nicht widerlegt, daß die Parteien den Vertragsentwurf mündlich billigen. **b)** **RG.** WarnE. **2** 60 f. führt in Übereinstimmung mit **RG. 62** 78 (JDR. **5** Ziff. 2) aus, daß für den Fall der erst nach vollkommener Willenseinigung erfolgten Formvereinbarung nur die Vermutung des § 154 Abs. 2 fortfalle und daß die Tragweite einer solchen nachträglichen Vereinbarung nach Lage des Falles zu beurteilen sei.

§ 155. 1. **RG.** 17. 5. 09, GruchotsBeitr. **53** 828 ff. Lassen sich die Vertragsleistungen der Intention der Vertragschließenden entsprechend nach den beredeten Maßgaben bestimmen, so liegt keine Unvollständigkeit der Vereinbarung im Sinne des § 155 vor.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2363. Die bloße Möglichkeit widersprechender Auslegung einer Vertragsbestimmung rechtfertigt nicht den Schluß auf versteckten Dissens

§ 157. I. *Rabel, RheinZ. **1** 210 (gegen Schneider). Die Beachtung der Unterschiede zwischen §§ 157 und 242 ist für die Analyse der Rechtsfälle als Kontrolle

des richterlichen Ermessens wertvoll, für die gesetzliche Anerkennung des Ergebnisses aber bedeutungslos.

II. Aus der Praxis. 1. Allgemeines (s. JDR. 7 Ziff. II 1). a) **RG.** 28. 5. 09, NaumbAK. **09** 63. Die bekannte Entscheidung des **RG. 52** 23 ff. findet keine Anwendung auf den Fall, daß die Vertragsparteien neben dem schriftlichen Vertrage mündlich vereinbaren, es solle unter den schriftlich niedergelegten Worten etwas vom gewöhnlichen Sprachgebrauch Abweichendes, wenn auch nicht Widersprechendes verstanden werden, denn, da der Vertrag den Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Parteien enthält, muß den Parteien auch die Befugnis zustehen, sich über die Bedeutung, die sie einem bestimmten, in der Vertragsurkunde gebrauchten Worte beilegen, zu einigen und dieser Sinn muß dann im Streitfall als der wirkliche Sinn des Wortes der Entscheidung zugrunde gelegt werden. b) **RG.** SeuffA. **64** 137. Der Irrtum im Motiv wird vom Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung unterschieden, wenn es sich um eine Anfechtung wegen Irrtums handelt. Im Gebiete der Vertragsauslegung kann ein solcher Unterschied nicht gemacht werden. Hier bildet der Irrtum einer Partei, gleichgültig, welcher Art er sei, einen tatsächlichen Umstand, der für die Feststellung des Inhalts der Willenserklärung, wie jeder andere tatsächliche Umstand auch, verwertet werden kann und muß. Daß dabei nur der in die Erscheinung getretene Irrtum in Betracht kommt, der verborgene dagegen nicht, folgt aus den allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen. c) **RG.** JW. **09** 489. Der Erklärende kann, wenn er sich nicht verhehlen darf, daß der andere Vertragsteil die abgegebene Erklärung in einem bestimmten, ihm — dem Erklärenden — nicht günstigen Sinne zu verstehen berechtigt ist und der andere Teil sie wirklich in diesem Sinne versteht, nicht geltend machen, daß dies nicht seinem Willen gemäß sei. Solange aber auf diesem Wege zur Annahme einer Willenseinigung zu gelangen ist, ist für einen sogenannten versteckten Dissens kein Raum. d) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 410. Für die Bindung eines Vertragschließenden an einen Handelsbrauch kommt es nicht darauf an, daß er sich dem Brauche hat unterwerfen wollen. e) **RG.** JDR. **7** Ziff. II 1 g jetzt auch Seuff. Bl. **09** 238 f.

2. Konkurrenzverbot (JDR. 7 Ziff. II 2). a) **RG.** 18. 5. 09, R. **09** Ziff. 3029. Die Verpflichtung, sich nicht an einem „Konkurrenzgeschäfte" zu beteiligen, ist nicht im Sinne einer „rechtlichen Beteiligung" zu verstehen. Der Verpflichtete handelt ihr zuwider, wenn er das Konkurrenzgeschäft seines Sohnes unterstützt. b) **RG.** 6. 4. 09, R. **09** Ziff. 1652. Im Falle des Verkaufs eines Geschäfts kann, auch wenn ein Konkurrenzverbot nicht ausdrücklich vereinbart wurde, die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer nicht durch Gründung und Betrieb eines gleichen Geschäfts Konkurrenz zu machen, mittels Auslegung des Vertrags nach Treu und Glauben angenommen und in der Verletzung dieser Verpflichtung eine positive Vertragsverletzung gefunden werden, die den Käufer zur Schadensersatzforderung bzw. zur Zurückhaltung der ihm obliegenden Vertragsleistungen berechtigt. c) **RG.** 28. 9. 09, R. **09** Ziff. 3035. Gegen die Vereinbarung, „keinerlei Nebenbeschäftigung zu betreiben", verstößt der Angestellte nicht schon durch bloße Beteiligung als Gesellschafter einer G. m. b. H. und durch Annahme der Bestellung zum Geschäftsführer.

3. Vertragsstrafe (JDR. **3** Ziff. 2 b). a) **RG.** R. **09** Ziff. 2780. Ist einem Angestellten für den Fall grundloser Entlassung eine Vertragsstrafe versprochen, die „für die ganze Vertragsdauer auf eine bestimmte Summe festgesetzt wird und in Höhe des Teilbetrags der abgelaufenen Vertragsdauer zu zahlen ist", so zieht die grundlose Entlassung vor Beginn der Vertragszeit die volle Vertragsstrafe nach sich, während der Betrag sich nach Ablauf einer gewissen Vertragszeit entsprechend mindert. b) **RG.** R. **09** Ziff. 796. Es wird daran festgehalten, daß eine allgemein gefaßte Konventionalstrafbestimmung dann nicht Platz greift, wenn das

Interesse des Gläubigers durch die Vertragsverletzung nicht oder nur ganz unerheblich berührt wird (JW. **04** 139). Aber nicht der Gläubiger, der die bedungene Strafe fordert, muß eine erhebliche Schädigung beweisen, vielmehr ist es Sache des Schuldners, darzutun, daß die von ihm begangene Vertragsverletzung wegen der Unerheblichkeit ihrer Folgen nach Treu und Glauben nicht unter die Strafbestimmung subsumiert werden darf.

4. Gesellschaftsrecht (JDR. **7** Ziff. II 6). R. **09** Ziff. 2224 (Posen). Wird das früher von einer offenen Handelsgesellschaft betriebene Geschäft mit Aktiven und Passiven von einem Gesellschafter nach dem Tode des anderen gegen eine an dessen Erben zu zahlende Abfindungssumme übernommen, durch die alle Ansprüche der Erben aus dem Gesellschaftsverhältnis ausgeglichen sein sollen, so ist bei Bestimmung der Summe im Zweifel auch das berücksichtigt, was der Erblasser seinerseits der Gesellschaft schuldete.

5. Versicherungsrecht (JDR. **4** Ziff. II 1, **5** Ziff. II 13, **6** Ziff. II 4, **7** Ziff. II 3). **RG.** R. **09** Ziff. 2615. Gibt ein gegen Unfall versicherter Handwerksmeister seine selbständige Stellung auf und tritt als Werkmeister in einen anderen Betrieb ein, so ist dies nicht unter allen Umständen ein das Versicherungsrisiko wesentlich erhöhender Umstand, selbst dann nicht, wenn die Versicherung „abhängige Arbeiter" nicht zu versichern pflegt.

6. Bierlieferungsverträge (JDR. **5** Ziff. II 9, **6** Ziff. II 7, **7** Ziff. II 4). a) **RG.** R. **09** Ziff. 965. Die Zusicherung eines jährlichen Bierverschleißes von 1200 hl in einem dreijährigen Pachtvertrage kann nicht in die Zusage eines Monatsverbrauchs von 100 hl umgedeutet werden, wenn die Pacht schon nach einem halben Jahre aufgelöst wird. Bei Auflösung des Vertragsverhältnisses schon nach 7½ Monat fehlt es an jeder Grundlage für die Berechnung, ob und gegebenen Falles, in welcher Höhe der Bierverbrauch von dem zugesicherten Mindestverbrauche abweicht. b) **RG.** R. **09** Ziff. 1446. Ist in einem Vertrage, durch welchen ein Wirt gegen Gewährung eines Darlehens sich verpflichtet, das für seine Wirtschaft benötigte Bier für längere Zeit ausschließlich von der Brauerei zu beziehen, welche ihm das Darlehen gegeben hat, ein Preis nicht bestimmt und daher anzunehmen, daß als solcher der angemessene und ortsübliche zu gelten hat, so ist eine einseitige Erhöhung dieses bisher bezahlten Preises seitens der Brauerei, z. B. wegen Erhöhung der Steuer oder der Materialien, jedenfalls dann nicht zulässig, wenn diese Umstände nicht in gleichen örtlichen Verhältnissen zu einer allgemeinen Preiserhöhung geführt haben.

7. Kaufverträge. a) R. **09** Ziff. 2362 (BayObLG.). Wird die Schließung eines Kaufvertrags beiden Ehegatten gemeinsam angeboten und vom Ehemanne für beide Ehegatten vorbehaltlich der Zustimmung der Ehefrau angenommen, so ist bei Verweigerung dieser Zustimmung auch der Ehemann nicht gebunden. b) **RG.** 21. 5. 09, R. **09** Ziff. 2910. Hat ein Zwischenhändler, dem vom Fabrikanten der Alleinverkauf seines Fabrikats in einem Bezirk übertragen ist, sich verpflichtet, jährlich eine bestimmte Menge vom Fabrikanten zu beziehen, so läßt das Abkommen eine Auslegung, daß nach Ablauf des Jahres die ohne Grund unterbliebene Abnahme der Ware in Natur nicht mehr verlangt werden könne, im allgemeinen nicht zu.

8. Bauverträge (JDR. **4** Ziff. II 3, **7** Ziff. II 11). a) R. **09** Ziff. 2364 (Hamburg). Die Bestimmung eines Bauvertrags, daß Nebenrechnungen zu vermeiden sind und nur dann Anerkennung finden, wenn vorher zwischen Bauherrn und Übernehmer eine schriftliche Vereinbarung getroffen ist, schließt nicht Forderungen für Mehr- oder Nebenarbeiten aus, welche außerhalb des Rahmens des Bauplans dem Übernehmer vom Bauherrn selbst nachträglich, wenn auch nur mündlich, übertragen sind. b) **RG.** R. **09** Ziff. 1449. In der Fortsetzung von Bauarbeiten auf die Äußerung eines Dritten an der Baustelle: „wenn der Bauherr nicht zahle, werde

er zahlen", kann die Annahme einer Schuldübernahme gefunden werden. c) **RG.** R. **09** Ziff. 1273. Wenn der Unternehmer von Bauarbeiten dem Bauherrn über die im Tagelohn ausgeführten Arbeiten jede Woche sog. Wochenzettel zugehen läßt, damit der Bauherr sie prüfe und nach kurzer Zeit mit einem Genehmigungs- oder Beanstandungsvermerke zurückgebe, so ist es zulässig, als Vertragswille anzunehmen, daß der Inhalt der Wochenzettel beim Unterlassen rechtzeitiger Beanstandung bis zu dem von dem Besteller zu erbringenden Beweise der Unrichtigkeit als richtig zu gelten habe.

9. Mietverträge. (JDR. **7** Ziff. II 8). SächsRpflA. **09** 19 ff. (Dresden). Es entspricht nicht der Auffassung billig und rechtlich denkender Leute, wenn der Vermieter auch in einem Falle auf dem Wortlaute des Vertrags fußend Räumung vom Mieter fordert, in dem dieser nur mit einem ganz geringen Teile des Mietzinses um deswillen im Rückstande geblieben ist, weil er geglaubt hat, wegen dieses Betrags Gegenansprüche an den Vermieter erheben zu können.

10. Konkurs und Moratorien. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2365. Ein dem Schuldner von den Gläubigern bewilligtes Moratorium ergreift regelmäßig nicht auch dingliche Herausgabeansprüche. b) **RG.** HansGZ. **09** Beibl. 109 f. In der Regel wird ein dem Schuldner gewährtes Moratorium dann als erledigt anzusehen sein, wenn eine neue Schuld von erheblichem Betrage zu der alten hinzugetreten ist. c) R. **09** Ziff. 2223 (Hamburg). Wenn ein in Zahlungsschwierigkeiten geratener Schuldner mit seinen Gläubigern unter Festsetzung einer Akkordquote einen Vergleich schließt, so hat dieser Vergleich grundsätzlich auch für den nachfolgenden Konkurs Geltung, so daß die Gläubiger nur die Akkordquote im Konkurs als ihre Forderung anmelden können. d) **RG.** R. **09** Ziff. 2915. Hat ein Konkursverwalter den Gläubigern, erklärt, daß zur Fortführung des Geschäfts des Gemeinschuldners eine Garantieübernahme durch sämtliche Konkursgläubiger erforderlich sei und wird dann die von dem Konkursverwalter vorgelegte Garantieübernahmeerklärung nur von einzelnen Gläubigern unterzeichnet, so kommt damit nur eine von dem Beitritte der übrigen Gläubiger bedingte Verpflichtung seiner Gläubiger zustande. e) R. **09** Ziff. 1272 (Hamburg). Hat ein Schuldner mit seinen Gläubigern einen außergerichtlichen Akkord dahin vereinbart, daß ihm ein Teil seiner Schulden ganz erlassen wird und daß er dagegen die Restschuld nachzahlen soll, „sobald ihm seine Vermögensverhältnisse dies gestatten", so ist diese Vereinbarung dahin auszulegen, daß die in Zukunft entstehenden Verbindlichkeiten den alten Restschulden vorgehen, und zwar ganz allgemein und einerlei, ob sie in naher oder ferner Zukunft, ob sie vor oder nach dem Tode des Schuldners zu befriedigen waren.

11. **RG.** R. **09** Ziff. 2088. Enthält der mit einer Konfessionsgemeinschaft über ein Erbbegräbnis abgeschlossene Vertrag über die Frage, ob in dem Erbbegräbnis auch die Aschenreste einer in einem Krematorium verbrannten Leiche beigesetzt werden dürfen, keine ausdrücklichen Abmachungen, so ist der Vertragswille unter Berücksichtigung der Lehren und Kultusvorschriften der betreffenden Konfessionsgemeinschaft zu ermitteln. Stehen diese nicht entgegen, so ist die Beisetzung der Aschenreste in dem Erbbegräbnisse zuzulassen.

12. R. **09** Ziff. 2352 (Marienwerder). Das im Jahre 1867 einer Gesellschaft von einer Stadt gewährte ausschließliche Recht, in dieser eine öffentliche Gasanstalt zu errichten, zu unterhalten und den öffentlichen Laternen sowohl als Privaten Gas zur Beleuchtung, Heizung oder für sonstige technische oder haushälterische Zwecke zuzuführen, schließt die Befugnis der Stadt nicht aus, ein Elektrizitätswerk zu errichten und Licht und Kraft an Private abzugeben.

13. **RG.** R. **09** Ziff. 2216. Ist in einem Vergleiche die Gültigkeit des Verzichts des einen Teiles von der pünktlichen Zahlung des anderen Teiles abhängig gemacht, so ist die in den Vormittagsstunden des 2. September erfolgte Zahlung eines am

1. September fälligen Teilbetrags noch pünktlich, selbst wenn dem Gegner erklärt ist, er müsse auf die Minute zahlen, es sei denn, daß ein Fixgeschäft vorliegt.

14. LeipzZ. **09** 171 (LG. Leipzig). Bedingt sich eine Vertragspartei aus, daß die Leistung von ihr erst gefordert werden könne, wenn eine Klage gegen einen Dritten erfolglos blieb, und erweist sich die Klage gegen den Dritten als von vornherein aussichtslos, so muß sich der Leistungsschuldner so behandeln lassen, als wenn die Bedingung, an die das Abkommen seine Leistungspflicht knüpft, schon eingetreten, die Klage gegen den Dritten schon abgewiesen wäre. Der im § 773 BGB. ausgesprochene Grundsatz besitzt allgemeine Bedeutung. Er geht dahin, daß es Treu und Glauben widerstreitet, vom Gegner vorab eine Maßnahme, die sich schon jetzt als nutzlos herausstellt, zu verlangen. Die Einrede der Vorausklage muß also allemal dann zessieren, wenn die Vorausklage sinn- und zwecklos ist.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Hölder, Zur Lehre von der Wollensbedingung, JheringsJ. **56** 147—158.

§§ 158 ff. *Siber, Buchrechtsgeschäft 139 ff. Bei gewillkürter Bedingung ist nicht nur „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung", sondern es sind drei Wirkungen des Rechtsgeschäfts als gewollt erklärt: die der Pendenz, die des Eintritts und die des Ausfalls der Bedingung. Bei Rechtsbedingungen sowie bei eintragsbedürftigen und bei zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäften ist nur eine dieser Wirkungen, und zwar unbedingt als gewollt erklärt (139).

Der Begriff der Rechtsbedingung ist auf Fälle zu beschränken, wo

a) die Bedingung akzidentell ist, d. h. wo das Rechtsgeschäft, ohne seinen Typus zu ändern, auch unbedingt geschlossen werden könnte. Die Schenkung von Todes wegen ist bedingt, weil auch ohne die Bedingung eine Schenkung vorläge, dagegen sind Testament und Erbverzicht nicht durch Überleben des Erben bedingt. Ebensowenig sind Grundbuchrechtsgeschäfte durch Eintragung bedingt, weil sie ohne Eintragung schon ihrem Typus nach die gewollte Rechtswirkung gar nicht haben können (122 ff.),

b) weiter auf Fälle, wo nicht der rechtlich sanktionierte Erfolgswille eines andern bedingend ist; die zum Eintritt einer Rechtswirkung erforderliche Zustimmung eines Dritten ist nicht Rechtsbedingung, sondern Bestandteil des Rechtsgeschäfts, so gut wie die Vertragsannahme Bestandteil des Vertrags als eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts ist, nicht Rechtsbedingung des als einseitiges Rechtsgeschäft zu denkenden Vertragsantrags (133 ff.). Vgl. unten §§ 182 ff.

§ 158. RG. JW. **09** 453. Die Vereinbarung, daß die Bezahlung gekaufter Maschinen erst zu erfolgen habe, nachdem dieselben 30 Tage bei dem Käufer in Betrieb gewesen seien und sich ihre Brauchbarkeit für den Käufer erwiesen habe, enthält keine Bedingung für die Zahlung des Kaufpreises, sondern eine zum Inhalte des Vertrags gehörige Abrede über Leistung und Gegenleistung.

§ 161. Weber, DJZ. **09** 543. Die Verfügung desjenigen, dessen Recht bei Eintritt der auflösenden Bedingung endigt, ist wirksam, wird aber im Falle des Eintritts der Bedingung zugunsten des anderen Teiles mit rückwirkender Kraft von Anfang an unwirksam. Wird die Verfügung erst nach Eintritt der Bedingung vorgenommen, so ist sie von vornherein unwirksam, da in diesem Falle ein Nichtberechtigter verfügt hat. Der gutgläubige Erwerber wird in beiden Fällen durch die §§ 932 ff., 892 ff. BGB. geschützt. — Die auflösende Bedingung, unter welcher ein Gegenstand erworben wurde, stellt eine Verfügungsbeschränkung dar, welche in das Grundbuch eingetragen werden kann und zum Schutze gegen gutgläubige Erwerber eingetragen werden muß. Vgl. hierzu auch Hagemann, DJZ. **08** 1339.

§ 162. **RG.** R. **09** Ziff. 2616. Hat ein Gläubiger seinem Schuldner versprochen, daß er, falls Schuldner eine bestimmte Anstellung erhalte, sich nicht an die dem Schuldner aus dieser Anstellung zufließenden Bezüge halten wolle und hat der Gläubiger dann den Eintritt jener Bedingung wider Treu und Glauben verhindert, so sind seinem Zugriffe die Einkünfte des Schuldners in Höhe der Bezüge entzogen, die dieser aus jener Anstellung gehabt haben würde.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Groß, Kauf und Verkauf auf Borg durch einen zum Barabschluß Bevollmächtigten und Verwandtes; Leipzig 1909. Hepner, Der Bote ohne Ermächtigung. Eine Parallele zum Vertreter ohne Vertretungsmacht. (Diss.) — Jehle, Die Vollmacht und die Willensmängel des Vollmachtgebers. (Tüb. Diss.) 1909.

§§ 164 ff. *Kunze, Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten 125 ff. Ist dem Schuldner bei Abschluß des Vertrags nicht erkennbar, daß sein Gläubiger im Interesse des Dritten kontrahiert, so muß der Gläubiger, den kein Haftungsinteresse trifft, den Schuldner auf das Drittinteresse hinweisen, widrigenfalls er dem Dritten den Schaden ersetzen muß, der ihm aus der Nichterfüllung dieser Pflicht erwächst.

§ 164. 1. a) *Groß. Die Vollmacht zum Kaufe bez. Verkaufe einer Sache enthält im Zweifel nicht die Ermächtigung zum Abschluß auf Kredit. Schließt der Vertreter dennoch ein Kreditgeschäft ab, so handelt er ohne Vertretungsmacht. Das infolgedessen vorläufig unwirksame Geschäft bedarf daher der Genehmigung durch den Geschäftsherrn. Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen: Einigt sich trotz Abschluß des Vertreters auf Borg der Geschäftsherr mit dem Käufer dahin, diesem die verkaufte Sache gegen nachträgliche Barzahlung zu belassen, so liegt hierin der Abschluß eines neuen Geschäfts, eines Barkaufs, und gleichzeitig die Verweigerung der Genehmigung des vom Vertreter abgeschlossenen Kreditgeschäfts. Kauft der vom Geschäftsherrn mit Barmitteln versehene Vertreter trotzdem auf Kredit, während er das Geld unterschlägt, so braucht der Geschäftsherr dieses Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen, den Kaufpreis also nicht noch einmal zu zahlen.

b) § 120 umfaßt nicht die Fälle „absichtlich" unrichtiger Übermittelung durch die Mittelsperson. Der Geschäftsführer ist also, wenn der Bote absichtlich ein Kreditangebot statt eines Barangebotes übermittelt und das zum Bezahlen erhaltene Geld unterschlägt, ebenfalls nicht an diesen Kreditkauf gebunden und braucht diesen nicht anzufechten.

2. OLG. **18** 13 (Braunschweig). Es ist eine allgemein bekannte Tatsache, daß bei uns die Ehefrauen Rechtsgeschäfte in bezug auf die Familienwohnung statt ihrer Männer abzuschließen pflegen. Das ist kein Ausfluß der Schlüsselgewalt, sondern geschieht in ausdrücklich oder nach der Verkehrssitte stillschweigend erklärter Vollmacht der Männer. Auch solche bloß nach der Verkehrssitte bestehende Vollmachten müssen die Männer nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen (**RG.** SeuffA. **59** Nr. 177). Die Erklärungen, welche die so bevollmächtigten Frauen entgegengenommen haben, wirken gegen die Männer selbst dann, wenn sie keine Kenntnis davon erhalten haben (OLG. Braunschweig, SeuffA. **61** Nr. 128).

3. ElsLothrZ. **09** 564 ff. (Colmar). Wenn von jemandem auch ein Bauvertrag in eigenem Namen abgeschlossen worden ist, so ist doch eine Willensübereinstimmung der Parteien mit einem Dritten darüber möglich und zulässig, daß dieser Dritte den Bau tatsächlich ausführen und in diesem Sinne der Unternehmer sein solle. Es hat alsdann als dessen mittelbarer Vertreter der zu gelten, der den Bauvertrag in eigenem Namen abgeschlossen hat. Er wird in dieser Eigenschaft aus dem Geschäfte selbst und allein berechtigt und verpflichtet. Es ist aber nicht ausgeschlossen,

daß er dem mittelbar von ihm Vertretenen (im Einverständnisse mit dem Bauherrn) alle Ansprüche aus dem Bauvertrag abtritt und ihn zu unmittelbarer Geltendmachung aller Ansprüche gegenüber dem Bauherrn ermächtigt.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 2618. Bei Verträgen, die durch die entgeltliche Benutzung eines im öffentlichen Verkehre dem Publikum zur Verfügung gestellten Transportmittels eingegangen werden, ist, sofern nicht besondere Umstände etwas anderes dartun, davon auszugehen, daß der Fahrgast nicht zu dem jeweiligen Leiter des Transportmittels, sondern zu demjenigen in ein Rechtsverhältnis tritt, der das Transportmittel zu dem erwähnten Zwecke in Betrieb setzt, dem Betriebsunternehmer. Ob dieser dem Fahrgaste bekannt ist, ist gleichgültig.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2619. Hat der Vollmachtgeber seinem Lieferanten gegenüber einen anderen zum Kaufe auszuwählender Waren von bestimmter Beschaffenheit ermächtigt, so kommt ein Kaufvertrag mit Wirkung gegen den Vertretenen nur zustande, wenn die vom Vertreter ausgewählten Waren diese Beschaffenheit haben.

6. OLG. **18** 13 (Braunschweig). Der Vizewirt ist Bevollmächtigter des Vermieters. Er darf mangels besonderer Bestimmungen Mietverträge abschließen, Kündigungen aussprechen und entgegennehmen, Aus- und Verbesserungen gewöhnlicher Art an der Mietwohnung vornehmen, überhaupt alle Geschäfte ausführen, welche die Verwaltung eines Miethauses gewöhnlich mit sich bringt. Geschäfte außergewöhnlicher Art oder Tragweite darf er jedoch nicht ohne weiteres vornehmen. Er darf deshalb den Mietzins nicht schenkungsweise erlassen.

7. SeuffA. **64** 389 (Hamburg). Hat der Agent zwar nicht bei den mündlichen Verhandlungen, wohl aber mit Annahme des Vertragsantrags dem Verkäufer mitgeteilt, daß L. der Käufer sei und hat sich der Verkäufer damit einverstanden erklärt, so ist nicht der Agent, sondern L. Käufer.

8. SeuffA. **64** 89 (Posen). Verkauft jemand eine fremde Sache im Auftrage des Eigentümers, aber nicht in dessen Namen, unter zufälliger Nennung seines Namens, so ist daraus nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß sein Gegenkontrahent mit ihm als unmittelbarem Stellvertreter den Vertrag habe abschließen wollen. Ob solche Annahme begründet ist, hängt von der weiteren Frage ab, ob der Gegenkontrahent ein berechtigtes Interesse daran habe, gerade mit dem Vertragschließenden das Geschäft zu machen, oder ob ihm die Person völlig gleichgültig ist. Letzteres, also eine direkte Stellvertretung, wird jedesmal dann angenommen werden müssen, wenn jemand über eine gewerbliche Leistung kontrahiert. Ein solcher will nach der Erfahrung des täglichen Lebens mit demjenigen abschließen, der in Wirklichkeit der rechtliche Inhaber des Betriebs und demgemäß die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen imstande ist.

9. Abs. 2. **a)** SächsOLG. **30** 168 (Dresden). Der auf den Fall der Nichterkennbarkeit eines Vertretungswillens überhaupt berechnete § 164 Abs. 2 ist sinngemäß auch dann anzuwenden, wenn der Vertreter nach außen hin für einen anderen auftritt als denjenigen, den er vertreten will. **b)** MecklZ. **28** 13 ff. (Rostock). Derjenige, der eine Vertragsforderung geltend macht, genügt bezüglich des Kontrahierens in eigenem Namen der Beweispflicht, wenn er Tatsachen dartut, daß der Gegner das Geschäft schlechthin geschlossen habe, d. h. ohne daß ein Kontrahieren in fremdem Namen erkennbar gewesen sei. Dann ist es Sache des Gegners, Momente beizubringen, aus denen sich ergibt, daß er in fremdem Namen kontrahiert habe. Keineswegs ist aus Abs. 2 zu entnehmen, daß, wenn der behauptete äußere Tatbestand zweideutig ist, ein Kontrahieren in eigenem Namen zu vermuten sei. Vielmehr trifft auch in diesem Falle die Beweislast den, der seinen Anspruch auf ein solches Kontrahieren gründet.

§ 166. 1. *Jehle, Vollmacht 89 ff. An der selbständigen Anfechtbarkeit der Vollmacht wegen eines bei ihrer Erteilung untergelaufenen Irrtums ist festzu-

halten. Die Anwendung des § 139 bzw. des den §§ 139, 140 zugrunde liegenden Prinzips sowie die Beachtung der der ganzen Anfechtungslehre wegen Irrtums inhärenten Interessenabwägung läßt unhaltbare Ergebnisse vermeiden.

2. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2366. Die Bestimmung des § 166 bezieht sich nur auf den Vertreter, der den Geschäftsherrn bei Abgabe der in Frage stehenden Willenserklärung selbst vertreten hat. **b) RG.** R. **09** Ziff. 799. Hat ein Grundstückseigentümer Verkaufsverhandlungen durch einen Vertreter führen lassen und sich selbst um die Angelegenheit nicht weiter gekümmert, so kommt es, wenn die bestimmte Absicht des Vertreters, ein Zubehörstück nicht mitzuverkaufen, festgestellt ist, nicht auf einen etwa weitergehenden Willen des Geschäftsherrn an. **c) RG.** R. **09** Ziff. 631. Die Wirksamkeit des von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgeschlossenen Kaufvertrags hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab, während der Vertragsgegner, der den Mangel der Vertretungsmacht kannte, bis zum Ablaufe der Genehmigungsfrist gebunden ist. Daraus folgt aber nicht, daß der letztere eine angebliche arglistige Erklärung über den Kaufgegenstand nicht mehr ändern oder zurücknehmen kann.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3303. Bei Pfändungen im Auftrage eines Bevollmächtigten entscheidet sich die Anfechtbarkeit nach dessen Kenntnis über Zahlungseinstellung oder Begünstigungsabsicht, da § 166 auf Pfändungen entprechend anzuwenden ist.

§ 167. I. 1. *Jehle, Vollmacht 15 ff. Die Vollmachtserteilung, ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, kann durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erfolgen. Die abweichende Ansicht von Lenel, Hellwig u. Endemann widerspricht dem Gesetze (§§ 167, 171, 172, 173) und versagt völlig bei der passiven Vertretung.

2. *Siber, Buchrechtsgeschäft 73 f. Die Vollmacht ist ihrem Inhalte nach notwendig an den Bevollmächtigten und den Dritten adressiert, aber zu ihrer Wirksamkeit genügt Zugang an den Bevollmächtigten oder den Dritten. Die Vollmacht zu amts- oder privatempfangsbedürftigen Erklärungen im Grundbuchrechte kann entsprechend § 167 auch unmittelbar an das Grundbuchamt erklärt werden (77 f., 155).

II. **RG.** 14. 6. 09, JW. **09** 453, R. **09** Ziff. 2226. Bei der Auslegung der Vollmachtserklärung ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Vollmacht, auch die Generalvollmacht, sich begrifflich auf Besorgung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers bezieht. Allein Angelegenheit in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit Interessen des Vollmachtgebers. Die Bevollmächtigung kann vielmehr auch im Interesse des Bevollmächtigten selbst (so beim procurator in rem suam) oder im Interesse eines Dritten erfolgen. Ein Generalbevollmächtigter erscheint hiernach regelmäßig auch bevollmächtigt, für den Vollmachtgeber eine Bürgschaftserklärung selbst für eine eigene Schuld des Bevollmächtigten abzugeben (vgl. SeuffA. **47** 156). Würde freilich ein solches Geschäft von dem Bevollmächtigten unter offenbarem, dem anderen Teile erkennbarem Mißbrauche der Vollmacht dem Interesse des Vollmachtgebers zuwider abgeschlossen, oder hat der Bevollmächtigte gar in der dem anderen Teile bewußten Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen, gehandelt, dann würde der Vertretene die Abrechnung überhaupt nicht als für ihn verbindlich anzuerkennen brauchen oder doch berechtigt sein, das Geschäft anzufechten und einem Anspruch des Dritten die Einrede der Arglist entgegenzuhalten. Auch dann, wenn das Geschäft so außerordentlicher Art wäre, daß der Dritte sich sagen mußte, der Vollmachtgeber könne ein derartiges Geschäft unmöglich im Sinne gehabt haben, würde sich jener auf eine selbst unbeschränkt gefaßte Vollmacht nicht berufen können (Vgl. **RG. 52** 99, IDR. **2** Ziff. 3).

§ 168. a) R. **09** Ziff. 1451 (KG.). Die von dem Erblasser für sich und seine Erben erteilte Generalvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten zur Verfügung

über die Nachlaßgegenstände auch insoweit, als diese der Verwaltung eines von dem Erblasser ernannten Testamentsvollstreckers unterliegen. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung enthält keinen wirksamen Widerruf der für die Erben erteilten Vollmacht . **b)** KGJ. **37** A 239 (KG.). Ob mit dem Erlöschen der Hauptvollmacht zugleich die von dem Bevollmächtigten erteilte Untervollmacht erlischt, bestimmt sich nach dem Umfange sowohl der Hauptvollmacht als auch der Untervollmacht. Ist die Hauptvollmacht zeitlich begrenzt erteilt, so ist der Bevollmächtigte im Zweifel nicht ermächtigt, eine zeitlich unbegrenzte Untervollmacht zu erteilen.

§ 170. Der § 170 gilt nicht für Erklärungen mit Amtsadresse. *Siber, Buchrechtsgeschäft 157.

§ 171. *Jehle, Vollmacht 39 ff. Die §§ 171, 172 enthalten wie die Gesetzgebungsgeschichte und das Gesetz selbst ergibt, nicht Fälle der Vollmachtserteilung. Diese Kundgebung der Bevollmächtigung gemäß §§ 171, 172 — eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Willenserklärungen im allgemeinen Anwendung finden — hat ihre Stelle und Bedeutung für den Fall der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und begründet hier zugunsten des gutgläubigen Dritten kraft Gesetzes eine ihrem Inhalt entsprechende Vertretungsmacht, wobei jedoch verschiedene Sachlagen auseinanderzuhalten sind.

§ 172. Über *Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte vgl. unten zu §§ 932 ff.

§ 173. *Jehle, Vollmacht 46 ff. Das Prinzip des § 173 ist auf das Nichtentstehen der Vollmacht auszudehnen. Auf die durch Kundgebung gemäß §§ 171, 172 begründete Vertretungsmacht kann sich derjenige nicht berufen, der zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts weiß oder wissen muß, daß die kundgegebene Vollmacht nicht erteilt ist oder daß die erteilte Vollmacht nichtig oder anfechtbar ist. Nur dann schadet das Wissen oder Wissenmüssen des Dritten davon, daß eine der Kundgebung entsprechende gültige Bevollmächtigung nicht vorliegt, nichts, wenn der Vertretene die Kundgebung erlassen hat, obwohl er wußte, daß sie den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprach und die Ausnutzung derselben durch den Vertreter gebilligt hat, oder der Dritte ohne Fahrlässigkeit das Vorliegen eines solchen Falles annehmen durfte.

§ 174. Der § 174 gilt nicht für Erklärungen mit Amtsadresse. *Siber, Buchrechtsgeschäft 156.

§ 175. R. **09** Ziff. 632 (Hamburg). Aus § 175 folgt lediglich, daß der Bevollmächtigte nach dem Erlöschen der Vollmacht das Original der Vollmachtsurkunde dem Vollmachtsgeber zurückzugeben hat. Weder ist darüber etwas bestimmt, ob der Bevollmächtigte Abschriften oder beglaubigte Abschriften von der Urkunde nehmen darf, noch darüber, ob, wie die Originalurkunde, so auch etwa genommene einfache oder beglaubigte Abschriften nach Erlöschen der Vollmacht zurückzugeben sind.

§ 177. a) **RG.** R. **09** Ziff. 1452. Die nachträgliche Genehmigung bewirkt den Vertragsabschluß mit dem Inhalte, der zuletzt den Gegenstand der Einigung zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Gegner bildete; eine abweichende Meinung des Genehmigenden ist belanglos. **b) RG.** R. **09** Ziff. 3304. Hat bei bestehender Kollektivvertretung nur einer der Vertreter den Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertrag wirksam, sobald der andere Vertreter ihn, wenn auch nur stillschweigend, genehmigt. Denn die Vorschrift des § 177 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der Vertragschließende für jemand handelt, der selbst als Vertragspartei in Betracht kommt, umfaßt vielmehr auch den Fall, daß der Vertragschließende für den Vertretenen auch nur wieder in seiner Eigenschaft als Vertreter der Vertragspartei handelt.

§ 179. I. 1. *Jehle, Vollmacht 28, 57 ff., 87 Ist die Vollmacht erklärt worden durch Erklärung gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung

stattfinden soll, und hat der Dritte den Vertreter erst von der ihm gegenüber erfolgten Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt, also selbst und allein Vertretungsmacht behauptet und dadurch den Vertreter zur Vornahme eines Ausführungsgeschäfts veranlaßt, so wird im Falle der Nichtigkeit der Vollmachtserteilung die Inanspruchnahme des Vertreters, der selbst den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, vielfach gegen Treu und Glauben im Verkehre verstoßen und daher eine exceptio doli begründet sein (§§ 157, 242, 320 Abs. 2 BGB.).

2. Hepner. Als nicht ermächtigter Bote ist jeder anzusehen, der als Bote auftritt, ohne von dem angeblichen Absender eine Botschaft erhalten zu haben. Die Äußerung dieser Person ist — im Gegensatze zu der des Vertreters ohne Vertretungsmacht — einer Genehmigung nicht fähig. Hat der Mittelsmann eine Botschaft zur Beförderung erhalten, ist dieselbe aber rechtlich unwirksam, so gelten für die Genehmigung bzw. Bestätigung die gewöhnlichen Regeln, die ohne Vorhandensein eines Boten zur Anwendung kommen würden. Das gleiche Resultat ergibt sich — allerdings mittels einer anderen Konstruktion — bei der Vertretung. Die Haftung des Boten, welcher gar nicht ermächtigt ist oder dessen unwirksame Ermächtigung nicht nachträglich Gültigkeit erlangt hat, gegenüber dem Dritten bestimmt sich lediglich nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Trifft daher den Boten kein Verschulden, so ist er nicht verantwortlich, während er als Vertreter das negative Interesse ersetzen müßte. Für dieses braucht der Bote nur dann aufzukommen, wenn ihm vorsätzliche Schädigung nachzuweisen ist; der Vertreter müßte im entsprechenden Falle erfüllen oder das positive Geschäftsinteresse ersetzen. Der fahrlässige Mittelsmann bildet eine besonders häufige Spezies. Ist er Vertreter, so muß er dem Dritten wieder das negative Interesse vergüten; als Bote dagegen haftet er nur insoweit, als er das Eigentum oder ein anderes Privatrecht des Empfängers verletzt.

3. *Herb. Meyer, Publizitätsprinzip 90. Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht geht auf das Veranlassungsprinzip zurück. Siehe die Ausführungen zu §§ 122, 254, 370.

II. 1. **RG.** 2. 4. 09, R. **09** Ziff. 1653. Wenn der Bürgermeister einer politischen Gemeinde für gewisse Geschäfte an die vorgängigen Beschlüsse anderer Organe gebunden ist, er ein solches Geschäft aber, ohne durch einen solchen Beschluß ermächtigt zu sein, abschließt, so liegt ein Fall des § 179 Abs. 1 vor. Hat er gutgläubig gehandelt, so beschränkt sich nach Abs. 2 seine Haftung auf das negative Vertragsinteresse und zwar auch dann, wenn sein Irrtum über die Vertretungsmacht nicht entschuldbar erscheint.

2. R. **09** Ziff. 1840 (Hamburg). § 179 BGB. ist auch anwendbar gegen einen Makler, welcher einen Vertrag vermittelt und für seinen Auftraggeber ohne entsprechende Vollmacht endgültig abgeschlossen hat.

3. **a) RG.** R. **09** Ziff. 1841. Die Bestimmung des § 179 trifft an sich nicht Fälle, in denen der angeblich Vertretene — es war für eine tatsächlich nicht bestehende Gewerkschaft ein Vertrag geschlossen — als ein mögliches Subjekt von Rechten gar nicht besteht. In diesen Fällen ist jedoch eine entsprechende Anwendung des § 179 zulässig. **b)** Vgl. jedoch SeuffA. **64** 218 (Celle). Die Anwendung des § 179 kann nicht in Frage kommen, wenn die Person, namens der jemand nach außen handelnd auftritt, nicht existiert, denn dieser setzt das Dasein derjenigen Person voraus, in deren Namen der Vertreter handelt.

§ 180. *Siber, Buchrechtsgeschäft 158. Satz 2 gilt nicht für Erklärungen mit Amtsadresse.

§ 181. 1. **RG.** (VerSen.) 13. 5. 09, **71** 162, SchlHolstAnz. **09** 347 ff., RJA. **10** 87 ff., ZBlFG. **10** 457 ff. Das Vormundschaftsgericht kann einen für mehrere Mündel bestellten Vormund oder Pfleger nicht ermächtigen, unter Abweichung von der Regel des § 181 im Namen des einen Mündels mit sich selbst als dem Vertreter

des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Rechtsgeschäftliche Handlungen, die das Vormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit vornimmt, können keiner anderen Beurteilung unterliegen als rechtsgeschäftliche Handlungen des Vormundes oder Pflegers. Auch für sie gilt die Vorschrift des § 181 und ebensowenig als das Vormundschaftsgericht dieser Vorschrift zuwider für die mehreren Mündel untereinander ein Rechtsgeschäft abschließen kann, ebensowenig kann es die Vornahme einem anderen Vertreter rechtsgeschäftlich gestatten. Ebenso **RG.** 5. 7. 09, ElsLothrZ. **09** 501 ff., ElsLothrNotZ. **09** 298.

2. ElsLothrZ. **09** 488 (Colmar). Hat ein Bevollmächtigter einen Ersatzbevollmächtigten mit der Wirkung bestellt, daß dieser an seiner Stelle unmittelbarer Vertreter des Auftraggebers wird, so kann er mit dem Unterbevollmächtigten als dem nunmehrigen Vertreter des Auftraggebers einen Vertrag abschließen.

3. **RG.** 14. 6. 09, JW. **09** 453, R. **09** Ziff. 2227. Der Bürgschaftsvertrag ist ein Recht zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger; der Schuldner ist bei dem Vertragsabschlusse rechtlich nicht beteiligt. Der § 181 steht daher einem Vertrage durch den der Schuldner als Vertreter eines anderen für diesen dem Gläubiger gegenüber die Bürgschaft übernimmt, nicht entgegen.

4. R. **09** Ziff. 7 (Naumburg). Der Vater darf über ein Sparkassenguthaben seiner minderjährigen Tochter für seine persönlichen Zwecke nicht verfügen. Ebensowenig wie er sich selbst aus dem Vermögen des Kindes ein Darlehen nehmen kann, ebensowenig kann er dies Vermögen zur Sicherheit für ein ihm von anderer Seite gewährtes Darlehen benutzen. Es liegt ein Kontrahieren des gesetzlichen Vertreters mit sich selbst vor, wenn er die Abtretung des Sparkassenguthabens an den Darlehnsgeber genehmigt.

5. **a) RG.** JW. **09** 667, R. **09** Ziff. 2916. Der Geschäftsführer einer GmbH. kann nicht in eigener Person einen ihm gehörigen Wechsel, auf dessen Herausgabe die Gesellschaft keinen Anspruch hat, auf diese übertragen. **b)** KGJ. **37** A 283 ff., SeuffBl. **09** 640 (KG.). Der Geschäftsführer einer GmbH. kann nicht zu seinen Gunsten auf Grundstücken der Gesellschaft Hypothek bestellen. **c) OLG. 19** 297 (KG.). Der Abschluß eines Vertrags über Gründung einer GmbH. untersteht nicht dem § 181. **d) RG.** R. **09** Ziff. 209. Zwischen A. als Vermieter und B. als Mieter war vereinbart worden, daß nicht B., sondern die GmbH., deren Geschäftsführer A. war, die Mieten zahlen sollte. In solchem Falle kann aus § 181 BGB. nicht ohne weiteres die Nichtigkeit auch der behaupteten Schuldentlassung des B. gefolgert werden. **e) RG.** R. **09** Ziff. 422. Ein Prokurist, welcher bei einer Bank für sich persönlich ein Darlehen aufnimmt und gleichzeitig für das Darlehen als Vertreter der beklagten Firma, deren Prokura er hat, die Bürgschaft übernimmt, hat nicht als Vertreter des Beklagten mit sich selbst im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, sondern zwei besondere Rechtsgeschäfte mit derselben dritten Person in jedesmal verschiedener Eigenschaft. Die beklagte Firma wird durch diese Bürgschaftsübernahme ihres Prokuristen an sich verpflichtet. Hat jedoch der Prokurist seine Vertretungsmacht mißbraucht, ohne Wissen und Willen der Beklagten die Bürgschaft übernommen und war dieses der klagenden Bank bei Vertragsschluß bekannt, so steht dem Anspruche der Klägerin aus der Bürgschaft die Einrede der Arglist entgegen.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§§ 182 ff. *Siber, Buchrechtsgeschäft. 1. Die Zustimmung zu grundbuchrechtlichen Verfügungen bedarf, wenn sie unmittelbar an das Grundbuchamt erklärt wird, der nach § 29 GBO. zum Nachweise der Eintragsgrundlage erforderlichen Form, also mindestens der Beglaubigung. (62 ff.).

2. Während Vertragsantrag und -Annahme nach der Tendenz des Gesetzes im gewollten Zusammenhang miteinander stehen, will das Gesetz einen inneren Zu-

sammenhang zwischen Haupterklärung und Zustimmung nicht erzielen. Auch der Aufhebungsverzicht des Gläubigers auf die Hypothek bildet nicht zusammen mit der Zustimmung des Eigentümers (§ 1183) eine Einigung, sondern er ist ein einseitiges, aber zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft (117 f.).

3. Die Zustimmung ist nicht Rechtsbedingung des Geschäfts (vgl. o. zu §§ 158 ff. Ziff. 2 b), auch nicht ein selbständiges Rechtsgeschäft neben den Haupterklärungen, sondern bloßer Bestandteil des aus Haupterklärungen und Zustimmung zusammengesetzten Rechtsgeschäfts. Nicht richtig ist, daß die Zustimmung stets eine von der der Haupterklärungen verschiedene Rechtswirkung habe; vielmehr hat nur der jeweilig vorausgehende Bestandteil, gleichviel ob Haupterklärung oder Zustimmung, eine Vorwirkung, während die Wirkung des nachfolgenden restlos in der Gesamtwirkung des Rechtsgeschäfts aufgeht. Jene Vorwirkung berechtigt nicht, den vorausgehenden Akt für sich allein als Rechtsgeschäft zu betrachten; sonst wäre auch der Vertragsantrag als die vorausgehende der beiden Vertragserklärungen schon für sich allein ein Rechtsgeschäft. Die Zustimmung bildet vielmehr mit der Haupterklärung, zu der sie erteilt wird, einen ungleichartigen Gesamtakt (135—142).

Die Vorwirkung der vorausgehenden Zustimmung ist eine Ermächtigung (142 f.). Vorwirkung der vorausgehenden Haupterklärung ist z. B. die Wirkung der zwischen dem Schuldner und dem Dritten vereinbarten Schuldübernahme bis zur Genehmigung des Gläubigers (§ 415 Abs. 1 Satz 1), die Wirkung der Bestellung und Eintragung einer Inhabergrundschuld vor der Staatsgenehmigung (Entstehung einer Eigentümergrundschuld) (142 ff.). Vgl. o. zu §§ 104 ff.

§ 182. 1. *Siber, Buchrechtsgeschäft 77 f., 154 f. Die Zustimmung zu grundbuchrechtsgeschäftlichen Erklärungen kann an den Urheber der Haupterklärung oder unmittelbar an das Grundbuchamt gerichtet werden.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1842. Die Bestimmung des § 182 BGB. ist nicht anwendbar auf den Fall, daß der Dritte zur Wirksamkeit eines Vertrags als Mitvertragschließender in den Vertrag einzutreten hat, so wenn ohne Mitwirkung des Vermieters zwischen Mieter und Untermieter verabredet ist, daß unter Ausscheiden des Mieters aus dem Mietverhältnisse der Untermieter als unmittelbarer Mieter des Vermieters gelten solle. Die zur Wirksamkeit des Vertrags erforderliche Mitwirkung des Vermieters kann nicht durch eine nachträgliche Genehmigung des Vermieters ersetzt werden.

§ 183. *Siber, Buchrechtsgeschäft 101 ff., 145 ff. Die Einwilligung zu Grundbuchrechtsgeschäften wird nicht schon mit der Haupterklärung, sondern erst mit der Eintragung unwiderruflich, weil solche Rechtsgeschäfte erst mit dieser „vorgenommen" sind.

§ 184. **RG.** IDR. 7 Ziff. II 2 zu § 184, auch SeuffBl. **09** 273 ff., ZBlFG. **9** 663 ff.

§ 185. **RG.** R. **09** Ziff. 210. Hat der Verkäufer sich bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an der Ware vorbehalten, duldet er dann aber, daß der Käufer an der Ware einem Dritten ein, wie ihm bekannt, unbedingtes Pfandrecht bestellt und die Ware dem Dritten in Pfandbesitz gibt, so erwirbt der Dritte auch dem Eigentümer gegenüber ein wirksames Pfandrecht.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

Literatur: Rutz, Die Systematik gesetzlicher Fristbestimmungen und ihre Bedeutung für die Praxis, SeuffBl. **09** 263—270.

§ 193. 1. *Rutz, SeuffBl. **09** 263 ff. § 193 ist auf Verjährungsfristen nicht anwendbar, da Tatbestand der Verjährung weder Willenserklärung noch Leistung, sondern das „Verjähren", id est „Altern", Bestehen eines Rechtes. Näheres s. IDR. **5** zu § 193.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 474, HoldhMschr. **09** 186. Die Vorschrift des § 193 BGB. ist nur eine Auslegungsregel, also nur bei Zweifelhaftigkeit einer Willenserklärung anwendbar.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Rutz, Zum Begriffe der Verjährung, ABürgR. **33** 302—306.

§§ 194 ff. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 395 ff., über Verjährung bei kumulativer Schuldübernahme.

2. Begriff der Verjährung. Rutz, ABürgR. **33** 302 ff. Verjährung im Rechtssinn ist das mit irgendeiner Rechtswirkung ausgestattete Bestehen eines Rechtes (event. sogar seiner Voraussetzungen) während einer Frist. Es kommt also nicht auf den bloßen Zeitablauf oder die Ausübung des Rechtes oder den Eintritt von Unterbrechungsgründen usw. an.

§ 194. 1. Beweislast bei der Verjährung. **a)** Meyer, R. R. **09** 26 ff. Bei der Einrede der Verjährung hat der Beklagte die Beweislast für Voraussetzungen seines Weigerungsrechts, also für die Entstehung der Forderung zu einer Zeit, daß seitdem die Verjährungszeit verstrichen ist. **b)** Dagegen Elias, R. **09** 174 f. In der Regel hat gegenüber der Einrede der Verjährung der Kläger die Beweislast des Beginns der Verjährung. Fallen jedoch der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs und des Beginns der Verjährung auseinander, so muß — da es sich um eine wahre exceptio handelt — der Beklagte beweisen, wann die Verjährung zu laufen oder neu zu laufen begonnen hat. **c)** Hölder, R. **09** 421 ff. (vgl. auch schon LeipzZ. **07** 537, JDR. **6** Ziff. 1 u. 4). Dem sich auf Verjährung berufenden Beklagten gegenüber ist der Beweis der von ihm bestrittenen Entstehung des Anspruchs nur dann als geführt anzusehen, wenn die diesen begründenden Tatsachen sich als noch unverjährt ergeben. Haben sie insbesondere seine Entstehung nur begründet in Ermangelung solcher Tatsachen, die sie gehindert haben, so genügt die Ungewißheit darüber, ob nicht jene und damit eventuell auch diese um eine die Verjährungsfrist übersteigende Zeit zurückliegen, dafür, daß dem Beklagten gegenüber der Beweis der Entstehung des Anspruchs nicht durch den Beweis jener geführt ist. Etwas anderes ist es, wenn der Beklagte nicht die vom Kläger behaupteten Tatsachen selbst bestreitet, sondern nur behauptet, daß sie einer um die Verjährungsfrist zurückliegenden Zeit angehören. Diese Behauptung ist auch dann, wenn der Kläger eine bestimmte Zeit derselben behauptet hat, nie eine bloße Bestreitung seiner Behauptung.

§ 196. 1. Hölder, Zur zweijährigen Verjährung des BGB., ABürgR. **33** 325—327, gegen Francke aaO. **32** 369 (JDR. **7** Ziff. I 1, vgl. auch **6** Ziff. I). Die zweijährige Verjährung bezieht sich nur auf einen Anspruch aus gewährtem Kredite, der im Falle einer zu vergütenden Leistung nur gewährt ist durch deren Vollziehung ohne bereits erfolgte oder gleichzeitig erfolgende Vergütung, dagegen weder durch die unterbliebene Beitreibung der für noch nicht erfolgte Leistung bereits geschuldeten Vergütung durch die unterbliebene Geltendmachung des der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ausgesetzten Anspruchs, die ohne Bereitschaft zur nunmehrigen Gegenleistung die Beitreibung der Vergütung gar nicht ermöglicht.

2. Ziff. 1. **a)** Sieskind, DJZ. **09** 1324. Auch der Anspruch eines Kaufmanns auf Abnahme der Kaufsache unterliegt der kurzen Verjährung des § 196 Ziff. 1, da die Verpflichtung zur Abnahme nur eine Nebenverpflichtung gegenüber der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises als der Hauptleistung darstellt. **b)** KGBl. **09** 89 (LG. I Berlin). Auch die Ansprüche des Kommittenten unterliegen der kurzen Verjährungsfrist, denn auch die kommissionsweise Überlassung von Waren ist als eine Lieferung anzusehen. **c)** SeuffA. **64** 365 (Braunschweig). Kurze Verjährung aller aus dem Kommissionsvertrage entsprungenen Ansprüche des Kommissionärs.

3. Ziff. 3. EisenbE. **25** 278, WürttJ. **21** 140 (Stuttgart). Nicht nur die Fracht, sondern auch die damit zusammenhängenden Nebenforderungen (Auslagen usw.) der Eisenbahnen, Frachtführer usw. fallen unter Ziff. 3.

4. SeuffA. **64** 365 (Braunschweig). Ist verabredet, daß dem Kommissionär außer der gewöhnlichen Provision auch die von ihm erzielten Überpreise und die von den Käufern zu zahlende Kundenprovision zugute kommen sollen, so verjähren auch diese Ansprüche des Kommissionärs in vier Jahren.

§ 197. *1. Rutz, BayRpflZ. **09** 46 f. Umfang des Anwendungsgebiets auf öffentlich-rechtl. Ansprüche: alle von vornherein fest geregelten, auf gleichmäßige Wiederkehr gerichteten öffentlich-rechtl. Ansprüche fallen unter § 197. Somit neben Gehaltsansprüchen aller Beamten auch die öffentlich-rechtlichen „Kirchtrachten", Reichnisse, Läutgarben der Geistlichen im hohen oder niederen Kirchendienste, der Schullehrer, öffentlich-rechtliche Ansprüche der Pfründestiftungen oder der Kirchenstiftungen auf Unterhaltsbeiträge an die Amtsinhaber. Nicht unter § 197 fallen alle Ansprüche, die nicht regelmäßig wiederkehrende, im voraus feststehende Leistungen betreffen, wie Steuern, Umlagen ꝛc. § 197 bewirkt somit einen Eingriff auch in das formelle Verwaltungsrecht, da § 222 verwaltungsrechtl. Offizialberücksichtigung der Verjährung ausschließt. Das Verjährungsrecht dieser öffentlichen Ansprüche ist somit ferner Gesetzesrecht nach BGB., für Analogierecht ist kein Raum mehr. Ebenso Dyroff, Komm. z. BayVerwGerGes. zu Art. 11 Ziff. 13. AM. BayVerwGerH. **25** 408.

2. Hasse, R. **09** 245 f. Der Anspruch auf Zinsen gegen den Wechselakzeptanten verjährt in 3 Jahren (Art. 77 WO.); die Verjährungsvorschrift des § 197 BGB. ist für ihn nicht maßgebend. Ebenso H. Meyer, R. **09** 287.

3. Über die Bedeutung des Anspruchs auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen vgl. KG., KGBl. **09** 18.

§ 198. PosMschr. **12** 66 (Königsberg). Die Verjährung des Anspruchs des Grundstückskäufers gegen den Verkäufer auf Wegschaffung einer nicht übernommenen Hypothek beginnt schon vor der Auflassung.

§ 203. PosMschr. **09** 148 (Königsberg). Die Wechselverjährung wird nicht dadurch gehemmt, daß im Laufe des Wechselprozesses der Wechsel von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmt wird.

§ 208. 1. * Adler, GoldschmidtsZ. **65** 173. Durch Ausstellung, Akzeptation oder Indossierung eines Wechsels wird die Verjährung des der Wechselzeichnung zugrunde liegenden Kausalanspruchs unterbrochen.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 398. Anerkennung auch durch entsprechende Erklärung gegenüber dem nach § 840 ZPO. befragenden Gerichtsvollzieher.

§ 209. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 174. Durch Erhebung der Wechselklage wird die Verjährung des dem Wechselanspruche zugrunde liegenden Kausalanspruchs unterbrochen, sofern der Wechselgläubiger gleichzeitig Kausalgläubiger und der verklagte Wechselschuldner gleichzeitig Kausalschuldner ist. Ebenso: **RG. 54** 221. AM. z. B. Staudinger, Anm. 1 zu § 209; Planck, Anm. 1 zu § 209.

2. **RG. 71** 73. Ist hinsichtlich eines Schuldverhältnisses vom Schuldner die negative Feststellungsklage erhoben, so wird durch den Antrag des Gläubigers auf Abweisung der Klage die Verjährung seines Anspruchs nicht unterbrochen (vgl. **RG. 60** 387).

§ 214. **RG.** JDR. **7**, jetzt eingehender auch HansGZ. **09** Beibl. 119.

§ 218. **RG.** 28. 11. 08, **70** 68, JW. **09** 43. Zwar verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch erst in 30 Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Die Ausnahme betrifft aber nur rechtskräftig festgestellte rückständige Leistungen (JW. **05** 335). Sind im Urteile dem Kläger Zinsen auch für die

Zeit nach dem Urteile zugesprochen, so bewendet es daher insoweit gemäß § 218 Abs. 2 bei der kürzeren Verjährungsfrist des § 197 BGB.

§ 222. Genügt formloses vertragsmäßiges Anerkenntnis? (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. III, **7** Ziff. 2) KGBl. **09** 82 (KG.) Das vertragsmäßige Anerkenntnis nach Vollendung der Verjährung bedarf der Schriftform.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 226. 1. *Wahl, RheinZ. **1** 278—285, über Haftung wegen Streiks aus dem Gesichtspunkte der Schikane.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 9, WarnE. **2** 67. Hat der Eigentümer eines Hauses sich dem Mieter des Ladenlokals gegenüber verpflichtet, nicht zu dulden, daß Firmenschilder und Schaukästen anderer Firmen an der Fassade des Hauses angebracht werden, so kann das Verlangen des Mieters auf Beseitigung der gleichwohl angebrachten Firmenschilder nicht damit abgewendet werden, daß der Mieter durch die Schilder in keiner Weise gestört werde und sich sein Verhalten als schikanöse Rechtsausübung darstelle.

3. R. **09** Ziff. 1843 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 226 ist gegenüber einem städtischen Wegerecht auch dann nicht anwendbar, wenn die Annehmlichkeit der Benutzung zufolge baulicher Änderungen (Zumauern eines Teiles des benutzten Bogenganges) auf ein ganz geringes Maß gesunken ist.

4. ElsLothrZ. **09** 319 (Colmar). Der Einwand der Schikane entfällt überall da, wo ein berechtigtes Interesse besteht, sein Eigentum vor Beschädigungen zu schützen und dadurch Störungen und Unterbrechungen seines Gewerbebetriebs zu verhüten.

§ 228. 1. Verhältnis des § 228 zu § 904. **RG.** 8. 5. 09, JW. **09** 387 f., R. **09** Ziff. 1844. Eine drohende Gefahr berechtigt nach § 904 BGB. nur ganz ausnahmsweise zu einem Eingriff in das Eigentum eines anderen, nämlich nur, wenn es sich um den Schutz eines erheblich höherwertigen Gutes handelt und nur gegen volle Entschädigung. Der § 228 BGB. gestattet dagegen die Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache ohne jede Entschädigung und er erfordert, daß der entstehende Schaden nur nicht außer Verhältnis zur drohenden Gefahr steht. Dieses überaus weitgehende Recht gibt das Gesetz aber nur dann, wenn die Gefahr durch die Sache, d. h. durch unmittelbare Einwirkung der Sache droht. Dies ist nicht der Fall, wenn bei einer infolge eines Wolkenbruchs eingetretenen Überschwemmung das Wasser durch einen im fremden Eigentume stehenden Damm am Abfließen gehindert wird; hier ist nicht der Damm die Quelle der Gefahr, sondern der Niedersturz der Wassermengen. Dem Eigentümer der überschwemmten Grundfläche steht daher ein Recht, den Damm zu durchstechen, nicht aus § 228 zu, sondern höchstens aus § 904 BGB.

2. **RMG. 12** 141 ff. Es sind alle rechtlichen Interessen nach § 228 schutzfähig, welche überhaupt gefährdet werden können. Die Gefahr muß durch die Sache selbst drohen. Dagegen braucht die durch die Notstandshandlung geschützte Sache nicht unmittelbar, sondern kann auch mittelbar Gegenstand des rechtlichen Interesses sein, auch macht es keinen Unterschied, ob die Gefahr dadurch begründet wird, daß ein entstehender Schaden oder dadurch, daß ein entgehender Gewinn droht. Die Gefahr muß aber eine unmittelbar bevorstehende sein, bloße Möglichkeit einer in absehbarer Zukunft eintretenden Gefahr ist nicht genügend. — Die Tötung von Hauskatzen, welche in Gärten sich aufhaltenden Singvögeln nachstellen, ist unter den sonstigen Voraussetzungen des § 228 nicht widerrechtlich.

§ 231. *Meyer, Publizitätsprinzip 90. Die Haftung des in irriger Annahme berechtigter Selbsthilfe handelnden Täters beruht auf dem Veranlassungsprinzipe. Vgl. oben zu § 122 Ziff. 1 u. unten zu § 254 Ziff. 1a.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung: Die „Freirechtslehren", über die in der Vorgruppe zu §§ 241 ff. berichtet ist, haben lebhafte literarische Erörterung gefunden. Bei der Vielseitigkeit und Allgemeinheit der in Betracht kommenden Probleme, die vielfach über die Grenzen nicht nur des bürgerlichen Rechts, sondern des geltenden Rechts überhaupt hinausgehen, konnte über den Inhalt der einschlägigen Werke wesentlich nur unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung für das bestehende Zivilrecht berichtet werden. Als der Entschiedenste unter den Vertretern einer freien Rechtsfindung ist der bereits früher hervorgetretene Ernst Fuchs zu nennen, der an Stelle des „pandektologischen" BGB. und der „konstruktiven Art seiner Anwendung" die „soziologische" Methode in Gesetzgebung und Rechtsprechung durchgeführt wissen will. Ihm tritt namentlich Düringer in dem inhaltreichen Werke „Richter und Rechtsprechung" gegenüber; zum gleichen Thema äußern sich Heck, Mitteis, Sohm und Vierhaus, während Rundstein eine Richtung der freien Rechtsfindung weiter ausbaut. — „Schuld und Haftung" behandelt Dümchen (Vorgruppe Ziff. 2), Lesser untersucht den Inhalt der Leistungspflicht nach seinen Modalitäten, Probleme, deren Bedeutung namentlich in der Lehre von der Unmöglichkeit und dem Verzuge liegt (vgl. zu §§ 241 ff., § 275 u. öfters). Zu § 249 nehmen Schreiber und Eccius Stellung zu der Auffassung des RG. (**63** 268) über den Schadensersatzanspruch des arglistig getäuschten Vertragsteils nach Ablauf der Anfechtungsfrist. — Zu §§ 254, 276 nimmt die Zahl der Einzelfälle aus der Judikatur weiter zu; ein sichtlicher Übelstand in der Rechtsprechung zu § 273 ist die nach wie vor bestehende Meinungsverschiedenheit über die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Forderungen. Die Bedeutung des § 278 ist literarisch wieder in erster Linie für das Gebiet des Versicherungsrechts untersucht worden. Zur Lehre vom Verzuge liegen Selbstberichte von Siber und Frankenburger vor.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Literatur: Böhm, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens, JW. **09** 9. — Danz, Das Entstehen neuer Rechtssätze in der Gegenwart ohne staatliche Gesetzgebung, R. **09** 225—229. — Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten. IheringsJ. **54** 355—468. — Düringer, Richter und Rechtsprechung. Leipzig 1909. — Ernst Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz. Karlsruhe 1909. — Derselbe, Die Erneuerung unseres Rechtslebens, HoldheimsMSchr. **08** 161—172, 189—200, 265—278, **09** 1—16, 29—53. — Derselbe, Konstruktionsjustiz oder Interessenjustiz? WürttRpflZ. **2** 1—10. — Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen? DJZ. **09** 1457—1461. — Holländer, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens, JW. **09** 93—94. — Krückmann, Gefälligkeitsverträge, SeuffBl. **09** 113—120, 153—160. — Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht, Beitrag zur Lehre von den Schuldverhältnissen nach bürgerlichem Rechte (Heft 29 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes). Breslau 1909. — Lewy, Ein neues Recht zur Sache? DJZ. **09** 486, 487. — Mitteis, Freirechtslehren und Juristenzunft, DJZ. **09** 1038—1042. — Mitter, Ein neues „Recht zur Sache", DJZ. **09** 375, 376. — Rogowski, Auf welcher gesetzlichen Grundlage beruht der Schadensersatz-Anspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungs-Obligationen und weshalb trifft den Gläubiger die Beweislast für die Zuwiderhandlung? ACivPr. **104** 303—338. — Rundstein, Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewußtseins, ABürgR. **34** 1—40. — Sohm, Über Begriffsjurisprudenz, DJZ. **09** 1019—1024. — Vierhaus, Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege, DJZ. **09** 1169—1175.

Zu §§ 241 ff. 1. Auslegung (s. JDR. **7** Ziff. 1, **6** zu §§ 241 ff., **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). a) Fuchs, Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz u. HoldheimsMSchr. aaO. Verf. bekämpft das Recht des BGB. als „pandektologisch" und die Art seiner Anwendung durch den Richter als formalistische Konstruktionsjurisprudenz. Er stellt dem die „soziologische" Methode in Ge-

setzgebung und Rechtsanwendung gegenüber, die er in dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch anerkannt findet. Als Forderungen dieses „juristischen Modernismus" stellt er für das Gebiet der dispositiven Rechtsnormen de lege ferenda folgende auch bei Anwendung des geltenden Rechtes zu beachtende Sätze auf: Der Entscheidung ist die Verkehrssitte zugrunde zu legen, außer wenn diese sich als ein gegen die guten Sitten verstoßender Mißbrauch darstellt. Läßt sich eine hiernach maßgebende Verkehrssitte nicht feststellen, so folgt der Richter den im Rechtsbuche — der Kodifikation der dispositiven Normen — aufgestellten Regeln. Kann dem Rechtsbuch eine Regel nicht entnommen werden oder wäre ihre Anwendung auf solche Fälle wie den streitigen nach dessen besonderen Umständen bei Abwägung aller einander gegenüberstehenden Interessen offenbar ungerecht, so soll der Richter nach der Regel entscheiden, die er vom Standpunkte der allgemeinen Wohlfahrt aus für solche Fälle als Gesetzgeber aufstellen würde. Nach einer Eventualformulierung des letzten Satzes soll für den Fall der offenbaren Ungerechtigkeit die vom Standpunkte der allgemeinen Wohlfahrt aufzustellende Regel dann Platz greifen, wenn die Anwendung der gesetzlichen Regel als so offenbare Ungerechtigkeit empfunden würde, daß anzunehmen ist, das Gesetz habe bei seiner Regel an solche Fälle nicht gedacht (Gemeinschädlichkeit 14 f., HoldheimsMSchr. **08** 166 f.). — Siehe auch Fuchs, WürttRpflZ. aaO. **b)** Gegen Fuchs, Gemeinschädlichkeit (oben a) verteidigt Vierhaus aaO. die sog. konstruktive Methode der Jurisprudenz. **c)** Gegen Fuchs ferner Düringer aaO., bes. 60 ff. **d)** Düringer aaO. setzt sich zunächst mit den Anhängern der „freien Rechtsfindung", insbesondere in der Frage der Interessenabwägung, auseinander; die Forderung, daß der Richter grundsätzlich unter Abwägung der Werte und Interessen entscheiden solle, wird abgelehnt (1 ff.). Es wird ferner die Stellung des Richters zum Gesetz untersucht mit dem Ergebnisse, daß die gesetzgeberische Funktion der Rechtsprechung nur eine subsidiäre, das Gesetz ergänzende sein kann und nur zu dem erkennbaren Willen und Zwecke des Gesetzes in Widerspruch treten darf; Bedeutung von Gesetzesmaterialien und Präjudizien (13 ff.). In der Rechtsprechung ist, wie mit Rücksicht auf die rechtliche Bedeutung der Verkehrssitte (§§ 157, 242) gezeigt wird, die doktrinäre Richtung zu meiden und die wissenschaftliche zu befolgen; diese schöpft aus allen Quellen menschlicher Erkenntnis, sie fragt nach dem praktischen Resultat einer Rechtsauffassung und prüft, ob dieselbe mit dem Zwecke des Gesetzes und den Bedürfnissen des Lebens in Einklang steht (25 ff.). **e)** Sohm aaO. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung müssen in erster Linie von der Begriffsjurisprudenz bestimmt werden. Die juristischen Begriffe werden benötigt lediglich als Form der Darstellung und damit zugleich als das Mittel, welches die Handhabung des Rechtes, insbesondere auch für unmittelbar noch nicht geregelte Fälle, erleichtert. Jedoch ist der Satz zu beachten: non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat. Das jus quod est ist das Recht, das dem Einzelfall als solchem zukommt, das praktisch notwendige Recht, welches zu uns durch die Forderungen spricht, die die Interessenlage des Einzelfalls an die Gerechtigkeit erhebt. Die Begriffsjurisprudenz muß sich daher mit der Erkenntnis der praktischen Interessen verbinden, die den Inhalt des werdenden Rechtes bestimmen, ohne daß jedoch der Zusammenhang mit dem alten Rechte gelöst werden darf. **f)** Mitteis aaO. nimmt Stellung zu dem gegen die gegenwärtige Zivilistik erhobenen Vorwürfe des Buchstabenglaubens, des scholastischen Begriffskultus, romanisierenden Charakters und des mangelnden Verständnisses für die Forderungen des Lebens. **g)** Heck aaO. Unter der — zu bekämpfenden — Begriffsjurisprudenz im techn. Sinne ist nicht eine „mit Begriffen arbeitende" Jurisprudenz (Sohm [oben e], Vierhaus [oben b]), sondern diejenige Richtung der Jurisprudenz zu verstehen, welche die allgemeinen Gebotsbegriffe als Grundlage derselben Rechtssätze behandelt, durch

deren Zusammenfassung sie tatsächlich entstanden sind. Bei dieser Richtung findet ein Inversionsverfahren statt, welches bei der Rechtsprechung in der Weise angewendet wird, daß bei zweifelhaften Fragen die vorhandenen Rechtssätze zu einem Begriffe zusammengefaßt, dieser Begriff genau formuliert (Konstruktion) und dann aus der Formulierung die Entscheidung abgeleitet wird (Rechtsfindung durch Konstruktion; Formelverwertung). Dieses Inversionsverfahren ist logisch nicht zu rechtfertigen und führt zu nachteiligen Ergebnissen für die Rechtspflege. Die richtige Ergänzung der Rechtslücken erfolgt nicht durch Konstruktion, sondern durch Prüfung der Interessen und Abwägung ihres legislativen Wertes nach gesetzlichen Werturteilen. **h)** Rundstein aaO. Das Wesen der Methode der freien Rechtsfindung liegt nicht darin, daß dem Richter gegenüber dem Gesetz eine größere Freiheit überlassen wird, sondern darin, daß die Methode bei Entscheidung von Einzelfällen Maßstäbe aufstellt, deren Inhalt nicht der Rechtssphäre (im „positiven" Sinne) entnommen ist, die vielmehr ethische, wirtschaftliche oder auch politische Werte berücksichtigen. Der Inhalt und das Anwendungsgebiet dieser Maßstäbe (subjektives Rechtsgefühl, Gedanke des „sozialen Ideals", des „normalen Gesetzgebers", der „Förderung der Kulturentwickelung") werden untersucht und dabei auf die Differenzierung des Rechtsbewußtseins je nach den nationalen und sozialen Klassen eines Staates hingewiesen. **i)** Danz aaO. Aus den Verkehrsgewohnheiten der Menschen werden auf rechtsgeschäftlichem Gebiete vom Richter neue Rechtssätze, teils als auslegende (§ 157), teils als ergänzende (§ 242) geschaffen. Bei den Verkehrsgeschäften richtet sich der im konkreten Falle eingetretene Rechtserfolg nicht nach dem, was die eine oder andere Partei sich bei ihrer Erklärung gedacht hat, sondern nach der Deutung, die der Erklärung nach der objektiven Verkehrsanschauung entspricht (JW. **08** 269 Ziff. 2). Ferner stellt das Verhalten der Menschen, die Umstände des Falles — ebenfalls gedeutet nach der objektiven Verkehrsanschauung — ebenso eine Willenserklärung dar, wie die ausdrückliche Erklärung. Der vom Richter aus den Verkehrsgewohnheiten entwickelte Rechtssatz wirkt nur dann nicht, wenn seine Anwendung im Einzelfalle von den Parteien ausgeschlossen wurde. — Verf. erläutert die Anwendung dieser Sätze an Hand der Judikatur des RG. über das Mitfahrenlassen aus Gefälligkeit (§ 833 BGB.).

2. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. Arten (s. JDR. **7** Ziff. 2, **5** Ziff. 2 ff., **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 4). **a)** *Dümchen aaO. Wesen des Schuldverhältnisses: Begriffliche Bestandteile auch der Obligation sind die „Schuld", d. h. die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht, die von dem Zwange begrifflich zu sondern ist, und die „Personenhaftung", d. h. die durch Klage und Zwangsvollstreckung zu realisierende Zugriffsmacht gegen den Schuldner. Die Schuld ist das an den Schuldner ergehende Leistungsgebot, das ihm eine bestimmte „Handlung" oder „Leistung" aufgibt. Nur dann wird die Schuld erfüllt, wenn der Schuldner diese Leistung bewirkt. Dies ist aber bei der Realexekution, wo der Erfolg gegen den Willen des Schuldners herbeigeführt wird, nicht der Fall. Hier verschafft sich vielmehr der Gläubiger durch eigene Tätigkeit, nämlich durch die Durchführung der Haftung einen Ersatz für die Schuldleistung. In der Schuld ist der rechtliche Leistungsbefehl als „Privatnorm" in den Dienst des Gläubigers gestellt. Diesem ist an dem rechtlichen „Leistensollen" ein absolut wirkendes Ausschlußrecht gewährt, das ihm auch gegen Einwirkungen Dritter, soweit sie überhaupt rechtlich möglich sind, Schutz bietet. Die Haftung charakterisiert sich als eine rechtlich geschützte Zugriffsmacht auf das verhaftete Objekt, die in der Regel durch Klage und Zwangsvollstreckung verwirklicht wird. Daß der Gläubiger hierbei an die Mitwirkung öffentlicher Organe gebunden ist, beeinträchtigt nicht die Natur der privatrechtlichen Willensherrschaft. Gegenstand der Personenhaftung ist die Person, und zwar vornehmlich die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Schuldners. Das Vermögen

oder die Vermögensfähigkeit lassen sich aber nicht etwa als von der Person gesonderte, selbständige Haftungsobjekte auffassen. — Grundsätzlich ist jeder Schuldner auch persönlich verhaftet und umgekehrt. Ausnahmen gelten für die Anweisung, insbes. den gezogenen Wechsel, und die Bürgschaft. Der Bürge ist bloßes Haftungsobjekt für eine fremde Schuld. Inhalt und Umfang seiner Haftung bestimmen sich daher lediglich nach der Person des Hauptschuldners. Spiel- und Wettschulden und überhaupt die modernen „Naturalobligationen" sind keine rechtlichen Verpflichtungen, also keine „Schulden", weil hier das Gesetz nicht bloß jeden Zwang versagt, sondern auch die Rechtsnatur der etwa vorhandenen gesellschaftlichen Verpflichtung verneint hat. — Zu scheiden ist zwischen Schuldeinreden und Haftungseinreden. Die Geltendmachung der meisten Einreden beschränkt auch das Leistensollen, also den Inhalt und Umfang der Schuld. Diese Einreden können auch außergerichtlich geltend gemacht werden. Als reine Haftungseinreden, die sich lediglich gegen die Durchführung der betreffenden Haftung, also gegen die Klage und die Zwangsvollstreckung richten, erscheinen z. B. die Einreden der Verjährung, der Vorausklage; auch sind hierher gewisse Abmachungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, Bürgen oder Pfandeigentümer zu rechnen (443 f.). — S. auch zu §§ 1105, 1113 BGB. **b)** Kritiken von Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte (vgl. JDR. **7** zu §§ 241 ff. Ziff. 2 c): vgl. Kiß, GrünhutsZ. **36** 421—425; Fuchs, Gruchots Beitr. **53** 453. **c)** S. auch *Lesser Ziff. 1 zu § 241. **d)** Gefälligkeitsverträge s. zu § 305 Ziff. 1.

§ 241. 1. *Lesser aaO. Der Inhalt jeder Leistungspflicht, auch bei Unterlassungspflichten, bestimmt sich nach den Modalitäten: Gegenstand, Ort und Zeit (1 ff.). Das BGB. verwendet das Wort „Leistung" bald in dem Sinne, daß es sämtliche Modalitäten der Leistung umfaßt, bald aber in dem Sinne von „Gegenstand der Leistung" (6 ff.). — Gegenstand der Leistungspflicht ist die Handlung. Handlung ist 1. das Tun, 2. das Unterlassen. Beide müssen gewollt sein (9 ff.). Tun ist a) ein lediglich seelischer Vorgang — dieser kann allein nicht den Gegenstand der Leistungspflicht ausmachen — (10), b) eine sich aus Willensanspannung, Nervenreiz und Muskelzusammenziehung zusammensetzende Körperbewegung (11 ff.). Nicht als ein Tun sind Reflex- und passive Bewegungen anzusehen. Unterlassen ist Unterdrückung der Neigung zum Tun, und zwar a) ein lediglich seelischer Vorgang — dieser kann bereits den Gegenstand der Leistungspflicht ausmachen — (22), b) α. Abbruch einer begonnenen Körperbewegung (23 ff.), β. Verhinderung einer Reflexbewegung. Verhinderung einer passiven Bewegung ist kein Unterlassen, sondern ein Tun (25). Unterlassen während bestimmter Zeit bedeutet nicht, daß ununterbrochen die Neigung zum Tun unterdrückt wird, sondern, daß sie so oft unterdrückt wird, als sie während der Zeit auftritt (29 ff.). Eine fahrlässige Unterlassung liegt in dem Falle vor, daß jemand die Neigung zum Tun willentlich unterdrückt, aber eine gewisse Folge dieser Unterdrückung nicht will. Bei reiner Passivität liegt keine fahrlässige Unterlassung vor (31). Die den Gegenstand der Leistungspflicht bildende Handlung wird regelmäßig ein sachliches oder rechtliches Substrat haben. Das Tun mit Bezug auf ein Recht heißt „Willenserklärung". Die Bewirkung eines Erfolges in diesem Substrate kann als eine einzige Handlung angesehen werden, ohne Rücksicht auf die einzelnen Bemühungen des Handelnden, schließlich auch, besonders bei Unterlassenspflichten, ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt Bemühungen vorgenommen sind. Dies führt bei Unterlassungen dahin, daß bisweilen von einem Unterlassen schon dann gesprochen wird, wenn der Sprecher der Ansicht ist, daß die Neigung zum Tun aufgetreten und unterdrückt worden, tatsächlich aber gar nicht aufgetreten ist. Man gelangt so zu einem uneigentlichen Begriffe des Unterlassens: „Untätigbleiben, wo eine Pflicht zum Tätigwerden besteht" (34, 39). Als Gegenstand der Leistungspflicht kann die Handlung Selbstzweck oder Mittel zum Zwecke sein. Dem-

gemäß sind Leistungen mit absolutem und relativem Inhalte zu unterscheiden, je nachdem die Handlung unabhängig davon gedacht ist, daß sie den Gläubiger zu einem bestimmten Verhalten seinerseits in den Stand setzt, oder letztere Bestimmung nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses in sich trägt. Entsprechend zerfallen die Verpflichtungen zu einem Tun in solche zu einem absoluten und zu einem relativen Tun; erstere sind als Pflichten zu einem eigentlichen Tun, letztere als Gewährungspflichten (z. B. Pflicht des Vermieters) zu bezeichnen. In ähnlicher Weise zerfallen die Unterlassenspflichten in solche zu einem absoluten und zu einem relativen Unterlassen: Pflichten zu einem eigentlichen Unterlassen und Duldungspflichten (43). Werden mehrere Arten von Handlungen auf Grund eines einzigen Schuldverhältnisses geschuldet, so liegt eine zusammengesetzte Leistung bzw. ein Vertrag mit zusammengesetztem Inhalte vor (60 ff.). Der Inhalt der Leistungspflicht kann nachträglich erweitert werden, indem durch das Vorliegen besonderer Umstände noch Verpflichtungen hinzutreten, sog. zufällige Verpflichtungen (63 ff.). — Keine wirklichen Verpflichtungen sind die sog. „indirekten" Verpflichtungen, welche besser als „Lasten" bezeichnet werden. Sie liegen vor, wenn jemand zwar nicht zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, aber an ihre Nichtvornahme für ihn ein Rechtsnachteil geknüpft ist. Ihr Gegenstück bilden die „Vergünstigungen". „Vergünstigungen" und „Lasten" laufen parallel den „Rechten" und „Pflichten". Gebraucht das Gesetz die Wendung „ist verpflichtet" oder „hat zu", so liegt stets eine „Pflicht", keine „Last" vor (66 ff., 74). — Jede Verpflichtung geht auf die Herbeiführung eines „Erfolges" (84 ff.). Zu erreichen ist ein Erfolg, von der Art, daß eine Handlung vorgenommen ist, welche unter den Begriff der geforderten subsumiert werden kann. Ist die Handlung zu einem Teile vorgenommen, der allein noch nicht unter jenen Begriff subsumiert werden kann, so liegt keine Teilleistung vor. Die natürliche Zusammengesetztheit der Handlung ist für die Frage der Teilbarkeit der Leistung ohne Einfluß (88 ff.). Sind mehrere Arten von Erfolg herbeizuführen (z. B. beim Kaufe), so bewirkt die Herbeiführung einer Art immer einen Teilerfolg, eine teilweise Leistung (92). Auf einen eigentlichen Rechtserfolg kann eine Verpflichtung nicht gehen; lautet sie auf einen solchen, so kann es sich nur um eine juristisch gefärbte Einkleidung einer Verpflichtung handeln, die auf Herbeiführung gewisser Tatsachen lautet, andernfalls sie auf eine von vornherein unmögliche Leistung geht (96 ff.). — Es kann vorkommen, daß die Modalitäten Ort und Zeit einzeln oder gleichzeitig gegenüber dem Gegenstande der Leistung unselbständiger Natur sind, daß durch die Bestimmung des Gegenstandes gleichzeitig Ort und Zeit oder Ort oder Zeit bestimmt sind. Dies ist bei Verpflichtungen zu einer einzigen Handlung ausnahmsweise der Fall, dagegen bei Verpflichtungen zu einer Dauerleistung regelmäßig. Gehört die Zeit zum Gegenstande der Leistung, so ist bei nicht rechtzeitiger Leistung eine Nachholung nicht möglich. (1 ff., 46 ff., 52 ff., 56 ff., 59, 106 ff.)

2. Unterlassung (s. JDR. 7 Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2 sowie zu § 242 Ziff. 1 d, **2** Ziff. 5—7). a) α. Rogowski aaO. (303 ff.). Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassungsobligationen ist aus Schuldnerverzug (§§ 286, 326) zu begründen. β. Rogowski aaO. (330 ff.) untersucht den gesetzgeberischen Gedanken des Satzes, daß bei Unterlassungsobligationen der Gläubiger zur Substantiierung der Ansprüche aus Zuwiderhandlung diese Zuwiderhandlung zu behaupten und zu beweisen hat. **b)** α. Böhm aaO. verteidigt gegen Fuchs (JDR. **7** Ziff. 1 a zu § 241, Ziff. III 1 c zu § 611) die Entsch. **RG. 67** 3 (JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 241, Ziff. III 1 b zu § 611). Wenn auch die Unterlassungsklage kein Essentiale jeder positiven Vertragsklage ist, so folgt doch daraus nicht deren Unzulässigkeit für den vom RG. entschiedenen Fall, bei dem in erster Linie die eigentümliche Natur des Arbeitsvertrags und ferner die Tatumstände des Falles in Rechnung zu ziehen waren. Es ist nicht angängig, für

Fälle, in denen die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die guten Sitten nicht unwesentlich mitspricht, allgemeingültige Maximen aufzustellen. β. Gegen Fuchs (oben α) ferner Holländer aaO.: Die von Fuchs verfochtene Unzulässigkeit des Anspruchs auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens ergibt sich nicht aus § 241, denn das Gesetz sagt nicht, daß die Leistung entweder in einem Tun oder in einem Unterlassen sich erschöpfen muß. — Aus positiven Ansprüchen ergeben sich logisch sekundäre Unterlassungsansprüche, die das Gesetz bei markanten Fällen als Beispiele erwähnt (Staudinger (3/4) II zu § 241, **RG. 48** 114, JW. **07** 48, 505 **08** 133). Nicht in allen Fällen jedoch, wo sich logisch aus einer positiven Verpflichtung eine Verbindlichkeit ergibt, die Erfüllung vereitelnde oder erschwerende Handlungen zu unterlassen, hat der Berechtigte einen Unterlassungsanspruch, insbesondere dann nicht, wenn es sich materiell nicht um eine Leistungs-, sondern um eine Feststellungsklage handeln würde. Unzulässig z. B. eine Klage des Käufers, Mieters, auf Unterlassung anderweitiger Veräußerung, Vermietung. Dagegen ist sowohl in dem von Fuchs angenommenen Falle des unbefugten Rücktritts eines Gesellschafters vom Gesellschaftsvertrag als auch in dem in **RG. 67** 3 (JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 241, Ziff. III 1 b zu § 611) entschiedenen ein Anspruch des Mitgesellschafters und des Prinzipals auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit anzuerkennen.

3. Recht zur Sache. a) Mitter aaO.: Die Bestimmung des § 3 des Entwurfes eines Gesetzes über den Zwischenhandel des Reiches mit Branntwein, inhalts deren Rechte Dritter an Branntwein, der nach § 1 Entw. an das Reich abzuliefern ist, insoweit nicht geltend gemacht werden können, als dadurch die Ablieferung an das Reich oder die Weiterveräußerung seitens des Reiches verhindert oder beeinträchtigt würde, begründet zum Schutze des obligatorischen Anspruchs des Reiches auf Ablieferung des Branntweins ein echtes „Recht zur Sache". b) Gegen Mitter Lewy aaO.: § 3 des Entw. enthält keine zivilrechtliche Vorschrift.

4. a) **RG.** JW. **09** 327 Ziff. 32, BayRpflZ. **09** 296, LeipzZ. **09** 545 Ziff. 15. Ein privatrechtlicher Anspruch jedes Einzelnen, gegen Erlegung des Eintrittsgelds als Zuschauer zu öffentlich veranstalteten Pferderennen (§ 1 TotalisatorG.) zugelassen zu werden, besteht nicht. b) **RG.** JW. **09** 721 Ziff. 9. Zwischen dem Staate, der eine nach ALR. II. 14 bestehende Regalfährgerechtigkeit betreibt, und den die Fähre zur Beförderung von Gütern oder Personen benutzenden Dritten besteht ein privatrechtliches Vertragsverhältnis. c) **RG.** JW. **09** 422 Ziff. 27, R. **09** Ziff. 2173. Die Beziehungen der technischen Hochschulen zu den Studierenden regeln sich nach den Normen über öffentliche Anstaltsnutzung, nicht nach den Regeln des privaten Obligationenrechts. Wenn daher aus der Immatrikulation ein Anspruch auf Zulassung zur Prüfung erwachsen sollte, so wäre es ein subjektives öffentliches Recht, dessen Geltendmachung im Rechtsweg unzulässig ist. d) Meyer, R. **09** 60—62: Dem Studierenden einer staatlichen technischen Hochschule steht ein privatrechtlicher Anspruch auf Zulassung zu einer an der Hochschule vorgesehenen staatlichen Prüfung nicht zu. e) **RG.** R. **09** Ziff. 2385. Wird bei einem Beamten oder einer Behörde ein Antrag gestellt, auf den diese eingehen, so wird damit regelmäßig kein Vertragsverhältnis begründet. Dies gilt insbesondere von Gemeindebeamten, die um Beglaubigung einer Unterschrift angegangen werden.

5. a) **RG.** R. **09** Ziff. 863. Beim Streite zwischen Forderungsprätendenten muß das wirkliche Recht gegen unberechtigte Eingriffe ähnlich geschützt sein, wie das Eigentum durch die Eigentumsfreiheitsklage und der Besitz durch die Besitzstörungsklage. Dies muß mindestens dann gelten, wenn der unberechtigte Forderungserwerber durch die ihm eingeräumte rechtliche Stellung in die Lage gesetzt ist, dem Schuldner gegenüber die Forderung mit Rechtswirkung einzuziehen oder doch Zweifel bestehen, ob ihm dieses Recht zusteht. Eine Klage auf Unterlassung

der Einziehung kann hiernach statthaft sein. **b)** **RG.** JW. **09** 413 Ziff. 8, LeipzZ. **09** 675 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 2096. Eine Sparkassenforderung ist unter Aushändigung des Sparkassenbuchs von dem Gläubiger A. an B. und von diesem an C. abgetreten worden; danach hat A. das Buch bei der Sparkasse sperren lassen, worauf die Kasse sich weigert (§ 410 BGB.), an C. zu zahlen. In solchem Falle ist C. berechtigt, gegen A. auf Einwilligung zu klagen, daß das Guthaben an C. gezahlt werde. Der Fall liegt nicht wesentlich anders als der eines Streites zwischen Forderungsprätendenten, wo ebenfalls nicht über das Bestehen der Schuld und die Verpflichtung zu ihrer Erfüllung, sondern darüber gestritten wird, wer der zur Geltendmachung Berechtigte sei. In diesem Falle ist unter der Herrschaft des BGB. ebenso wie nach früherem Rechte (**RG. 43** Nr. 99, **49** Nr. 85, **7** Nr. 126) eine Klage zur Feststellung des Gläubigerrechts oder auf Beseitigung einer von einem Dritten ausgehenden Beeinträchtigung desselben zuzulassen. Der Umstand, daß A. selbst keine Ansprüche auf die Sparkassenforderung erhebt, steht einer entsprechenden Klage gegen ihn um so weniger im Wege, als der Erfolg seines gegen die Auszahlung erhobenen Widerspruchs darin seinen Grund hat, daß der Schuldner in ihm den vermutlichen Gläubiger sah.

6. **RG.** JW. **09** 361 Ziff. 6, LeipzZ. **09** 546 Ziff. 18. Wie schon für das frühere Recht (**RG. 42** 118, **ROHG. 8** 279) angenommen ist, verbleibt trotz des Zwangsvergleichs die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners als Naturalobligation in dem Sinne bei Bestand, wie dies zur Rechtsverbindlichkeit des Zahlungsversprechens und zus Ausschließung der condictio indebiti erforderlich ist.

§ 242. Literatur: Kruhöffer, Die exceptio doli generalis im Rechte der Schuldverhältnisse, Diss. Straßburg 1909. — Schneider, Noch einmal zum Begriffe von Treu und Glauben, ÖstAGZ. **09** 225—228.

1. Begriff. Anwendungsgebiet. Allgemeines (s. JDR. **7** Ziff. 1, 3, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1, 2). a) Danz, R. **09** 225—229, über das Entstehen neuer Rechtssätze auf Grund der Verkehrsgewohnheiten: s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 1 i. **b)** *Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, 16 u. 55, hält die Bestimmung des § 242 auch für anwendbar auf die in Form von Prozeßhandlungen erfolgte Geltendmachung des materiellen Anspruchs. **c)** Schneider aaO. stellt die Bestimmungen des BGB. über die Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 157, 242) in Parallele zu den Vorschriften des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Artt. 1 ff.) und des österreichischen Entwurfes von 1907 (§§ 114, 115). **d)** **RG.** LeipzZ. **09** 231 Ziff. 14. Die Aufgabe, die das Gesetz dem Richter mit den Vorschriften der §§ 133, 242 stellt, kann nicht gelöst werden, wenn man bei Beurteilung des Tatbestandes nach Wortlaut und Sinn eines Vertrags gesondert verfährt. Ein Erforschen des Wortlauts unter Abstrahierung von Sinn und von Treu und Glauben muß ebenso zu unrichtigen Resultaten führen, wie umgekehrt eine nur auf diese inneren Momente abzielende Auslegung, bei der der Wortlaut unberücksichtigt bleibt. **e)** **RG.** R. **09** Ziff. 421. Eine Vertragspartei, welche darauf ausgeht, den Vertragszweck für den anderen Vertragsteil zu vereiteln, verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und gegen die guten Sitten (Baugeldgeber).

2. Die exceptio doli generalis (s. JDR. **7** Ziff. 3 b, c, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 2 a, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1). a) Allgemeines. α. Kruhöffer aaO. Die Geltung der exceptio doli generalis für das Recht des BGB. folgt aus § 242. β. **RG. 71** 432 ff., JW. **09** 683 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 3308. Auch für das Gebiet des BGB. ist die Existenz einer exceptio doli generalis anzuerkennen (**RG. 57** 372 [JDR. **4** Ziff. 2 b], **58** 356, 429 [JDR. **3** zu § 249 Ziff. c, zu § 242 Ziff. 2 d γ Abs. 2], **64** 220 [JDR. **5** zu § 242 Ziff. 2 a]. Dahingestellt bleibt, ob diese Einrede ihre Grundlage in Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben

(§§ 133, 157, 242) hat, oder ob ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 zu erfordern ist. **b)** exceptio doli gegenüber Formvorschriften. *α.* **RG.** JW. **09** 12 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 259. Der Einwand, daß die Geltendmachung des auf die Nichtigkeit eines Vertrags gemäß §§ 313, 125 gestützten Kondiktionsanspruchs gegen Treu und Glauben verstoße, zerfällt damit, daß Formvorschriften durch Berufung auf Treu und Glauben nicht außer Anwendung gesetzt werden können. β. **RG.** JW. **09** 59 Ziff. 32, LeipzZ. **09** 146 Ziff. 36. Es ist grundsätzlich nicht angängig, die Verbots- und Prohibitivbestimmungen des Börsengesetzes (§ 66) dadurch wirkungslos zu machen, daß der Partei, die sich auf sie beruft, der Vorwurf gemacht wird, sie handle damit gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.). γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2783. Gegenüber dem Formmangel des § 313 ist mit den Grundsätzen über Treu und Glauben nicht aufzukommen. δ. PosMSchr. **09** 66, R. **09** Ziff. 2608 (Posen). Auf Formungültigkeit darf sich nicht berufen, wer selbst die Beobachtung der Form gegen Treu und Glauben absichtlich verhindert hat. **c)** exceptio doli gegenüber der Verjährungseinrede. SchlHolstAnz. **09** 269 (Kiel). Die Geltendmachung der Verjährungseinrede verstößt gegen Treu und Glauben, wenn ein Schadensersatzberechtigter durch Verhandlungen des Ersatzpflichtigen hingehalten ist und dadurch die rechtzeitige Erhebung der Klage versäumt hat. **d)** gegenüber der Widerspruchsklage in der Zwangsversteigerung. **RG. 70** 193 ff., JW. **09** 144 Ziff. 29, R. **09** Ziff. 634, 732. Dem Beklagten stand eine gemäß § 1120 auf das Wirtschaftsinventar sich erstreckende Hypothek zu. Der Kläger erwarb das Inventar vom Grundstückseigentümer und veranlaßte dann unter Verheimlichung dieser Tatsache den Beklagten, seine Hypothek aufzugeben und sich dafür an dem Grundstück eine neue Hypothek bestellen zu lassen, für die nunmehr das Inventar nicht haftete. In der demnächst vom Beklagten betriebenen Subhastation hat der Kläger hinsichtlich des Inventars die Widerspruchsklage erhoben, wogegen der Beklagte Arglist eingewendet hat. Der Kläger hat in solchem Falle nicht nur sein Eigentum, sondern auch nachzuweisen, daß dieses geeignet ist, gegen den Beklagten durchgesetzt zu werden. Die Durchführung des Eigentums würde jedoch dem Beklagten gegenüber arglistig sein, denn der Kläger ist wegen Betrugs schadensersatzpflichtig und hat sich daher gemäß § 249 so behandeln zu lassen, als wenn der alte Zustand bestehen geblieben wäre. **e)** gegenüber dem Bereicherungsanspruche. **RG.** II. 8. 10. 09, **71** 432 ff., JW. **09** 683 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 3343, 3344. Bei einem gemäß § 138 nichtigen Bordellkauf ist die Bestellung einer Kaufpreishypothek eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung, die nach § 817 Satz 2 zweiter Halbsatz zurückgefordert werden kann. Weigert jedoch der Käufer die Rückgabe des Hauses, so kann er Befreiung von seiner Verbindlichkeit nicht verlangen. Ein solches Verlangen ist arglistig und verstößt gegen die Grundsätze von Treu und Glauben sowie gegen jedes Anstands- und Rechtsgefühl. **f)** Besondere Fälle. α. **RG.** R. **09** Ziff. 27. Einrede der Arglist gegen den Zessionar von Gewährleistungsansprüchen beim Grundstückskaufe, der die Aufnahme der Gewährleistungsbestimmung in den Vertrag lediglich in der Absicht veranlaßt hat, sich den Anspruch auf Schadensersatz gegebenenfalls übertragen zu lassen und sich so wegen der Folgen einer Garantie zu erholen, die er selbst, um den Kauf im eigenen Interesse zustande zu bringen, gegenüber dem Käufer übernommen hat. β. **RG.** R. **09** Ziff. 422. Ein Prokurist, welcher für sich persönlich ein Darlehen aufnimmt, und gleichzeitig als Vertreter seines Prinzipals für das Darlehen die Bürgschaft übernimmt, kontrahiert nicht als Vertreter mit sich selbst, so daß der Prinzipal aus der Bürgschaft an sich verpflichtet ist. Hat jedoch der Prokurist seine Vertretungsmacht mißbraucht und war dies dem Gläubiger bekannt, so steht dem Anspruch aus der Bürgschaft die Einrede der Arglist entgegen. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 3306. Die beklagte Bank, der für alle Ansprüche aus dem Ge-

schäftsverkehre mit dem Kläger Sicherheit bestellt ist, kann, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen, diese Sicherheit auch für solche Forderungen in Anspruch nehmen, für die noch ein anderer Kunde — K. — haftet, der gleichfalls Sicherheit gestellt hat; dies auch dann, wenn die Beklagte mit dem Schuldbetrage zuerst den K. belastet hat; sie hatte ein berechtigtes Interesse daran, die Sicherheiten des K. für dessen übrige Verbindlichkeiten freizumachen. δ. **RG.** LeipzZ. **09** 545 Ziff. 14. Der mit der Darlehnshingabe in Verzug befindliche Darlehnsversprecher kann bei nachträglicher Vermögensverschlechterung des anderen Teiles das Widerrufsrecht (§ 610) nicht geltend machen, wenn erst die Vorenthaltung des Darlehens die Vermögensverschlechterung herbeigeführt hat. Ein Widerruf unter solchen Umständen würde als Arglist erscheinen. ε. **RG. 70** 174 ff., R. **09** Ziff. 902. Der Eigentümer einer auf der Eisenbahn beförderten Sache verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er entgegen den Bestimmungen des mit seinem Wissen und Willen über seine Sachen abgeschlossenen Frachtvertrags (§ 459 HGB., § 77 EisenbVerkO.) gegen die Eisenbahn Rechte aus § 25 Preuß. EisenbG. vom 3. November 1838 herzuleiten versucht. ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 2360. A. hat dem B., der eine Einlage in eine Gesellschaft mbH. zu machen hatte, zu diesem Zwecke ein Darlehen gegeben und später in arglistigem Zusammenwirken mit B., der zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft war, sich über das Darlehen einen Schuldschein der Gesellschaft ausstellen lassen. Gegenüber dem Darlehnsanspruche des A. steht der Gesellschaft gemäß §§ 138, 826 die Einrede der Arglist zu. η. R. **09** Ziff. 3307 (Hamburg). Der persönliche Schuldner einer in der Zwangsversteigerung ausgefallenen Hypothekenforderung kann den Einwand der Arglist nicht darauf gründen, daß der Gläubiger das Grundstück erstanden habe und durch dessen Wert gedeckt sei.

3. Einzelfälle (s. JDR. **7** Ziff. 3 d, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 3 d, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 3). α. **RG.** R. **09** Ziff. 425. Anspruch auf nachträgliche Verlängerung einer Räumungsfrist bei Erschwerung der Räumung durch Brandschaden? Anspruch verneint. β. **RG.** LeipzZ. **09** 390 Ziff. 8. Der Verkäufer braucht der nachträglichen Anweisung, die Ware an einen anderen als den im Vertrage vorgesehenen Bestimmungsort zu senden, nicht Folge zu leisten, wenn dadurch seine Lage wirklich erschwert wird. γ. **RG. 69** 175 ff. Das Unterlassen einer in den Versicherungsbedingungen bei Meidung des Verlustes jeglichen Anspruchs vorgeschriebenen telegraphischen Anzeige eines Todesfalls kann nicht aus allgemeinen Erwägungen, sondern nur mit Rücksicht auf besondere Umstände mit der Wirkung als entschuldigt angesehen werden, daß eine Verwirkung nicht eintritt. δ. **RG. 69** 401 ff., JW. **09** 26 Ziff. 26. Dem Kläger steht das Urheberrecht an Briefen zu, welche sich im berechtigten Besitze des Beklagten befinden; er macht einen nach § 809 BGB. an sich gerechtfertigten Anspruch auf Vorlegung der Briefe geltend. Da sich der Anspruch aus dem Urheberrecht in der Untersagung einer vom Beklagten vorzunehmenden Veröffentlichung der Briefe erschöpft, der Beklagte aber vermöge seiner Rechtsposition als Besitzer in der Lage ist, eine Veröffentlichung durch den Kläger zu verhindern, so würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Kläger das Recht auf Vorlegung benutzen würde, um die Briefe selbst zu veröffentlichen. Nach § 242 kann daher der Anspruch auf Vorlegung nur unter Kautelen, deren Bestimmung dem richterlichen Ermessen unterliegt — z. B. Sicherheitsleistung — verfolgt werden, wofern nicht ein berechtigtes Interesse des Besitzers, gewisse Teile auch der bloßen Kenntnis des Klägers vorzuenthalten, die Verfolgung des Anspruchs insoweit überhaupt unzulässig erscheinen läßt. ε. **RG. 70** 257 ff., JW. **09** 201 Ziff. 23, LeipzZ. **09** 310 Ziff. 12, DJZ. **09** 547, R. **09** Ziff. 1071. Bei der Haftpflichtversicherung, einer Schadensversicherung, kann der Versicherungsnehmer, der nach Eintritt des Haftpflichtfalls zur Zahlung einer Entschädigungssumme an den Verletzten rechtskräftig verurteilt ist, sie aber nicht gezahlt hat, nicht verlangen, daß

der Versicherer an ihn die Urteilsschuld zahle, sondern nur, daß er ihn von dieser befreie. ζ. **RG.** JW. **09** 198 Ziff. 20, LeipzZ. **09** 403 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 1222. Ist der Zweck, dem die in den Bedingungen einer Unfallversicherung vorgeschriebene telegraphische Benachrichtigung vom Tode des Versicherten dienen sollte — rasche Herbeiführung der Leichenöffnung — durch eine, wenngleich von diesen Vorschriften abweichende — briefliche und wenige Stunden verspätete — Benachrichtigung tatsächlich erfüllt worden, so kann es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Versicherer nicht gestattet werden, sich um der nicht buchstäblich genauen Erfüllung jener Vertragsvorschrift, dem Anspruch aus der Versicherung zu entziehen. η. **RG.** JW. **09** 393 Ziff. 10, R. **09** Ziff. 1620. Der allgemeine Grundsatz des § 242 gilt auch für die Erfüllung der gesetzlichen Aussteuerpflicht (JW. **06** 458 Ziff. 11 [JDR. **5** Ziff. 2 b d zu § 242, Ziff. 2 a zu § 1620]). Wenn daher wegen Feindschaft unter den Parteien das gegenseitige Vertrauen fehlt, ohne welches die bei Gewährung einer Aussteuer gebotene verständnisvolle Berücksichtigung der persönlichen Bedürfnisse unter Umständen der Wünsche und des Geschmacks, der Eheleute nicht erwartet werden kann, so ist das Verlangen einer Geldsumme an Stelle der Naturalleistung gerechtfertigt. — Ebenso SächsRpflA. **09** 192 (Dresden). ϑ. **RG.** JW. **09** 410 Ziff. 1, R. **09** Ziff. 2088. Nach der Entwickelung, die in neuerer Zeit die Volkssitte in dieser Beziehung in ganz Deutschland genommen hat, liegt kein Grund vor, dem Inhaber einer Begräbnisstätte auf einem Kirchhofe das Recht auf Beisetzung der Aschenüberreste einer der Feuerbestattung übergebenen Leiche abzusprechen. Hierdurch bestätigt: Hamburg R. **08** II. Ziff. 2119 (JDR. **7** Ziff. 3 d). ι. **RG.** R. **09** Ziff. 1446. An der in **RG.** JW. **08** 325 Ziff. 6, 327 Ziff. 7 (JDR. **7** Ziff. 3 d [aE.]) gebilligten Auffassung, daß grundsätzlich bei Bierlieferungsverträgen eine Erhöhung des Bierpreises noch nicht als gerechtfertigt erscheine, wenn sie vom Standpunkte der Brauerei aus angemessen gewesen sei, daß vielmehr dazu auch erforderlich sei, daß die Erhöhung bei Wahrung der Betriebs- und Konkurrenzfähigkeit des auf Jahre gebundenen Abnehmers allgemein durchführbar sei, ist festzuhalten. κ. **RG.** R. **09** Ziff. 2367. Hat bei einer Geschäftsübertragung der bisherige Geschäftsleiter sich dem Übernehmer verpflichtet, bei seinen ferneren gewerblichen Unternehmungen sich in öffentlichen Ankündigungen jedes Hinweises auf seine frühere Tätigkeit zu enthalten, auch niemanden zu solchen Hinweisen zu ermächtigen, so ist er, wenn er sich demnächst von einem Dritten anstellen läßt, verpflichtet, auf diesen soweit als möglich einzuwirken, daß auch er jene Hinweise unterläßt. λ. **RG.** JW. **09** 734 Ziff. 38. Ein Schuldner, der versprochen hat, dem Gläubiger durch Verpfändung einer Police Sicherheit zu gewähren, war, wenn er aus besonderen Gründen die gemäß § 1280 zur Wirksamkeit erforderliche Anzeige nicht erstatten wollte, nach Treu und Glauben verpflichtet, die Sicherheit in Form einer fiduziarischen Sicherungsabtretung zu bestellen. μ. **RG.** R. **09** Ziff. 1274. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Schuldner bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, zumal unter Hintansetzung seiner eigenen Interessen, zu unterstützen. Jedenfalls gilt dies von solchen Handlungen des Gläubigers, die nicht aus Schikane, sondern auf Grund eines eigenen berechtigten Interesses Dritten gegenüber vorgenommen werden. ν. R. **09** Ziff. 633 (Hamburg). Hat ein Fabrikant auf Verlangen des Exporteurs sich für Streitfälle der Entscheidung der Handelskammer des ausländischen Ablieferungsorts unterworfen, so muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben von dem Exporteur gefordert werden, daß er die ausländischen Beurteiler unparteiisch und erschöpfend über die zwischen ihm und dem Fabrikanten getroffenen Abmachungen unterrichtet. Es genügt nicht, daß die Schiedsmänner die Ware ohne Anhörung des Fabrikanten lediglich daraufhin ansehen, ob sie im Verhältnisse des Exporteurs zu seinem Abnehmer vertragsmäßig ist. ξ. R. **09** Ziff. 800 (Hamburg). Ein Hausmakler, der sich verpflichtet hat, einem Bauherrn zum 1. Oktober an Stelle

hochverzinslicher Bauhypotheken (Diskontposten) feste Hypotheken zu verschaffen, erfüllt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben diese Verpflichtung nicht schon dadurch, daß er die Gläubiger der Bauhypotheken bestimmt, diese zu niedrigerem Zinssatze bis 1. Juli nächsten Jahres stehen zu lassen. o. R. **09** Ziff. 257 (Cassel). Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, dem Bürgen, der sich für künftig entstehende Forderungen verbürgt hat, auf Anfrage über die Höhe der Forderungen Auskunft zu erteilen. Auskunftspflichtig ist lediglich der Hauptschuldner.

§ 243. 1. *R e i c h e l, Schuldmitübernahme 361, 465. Konzentrierung von seiten eines Gesamtschuldners nach § 243 Abs. 2 wirkt zugunsten der Mitschuldner nur nach Maßgabe des § 300 Abs. 2; arg. §§ 425, 424. S. a. u. § 263 Ziff. 1, § 293 Ziff. 2.

2. Z u m B e g r i f f e d e s S p e z i e s k a u f s. a) **RG. 70** 423 ff. (426), JW. **09** 268 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 1453. Damit ein bestimmter Gegenstand Schuldgegenstand wird, damit also eine Speziesschuld begründet wird, bedarf es einer Willenseinigung beider Teile dahin, daß sich der Vertrag auf die Leistung eines bestimmten Gegenstandes beschränken soll und mit einem anderen Gegenstande nicht erfüllt werden kann. Hat daher bei einem über Lieferung eines Motors abgeschlossenen Vertrage der Verkäufer ausweislich der Korrespondenz im Laufe der über den Ankauf geführten Verhandlungen einseitig einen Motor ausgeschieden, so genügt dies nicht zur Annahme eines Spezieskaufs; vielmehr muß das Einverständnis des Käufers zu der Ausscheidung hinzukommen. b) SchlHolstAnz. **09** 197 (Kiel). Wenn ein Landwirt Getreide nach einer Probe verkauft in der Absicht, dieses von seiner eigenen Ernte zu liefern, so liegt darin kein Spezieskauf, sofern nicht die Willenseinigung der Parteien darauf gerichtet war, daß er nur eigenes Getreide liefern sollte.

3. **RG. 69** 407 ff., R. **09** Ziff. 10 s. bereits JDR. **7** Ziff. 3.

§ 248. L i t e r a t u r: M e r k, Der Anspruch einer Hypothekenbank auf Zinseszins (BGB. § 248 Abs. 2 Satz 2) ist nicht übertragbar, BadNotZ. **09** 62—66.

M e r k aaO. Der Anspruch einer Hypothekenbank auf Zinseszins ist, soweit die Zinseszinsen nicht zur Zeit der Übertragung schon fällig sind, nicht auf Dritte übertragbar.

§ 249. L i t e r a t u r: E c c i u s, Schadensersatz durch erzwungene Vertragsaufhebung, GruchotsBeitr. **53** 309—313. — K a i s e r, Zur Frage der Haftung für Schädigungen, die der Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufen hat, JW. **09** 33—35. — K u n z e, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten. Berlin 1909. — S c h r e i b e r, Anfechtung und Wiederherstellungsanspruch, GruchotsBeitr. **53** 298—309.

1. B e g r i f f, I n h a l t, A r t u n d W e s e n d e s S c h a d e n s e r s a t z e s (s. JDR. **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, 3, **2** Ziff. 2). a) G r u n d s ä t z e (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 1 a, **5** Ziff. 2 a, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2). α. **RG. 71** 212 ff., JW. **09** 454 Ziff. 7, DJZ. **09** 1147, R. **09** Ziff. 2621. Der Anspruch auf Herstellung richtet sich nach § 249 Satz 1 gegen den Verpflichteten in dem Sinne, daß d i e s e r die Herstellung vorzunehmen hat. Bei Beschädigung einer Sache ist nach Satz 2 der Gläubiger berechtigt, selber die Sache herzustellen und vom Schuldner den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen. Dieser Anspruch ist nicht identisch mit dem Anspruch auf Geldentschädigung (§§ 250 Satz 2, 251, 253). Vielmehr ist auch er ein Anspruch auf Herstellung, nur nicht in der Form der unmittelbaren Leistung des Schuldners, sondern in der Form einer durch eine Geldzahlung des Schuldners vermittelten Selbstbefriedigung des Gläubigers. Jedem Anspruch auf Herstellung aber kann der Ersatzpflichtige das ihm im § 251 Abs. 2 eingeräumte Recht entgegensetzen, die Herstellung abzulehnen und den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (s. u. zu § 251 Ziff. 2). — Die zur Herstellung „e r f o r d e r l i c h e n" Kosten (§ 249 Satz 2) bestimmen sich nach objektivem Maßstabe; uner-

heblich ist, ob den Ersatzberechtigten bei Aufwendung der Kosten der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft oder nicht. β. *Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten 1—124, führt aus, daß bei einem Vertrag, an dessen Erfüllung ein Dritter interessiert ist, der Gläubiger vom Schuldner, der durch sein vertragswidriges Handeln den Dritten schädigt, Ersatz des Drittinteresses dann, aber auch nur dann, fordern kann, wenn dem Schuldner bei Abschluß des Vertrags erkennbar war, daß der Gläubiger im Interesse des Dritten handelte. Der Gläubiger kann dann Zahlung der Ersatzsumme nur an den Dritten, nicht etwa an sich, fordern. Dieser Anspruch ist unpfändbar. Dem Dritten steht gegen den Schuldner gemäß § 328 Abs. 2 BGB. ein eigener Ersatzanspruch in den Fällen zu, in denen der Gläubiger Ersatz des Drittinteresses fordern darf. Ferner ist dem Dritten ein eigener Ersatzanspruch gegeben gemäß §§ 823 ff. BGB., nach § 991 Abs. 2 BGB. (s. § 991 Abs. 2 BGB.), sowie dann, wenn der Schuldner Geschäftsführer ohne Auftrag für den Dritten ist (s. § 677 BGB.). (Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 249, JDR. **3** Ziff. 7 zu §§ 241 ff. und Ziff. 2 a zu § 823 Abs. 1.) γ. HansGZ. **09** Beibl. 83 (Hamburg). Wer in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung mit einem anderen kontrahiert, kann gegen seinen Kontrahenten auch den Schaden ersetzt verlangen, der seinem Hintermanne durch eine Vertragsverletzung des Mitkontrahenten entsteht. δ. R. **09** Ziff. 12 (Cassel). Der Schadensersatz, den ein Gesellschafter, der in eigenem Namen, aber im Interesse der Gesellschaft einen Vertrag abgeschlossen hat, wegen Verletzung des Vertrags von dem Vertragsgegner verlangen kann, umfaßt auch den Schaden, der seinem Mitgesellschafter durch die Vertragsverletzung entstanden ist, begreift also den gesamten, der Gesellschaft erwachsenen Schaden in sich. Der vom RG. (**RG. 40** 189 ff.) für den Schadensersatzanspruch des Beauftragten oder Kommissionärs ausgesprochene Rechtsgrundsatz gilt auch für das Gesellschaftsverhältnis. ε. HansGZ. **09** Beibl. 71 (Hamburg). Bei Beschädigung einer Fensterscheibe in einem noch nicht abgelieferten Neubau ist zum Schadensersatzanspruch aktiv legitimiert nicht nur der Eigentümer, sondern auch der Generalübernehmer des Baues und ein Glaser, der die Bruchscheiben bis zur Gebäudeablieferung zu ersetzen hat. ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 1756. Der Eigentümer eines käuflich erworbenen Grundstücks, das infolge eines Bergbaubetriebs bereits zur Zeit des Kaufes ertraglos war, kann dieserhalb von dem Bergwerksbesitzer nicht aus eigenem Rechte, sondern nur insoweit Schadensersatz beanspruchen, als ihm solche Ansprüche durch die Vorbesitzer, während deren Besitzzeit das Grundstück ertraglos wurde, abgetreten worden sind. η. R. **09** Ziff. 1908 (Stuttgart). Klagänderung liegt nicht vor, wenn der im gesetzlichen Güterstande lebende Ehemann bei Geltendmachung eines in der Person der Ehefrau entstandenen Schadensersatzanspruchs zuerst Zahlung an sich, später zutreffend an die Ehefrau fordert. ϑ. **RG.** R. **09** Ziff. 972. Gesamtschuldnerische Haftung beim Vertragsbruche mehrerer aus verschiedenen Verträgen: s. zu § 421 Ziff. 4. **b**) Verpflichtung des Beschädigten zum Wechsel des Berufs. **RG.** JW. **09** 495 Ziff. 18, R. **09** Ziff. 2410. Derjenige, der durch ein von einem anderen zu vertretendes Ereignis so verletzt worden ist, daß er seinem bisherigen Berufe nicht mehr nachgehen kann, darf nicht schlechthin ablehnen, sich auf eine andere seinen Lebensverhältnissen entsprechende Weise einen Erwerb zu verschaffen, auch dann nicht, wenn er genötigt ist, sich hierzu erst noch fehlende Fertigkeiten und Kenntnisse anzueignen. Was insoweit dem Beschädigten zuzumuten sei, kann nur unter Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles beurteilt werden. Eine grundlose Verweigerung der Erlangung und Ausnutzung einer Erwerbsmöglichkeit ist bei Festsetzung der dem Beschädigten zuzusprechenden Rente in Betracht zu ziehen, allerdings nicht aus § 254, wohl aber aus der Erwägung, daß insoweit der Beschädigte erwerbsfähig und der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem

Erwerbsverluste nicht vorhanden ist. (S. auch § 254 Ziff. 2 i α.) c) Anfechtbare Verträge (s. JDR. **7** Ziff. 1 b, **6** Ziff. 1 a und zu § 463 Ziff. 2 a, **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 3 d). α. Schreiber aaO. Der bei einem Vertragsschlusse getäuschte Vertragsteil kann nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 124 die Rückgängigmachung des Vertrags noch auf Grund der §§ 826, 249 fordern (gegen **RG. 63** 268 [JDR. **5** zu § 249 Ziff. 2 b γ, zu § 124 Ziff. 1]). β. Hierzu Eccius aaO.: Bei einem ganz oder teilweise erfüllten Vertrage kann eine erzwungene Vertragsaufhebung nicht die Wirkung haben, daß die Parteien verpflichtet werden, das Erhaltene wieder herauszugeben. γ. **RG.** JW. **09** 309 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 1668. Für den Fall eines beim Vertragsabschlusse durch unwahre Zusicherungen verübten Betrugs hat das RG. mehrfach dem getäuschten Teile, der bei dem Vertrage stehen bleibt, einen Anspruch auf das positive Vertragsinteresse zuerkannt, der anfänglich — zu Unrecht — aus § 249, später aus § 463 hergeleitet worden ist. Auf einen Fall der vorliegenden Art, in dem der Verkäufer arglistig vorgespiegelt hat, er überlasse den Kaufgegenstand zum Selbstkostenpreise, kann jedoch die analoge Anwendung des § 463 nicht erstreckt werden, da es sich nicht um eine Eigenschaft der Kaufsache handelt. Hier ist gemäß §§ 249—252 lediglich das negative Vertragsinteresse durch Herstellung des Zustandes zu ersetzen, der sich bei Offenbarung des Zwischengewinns des Verkäufers ergeben haben würde. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 3359. Der arglistig getäuschte Käufer kann nach Wahl den Vertrag anfechten oder bei ihm stehen bleiben und als Schadensersatz verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die abgegebenen Zusicherungen auf Wahrheit beruht hätten. Vorausgesetzt ist aber, daß die unwahren Zusicherungen auf die Entschließungen des Käufers von bestimmendem Einflusse gewesen sind. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 1993. Der durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschlusse bestimmte Käufer kann seinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse durch Minderung der ihm obliegenden Gegenleistungen verwirklichen; wird der Kaufpreis in Raten fällig, so ist die Minderungssumme von der zunächst fälligen Rate in Abzug zu bringen. ζ. OLG. 18 61 (Braunschweig). Der arglistig getäuschte Käufer hat die Wahl, den Vertrag anzufechten und das negative Vertragsinteresse zu fordern oder beim Vertrage stehen zu bleiben und das Erfüllungsinteresse zu verlangen, wobei er so zu stellen ist, als wären die falschen Zusicherungen wahr gewesen.

2. Vom Kausalzusammenhange (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3). a) Allgemeine Gesichtspunkte. α. *Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht 77 ff. Wie das BGB. an verschiedenen Stellen durch schlüssiges Verhalten ergibt, lehnt es hinsichtlich der Frage, was Ursache ist, die Bedingungstheorie ab. Letztere mag allerdings an sich richtig sein und es gehört der Begriff der Ursache im BGB. nicht zu den von dem Rechte geschaffenen, sondern zu den von dem Rechte vorgefundenen Begriffen. Er gehört aber unter den letzteren nicht zu denjenigen, die das Recht ohne weitere Verwandlungen in der Umgrenzung und Gestalt des Lebens annimmt, sondern zu denjenigen, denen das Recht einen juristisch technischen Inhalt gibt. Dieser juristisch technische Inhalt wird richtig durch die sog. „Theorie der adäquaten Verursachung" wiedergegeben. β. **RG.** JW. **09** 361 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 1876. Kann beim Zusammentreffen zweier Ursachen, die in ihrem Zusammenwirken eine durch jede einzelne gegebene Gefahr vergrößern, nicht festgestellt werden, welcher einzelne Umstand im Einzelfalle für einen eingetretenen Unfall kausal geworden ist, so ist der Regel nach ein Zusammenwirken beider Ursachen anzunehmen (Sturz auf unbeleuchteter Treppe über einen dort befindlichen Gegenstand). γ. **RG.** JW. **09** 136 Ziff. 10. Der vom Kläger zu beweisende ursächliche Zusammenhang zwischen dem Mangel und dem Unfall ist nach der gewöhnlichen Erfahrung schon dann gegeben, wenn feststeht, daß der Mangel, wo er nicht die alleinige Ursache des Schadens war, die

Gefahr steigerte, indem er bei anderen Vorgängen, die die gleiche schädliche Folge hervorrufen konnten, deren Eintritt begünstigte. Nicht braucht der Kläger zu beweisen, daß ohne diese mitwirkende Ursache der Schaden nicht eingetreten sein würde. δ. **RG.** SeuffA. **64** 16: s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 a β. **b)** Schädigung durch den Entschädigungsprozeß (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 2 b α, β, **5** Ziff. 3 b ε) α. Kaiser aaO. erörtert im Anschluß an die Stellungnahme des RG. die Frage der Haftung für Schädigungen, die der Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufen hat und zwar in erster Linie für die Fälle eines vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden Unfalls. Während der VI. ZS. des RG. (JW. **06** 231 [JDR. **5** Ziff. 3 b ε]) einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den schädigenden Wirkungen des Prozesses und dem Unfalle nicht annimmt und hiervon nach Auffassung des Verf. auch in dem Erkenntnisse vom 8. 10. 06 (vgl. JW. **08** 526 Ziff. 11) nicht abgegangen ist, hat der III. ZS. (JW. **08** 405 Ziff. 5 und besonders 526 Ziff. 11 [JDR. **7** Ziff. 2 b β, α]) die ungünstigen Wirkungen des Prozesses über den Entschädigungsanspruch als Unfallfolge anerkannt. Verf. tritt mit Rücksicht darauf, daß der Rechtsstreit nicht die Fortwirkung der Verletzung, sondern eine neue, selbständige Quelle des Schadens sei, der Ansicht des VI. ZS. bei und weist auf die sonst unbekannte Steigerung der Haftung hin, zu welcher die gegenteilige Auffassung führen würde. β. **RG.** SeuffA. **64** 16: s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 b α. **c)** Besondere Fälle (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 2 b). α. **RG.** R. **09** Ziff. 969. Die vertragswidrige Arbeitseinstellung dreier beamteter Kassenärzte nötigte die Krankenkasse, zwecks Erlangung einer genügenden Zahl neuer Ärzte, die drei übrigen beamteten Ärzte zu entlassen und sie hierbei abzufinden. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Diensteinstellung und der Entlassung sowie der Zahlung der Abfindung ist hiernach gegeben. β. **RG.** JW. **09** 735 Ziff. 40, R. **09** Ziff. 3489. Klägerin ist unter dem Einflusse der durch rasches Heranfahren eines Eisenbahnwagens hervorgerufenen Schreckwirkung beiseite gesprungen und hierbei in eine Vertiefung gestürzt. Der Betriebsvorgang ist hiernach eine adäquate Ursache des eingetretenen Schadens. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2654. Wenn ein Gastwirt, ohne für Aufsicht zu sorgen, in der Gaststube einen Schießstand eingerichtet hat, so ist seine Fahrlässigkeit auch für den Schaden kausal, den ein Gast dadurch erleidet, daß ein anderer aus Leichtsinn eine Büchse auf ihn anlegt und abdrückt. δ. **RG.** BayRpflZ. **09** 111, R. **09** Ziff. 818. Kläger nimmt den beklagten Bankier auf Ersatz des Schadens in Anspruch, den er beim Weiterverkaufe der vom Beklagten zum Ankauf empfohlenen Aktien erlitten hat. Er kann keinen Ersatz beanspruchen, weil er durch den Ankauf keinen Schaden erlitten hat. Er hat erhalten, was er begehrte — ein Industriepapier — das wie die meisten Papiere dieser Art je nach der Geschäftsentwickelung und der Dividendenverteilung Kursschwankungen unterlag, das aber nicht als „faules Papier" bezeichnet werden konnte und das zur Zeit des Kurssturzes schon die Keime der bald nachher wieder eingetretenen Kurssteigerung in sich trug. Der Schaden, den Kläger erlitten hat, hat seinen Grund in dem voreiligen Verkaufe der Aktien. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 2398. Die Verletzung eines nächtlichen Eindringlings durch einen Schuß des Hausherrn ist auch dann durch das Eindringen mitverursacht, wenn der Schuß einem anderen Eindringlinge galt. ζ. **RG.** JW. **09** 132 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 559 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 764. In den Bedingungen einer Feuerversicherung war bestimmt, daß, falls die zerstörten Gebäude nicht durch Ergänzung wiederhergestellt werden könnten — Vollschaden — von dem Versicherungswerte der Wert der übriggebliebenen Materialien abgezogen werde, daß aber, wenn diese Materialien für den Wiederaufbau zu verwenden seien, ihrem Werte der Betrag der zur Herstellung der Bauteile erforderlichen Arbeitslöhne hinzugerechnet werde. Im Streitfalle sind Mauerreste stehen geblieben, die bei Verwendung zum Wiederaufbau einen höheren Wert als den bloßen Materialwert haben würden, der Wiederaufbau muß jedoch mangels behördlicher Geneh-

migung unterbleiben. Die Auffassung des BG., daß jener höhere Wert in Abzug zu bringen sei, da es sich insoweit um einen erst durch das Hinzutreten des Polizeiverbots verursachten, mithin einen — nicht erstattungsfähigen — mittelbaren Schaden handle, ist rechtsirrig. Denn der Vollschaden ist nicht erst durch die Unterlassung des Wiederaufbaues verursacht, sondern würde nur durch den Wiederaufbau gemindert werden. η. **RG.** R. **09** Ziff. 3037. Hat ein Magistratsmitglied infolge von Pflichtvernachlässigung bestimmte Unterschlagungen eines Stadtkassierers nicht entdeckt, so kann nach den Grundsätzen über den Kausalzusammenhang dieses Magistratsmitglied für später begangene Unterschlagungen des Kassierers nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn die Aufdeckung der ersten Unterschlagungen nach der konkreten Lage des Falles feststellbar zu einer Entlassung des Kassierers vor den späteren Unterschlagungen geführt haben würde. ϑ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 924, JW. **09** 358 Ziff. 3. Adäquater Kausalzusammenhang bejaht zwischen dem Verhalten eines Fuhrmanns, der ein Kind zum Mitfahren auf der Deichsel zwischen zwei aneinandergekoppelten Wagen aufnimmt und einem Unfalle, den das Kind dadurch erleidet, daß es während der Vorbeifahrt des Wagens an dem dem Fuhrmanne bekannt gegebenen Reiseziel abzuspringen sucht. ι. OLG. **18** 81, R. **09** Ziff. 1490 (Naumburg). Wenn jemand, der sechs Schritte hinter einem Wagen an einer zum Ausweichen geeigneten Stelle sich befindet, beim Scheuen der Pferde aus Schreck sich in seine Kleider verwickelt und hinfällt, so ist diese Folge eine nach dem normalen Verlaufe des Geschehnisses nicht zu erwartende und daher mit dem Scheuwerden nicht ursächlich verbundene. κ. **RG.** JW. **09** 312 Ziff. 9. Der Beklagte hatte über einem Fahrweg ein Krangerüst errichtet, in dessen Durchfahrt eine Kette herabhing; der Wagen des Klägers hat beim Durchfahren, nachdem ein Mann die Kette beiseite gezogen, dann aber unaufgeklärt wieder hatte fallen lassen, die Kette erfaßt und das Gerüst zum Einsturze gebracht. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Hängenlassen der Kette und dem Unfall ist gegeben; die Handlung des Mannes war lediglich ein Versuch, die bestehende Gefahr zu beseitigen. λ. **RG.** R. **09** Ziff. 1677. Ein Wagen ist auf unbestreutem Fahrdamm ins Gleiten geraten, über die gleichfalls nicht bestreuten Seitenstreifen bis an den Rand gerutscht und verunglückt. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Nichtbestreuung des Fahrdamms und dem Unfalle wird nicht dadurch beseitigt, daß der Unfall nicht eingetreten wäre, wenn der Seitenstreifen bestreut gewesen wäre. μ. **RG.** R. **09** Ziff. 2090. Hat der Beschädigte dadurch Materialverluste erlitten, daß er durch den Schädiger an der Fortführung begonnener Bauten gehindert ist, so wird der Kausalzusammenhang nicht dadurch aufgehoben, daß der Nießbraucher der im Bau begriffenen Grundstücke verpflichtet und imstande war, den Schaden abzuwenden. ν. OLG. **18** 249, R. **09** Ziff. 2269 (KG.). Der nach § 1298 zu ersetzende Schaden muß mit der Aufhebung des Verlöbnisses in ursächlichem Zusammenhange stehen. Beteiligung an einem — später verlustbringenden — Geschäft in der Absicht, den Anteil später als Mitgift zu geben, stellt den Kausalzusammenhang nicht her.

3. Einzelne Anwendungsfälle aus der Praxis (s. JDR. **7** Ziff. **3**, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, 9). **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 1846. Einem Wechselgläubiger, dessen Wechsel gestohlen und unter Aushändigung der Urkunde eingezogen worden ist, ist, obwohl der Schuldner durch die Zahlung an den nicht legitimierten Dieb nicht befreit ist, aus dem Diebstahle schon deshalb ein Schaden erwachsen, weil er nicht mehr die Wechselklage erheben kann, sondern auf die zugrunde liegenden Forderungen zurückgehen müßte. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 1845. Bei Feststellung des Wertes eines Grundstücks zwecks Entschädigung ist, sofern nicht besondere Umstände die Annahme eines höheren, subjektiven Wertes rechtfertigen, der objektive Verkaufswert oder der Wert zu ermitteln, den der Verkehr dem Grundstücke beilegt. Dieser fällt nicht stets mit dem Durchschnitt des Areal- und Bau-

wertes einerseits und des Ertragswerts andererseits zusammen und liegt auch nicht stets in dem durch diese Werte bestimmten Rahmen. **c) RG.** JW. **09** 275 Ziff. 9. Der Ausspruch des BG., der Eigentümer sei durch eine Verunstaltung seiner Sache — Verschneiden von Bäumen eines Wirtschaftsgartens — erst dann geschädigt, wenn dadurch die Nutzungen, die er ohne die Verunstaltung aus der Sache gezogen haben würde, vermindert, oder der Preis, den er dafür erzielt haben würde, verringert worden sei, ist rechtsirrig. Das Vermögen des Eigentümers wird ohne weiteres dadurch gemindert, daß der Verkehrswert der Sache durch ein Ereignis geringer wird, als er es ohne dem sein würde, und er kann Ersatz der Differenz von demjenigen, der das Ereignis zu vertreten hat, ohne Rücksicht darauf fordern, ob er die Sache verkaufen wollte und dazu in der Lage war; sein Schadensersatzanspruch wird auch dadurch nicht berührt, daß er später das Eigentum mit oder ohne seinen Willen verloren hat. **d)** R. **09** Ziff. 967 (Hamburg). Hat der seitens des Klägers mit Abholung der Güter vom Schiffe beauftragte Beklagte dem Schiffer das Konnossement, ohne die gesamten Güter erhalten zu haben, ausgeliefert, so ist der Kläger berechtigt, vom Beklagten Zahlung der nicht ausgelieferten Güter zu verlangen und er braucht sich nicht auf einen Prozeß gegen das Schiff verweisen zu lassen; es genügt, wenn er seine Ansprüche gegen das Schiff dem Beklagten abtritt.

§ 251. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3309. Wird ein Grundstück durch eine von einem Dritten zu vertretende Einwirkung in seiner Verkäuflichkeit und damit in seinem Werte beeinträchtigt, so kann Schadensersatz in Gestalt einer Kapitalabfindung begehrt werden.

2. **RG. 71** 212 ff., JW. **09** 454 Ziff. 7, DJZ. **09** 1147, R. **09** Ziff. 2622. Der Schadensersatzpflichtige kann das Recht aus § 251 Abs. 2 auch im Wege der Einrede gegen die Ersatzforderung des Gläubigers, der den Weg eigener Herstellung nach § 249 Satz 2 wählte, geltend machen (s. auch § 249 Ziff. 1 a α).

§ 252. 1. **RG. 71** 212 ff. (216), JW. **09** 454 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 2623. Wird dem Schadensersatzberechtigten der Ersatz des Wertes der beschädigten Sache am Tage der Beschädigung und auf diesen Geldbetrag die gesetzlichen Zinsen vom Tage der Beschädigung an zugesprochen, so wird davon auszugehen sein, daß er damit voll entschädigt ist und nicht daneben Ersatz für die entbehrten Nutzungen der Sache verlangen kann; denn in den Zinsen des Schadenskapitals erhält er regelmäßig ein Äquivalent für jene Nutzungen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3524. Beim Vorliegen der „besonderen Umstände" im Sinne des Paragraphen kann der abstrakten Schadensberechnung auch der Marktpreis zu einer späteren Zeit als dem Ende der gemäß § 326 gesetzten Nachfrist zugrunde gelegt werden (Absicht der Parteien, daß der Käufer mit den Kuxen auf eine nach der Lieferung zu erwartende Kurssteigerung spekulieren sollte).

§ 254. Literatur: Fuld, Behandlungs- und Operationspflicht, ZVersWiss. **9** 521—530. — Referat über Fuld, Über die Pflicht zur Operationsduldung, R. **09** 388. — Kreß, Haftpflicht der Eisenbahn für Sachschaden nach bayerischem Rechte, EisenbE. **26** 95—104. — Krückmann, Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, JheringsJ. **55** 1—208. — Lissauer, Findet § 254 BGB. auch in den Fällen des § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes v. 3. Nov. 1838 Anwendung? DJZ. **09** 768. — Oertmann, Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, SeuffBl. **09** 573 bis 587. — Przibilla, Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen, JW. **09** 179—183.

1. Allgemeines. Begriff. Anwendungsgebiet (s. JDR. **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). **a)** *Meyer, Publizitätsprinzip: Bei den vom Veranlassungsprinzipe beherrschten Schadensersatzpflichten darf § 254 nicht unmittelbar, sondern nur sinngemäß angewandt werden. Wie die bloße Verursachung anstatt des Verschuldens zur Begründung der Ersatzpflicht genügt, wird auch bei dem Geschädigten schon die konkurrierende Veranlassung

anstatt des konkurrierenden Verschuldens wirksam. Also Verteilung des Schadens, je nachdem der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Von Gefährdungsaufrechnung sollte man nicht sprechen, da mit dem Begriffe der Gefährdung immer noch der Gedanke der deliktrechtlichen Verantwortlichkeit verknüpft wird. In gleicher Weise wird in den Fällen, wo das Gesetz einer Partei die Haftung für Gefahr ohne Rücksicht auf Verschulden auferlegt, wie im § 270 Abs. 1 und § 701, diese Haftung ausgeschlossen durch ein wenn auch schuldloses Verhalten der Gegenpartei, durch das ein Schaden verursacht wird. **b)** *Reichel, Schuldmitübernahme 409: Der verzughafte Gesamtschuldner kann dem Anspruch aus § 286 trotz des Beliebungsrechts aus § 420 unter Umständen den Einwand entgegensetzen, Gläubiger habe negligenterweise unterlassen, sich alsbald an den leistungsfähigen Mitschuldner zu halten und hierdurch weiteren Schaden zu vermeiden. — Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Unvermögens kann Gläubiger überhaupt erst verlangen, nachdem alle Gesamtschuldner sich als leistungssäumig bzw. unvermögend herausgestellt haben (ebenda 411, 422). — Vgl. auch ebenda 418 ff. über den Fall, daß an der objektiven Leistungsunmöglichkeit mehrere Gesamtschuldner und überdies den Gläubiger ein zusammenwirkendes Verschulden trifft (wozu jetzt noch **RG.** R. **09** Ziff. 3311). **c)** Anwendung des § 254 im Falle der von jeder Vertragspartei teilweise zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage. α. **RG. 71** 188 ff. s. u. zu §§ 324 Ziff. 1, 325 Ziff. 2, 3. β. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 759. Ist die Unmöglichkeit der Leistung teils vom Schuldner, teils vom Gläubiger verschuldet, so muß das Verschulden abgeschätzt und demgemäß entschieden werden. Denn das Prinzip des § 254 kommt nicht nur für Schadensersatzansprüche, sondern wegen seiner allgemeinen Bedeutung auch auf anderen Rechtsgebieten zur Anwendung. **d)** Verhältnis zu § 25 PrEisenbG. α. Lissauer, DJZ. **09** 768. In den Fällen des § 25 PrEisenbahnG. vom 3. November 1838 findet § 254 BGB. nicht Anwendung. β. Weber, SeuffBl. **09** 292, erachtet die Ansicht des **RG.** (**63** 271, JDR. **5** Ziff. 1 i), daß § 254 BGB. auf § 25 PrEisenbG. vom 3. November 1838 nicht anwendbar ist, für bedenklich. γ. **RG.** JW. **09** 271 Ziff. 4, EisenbE. **25** 418. Nach den in **RG. 63** 270 (JDR. **5** Ziff. 1 i) entwickelten Grundsätzen ist § 254 BGB. auf die Bestimmung des § 25 PrEisenbG. nicht anwendbar. **e)** Kreß aaO. (95—98). § 254 findet auf die Fälle des Art. 58 BayAGBGB. Anwendung, gleichgültig, ob Mitverschulden des nicht geschädigten Sachinhabers oder des geschädigten Nichtinhabers vorliegt. **f)** R. **09** Sp. 616 (Stuttgart). Im Anwendungsgebiete des württ. Ges. betr .die Haftung für Sachschaden beim Eisenbahnbetriebe kann der Unternehmer gemäß § 254 BGB. eigenes Verschulden auch der Angestellten des Beschädigten geltend machen. **g)** **RG.** R. **09** Ziff. 2302. Die Vorschriften der §§ 249 ff. (254) BGB. sind auch auf die Ansprüche aus vorläufiger Vollstreckung von Urteilen und aus der Vollziehung ungerechtfertigter Arreste oder einstweiliger Verfügungen anwendbar. **h)** **RG.** LeipzZ. **09** 59 Ziff. 8. Sowohl in den Fällen des § 456 als in denen des § 466 HGB. (Schadensersatz wegen Beschädigung des Frachtguts und Versäumung der Lieferfrist) kann ein konkurrierendes Verschulden der Eisenbahn und des Verfügungsberechtigten in Frage kommen. Alsdann findet § 254 BGB. Anwendung. **i)** **RG.** JW. **09** 724 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 3311. Die Frage, ob mehrere Ersatzpflichtige als Gesamtschuldner haften (§ 840), hat mit der Frage der verschiedenen Würdigung des eigenen Verschuldens des Verletzten nichts zu tun. Insoweit, als nach der gemäß § 254 für jeden einzelnen Ersatzpflichtigen vorzunehmenden Ausmessung einer von ihnen eine höhere Entschädigung zu leisten hat als der andere, besteht keine gesamtschuldnerische Haftung.

2. Grundsätzliches aus der Praxis (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1). **a)** Verschulden. Verursachung. α. **RG.**

SeuffA. **64** 392, JW. **09** 190 Ziff. 3, BayRpflZ. **09** 190, R. **09** Ziff. 1105. § 276 bestimmt den Begriff der Fahrlässigkeit ganz allgemein, und diese Begriffsbestimmung findet auch im Falle des § 254 Anwendung, wenn es sich darum handelt; ob bei der Entstehung des Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten mitgewirkt oder dieser aus Fahrlässigkeit unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Individuelle Eigenschaften des Schuldners (§ 276) bzw. des Beschädigten (§ 254) kommen hierbei nicht in Betracht, wenngleich die Verallgemeinerung des Begriffs der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht so weit zu gehen hat, daß dabei das Gebiet, in welchem sich die Sorgfalt betätigen soll, und die Gliederung der Menschen in verschiedene Berufsklassen und Verkehrskreise außer acht zu lassen wäre. β. **RG.** R. **09** Ziff. 638. Für die Abwägung nach § 254 Abs. 1 kann nicht nur der ursächliche Anteil des Verletzten an der Schädigung, sondern auch der Grad seines subjektiven Verschuldens in Betracht kommen. γ. **RG.** JW. **09** 46 Ziff. 6. Stehen auf seiten des Beschädigten wie des Schädigers Verschuldungen einander zur Abwägung gegenüber, so ist es trotz des Wortlauts des § 254 rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BG. nicht von einer „vorwiegenden Ursache", sondern von „vorwiegendem Verschulden" redet. Beide Ausdrücke sind in solchen Fällen praktisch gleichbedeutend. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 2091. Bei der Feststellung eines mitwirkenden eigenen Verschuldens kann Gewicht auf die größere Sachkunde des einen Beteiligten gelegt werden (Eigenschaft des Beschädigten als Laien). ε. **RG.** R. **09** Ziff. 2228. Der Umstand, daß die Klägerin ein führerloses Pferd, durch dessen Scheuwerden sie demnächst zu Schaden kam, in Erfüllung einer sittlichen Pflicht aufgehalten hat, schließt nicht aus, daß sie bei Abwendung der Gefahr unvorsichtig gehandelt hat und deshalb § 254 in Frage kommt. ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 2369. Wer nachts widerrechtlich in einen umfriedigten Hof eindringt und dabei vom Hausherrn verletzt wird, muß sein Eindringen und Verweilen als unverfänglich dartun, wenn er nicht als schuldhaft betrachtet werden soll. η. HansGZ. **09** Beibl. 1 (Hamburg). Ein Versehen des Verletzten im letzten Augenblicke vor dem Zusammenstoße zweier Fuhrwerke ist nicht als Verschulden anzusehen. ϑ. **RG.** R. **09** Ziff. 1276. Die Frage des ursächlichen Zusammenhanges und diejenige des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten sind streng auseinanderzuhalten. Selbst mitwirkendes grobes Verschulden schließt nicht ohne weiteres die Kausalität der Handlung dessen aus, der eine wesentliche Bedingung zu dem schädigenden Erfolge gesetzt hat. **b)** „Mitwirkendes Verschulden" bei objektiver Haftung des Beschädigten (s. JDR. **7** Ziff. 2 a). α. **RG. 71** 7 f., JW. **09** 277 Ziff. 14, R. **09** Ziff. 1309. § 254 Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn bei der Entstehung des durch Verschulden eines anderen verursachten Schadens ein Tier mitgewirkt hat, dessen Halter der Beschädigte ist. Es greift § 840 Abs. **3** ein. Diese Vorschrift regelt zwar zunächst die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner, die dem Verletzten aus einer unerlaubten Handlung nebeneinander haften. Sie findet aber auch Anwendung, wenn der Dritte, der von dem Beschädigten verantwortlich gemacht wird, seinerseits von dem Beschädigten begehrt, daß er einen Teil des Schadens auf sich nehme, weil er nach §§ 833—838 ersatzpflichtig sei. Der Fall in **RG. 67** 120 (JDR. **7** Ziff. 2 a α) liegt insofern anders, als dort nicht bloß der Beschädigte, sondern auch der andere Teil Tierhalter waren und der Schaden durch die Tiere der beiden Parteien verursacht war, mithin auf beiden Seiten lediglich die Gefährdungshaftung aus § 833 in Frage kam. β. **RG.** R. **09** Ziff. 802. Der Beklagte fordert gegenüber beiden Klägern Anwendung des § 254, weil die Pferde des mitklagenden Vaters, für die er als Tierhalter verantwortlich sei, bei Verursachung des Unfalls mitgewirkt haben. Auf die Frage, wie weit die an sich zulässige Anwendung des § 254 (**RG. 67** 120 [JDR. **7** Ziff. 2 a]) durch die gleichzeitige Anwendung des § 840 Abs. 3 ausgeschlossen werden müßte, braucht nicht eingegangen

zu werden. Es genügt vorliegend der Hinweis, daß der mitklagende Vater nicht der Beschädigte ist, sondern dessen mitklagendes Kind und der Vater nur einen Bereicherungsanspruch geltend machen. **c)** Mitwirkendes Verschulden bei arglistiger Schädigung (s. JDR. **7** Ziff. 2 b, **6** Ziff. 2 f, **4** Ziff. 2 a). α. **RG. 70** 1 ff. s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 b δ. β. **RG.** DJZ. **09** 82 s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 b γ. γ. S. auch unten d β. **d)** Mitwirkendes Verschulden im Falle des § 831 BGB. α. **RG. 71** 217 f., JW. **09** 456 Ziff. 9, LeipzZ. **09** 675 Ziff. 16, R. **09** Ziff. 2261. Der dem Geschäftsherrn nach § 831 gestattete Entlastungsbeweis kann auch in der Weise geführt werden, daß den Geschädigten ein so überwiegendes mitwirkendes Verschulden treffe, daß der Schaden als völlig auf seinem Verschulden beruhend anzusehen sei. Es besteht kein Anlaß, von dem allgemeinen Grundsatze des § 254 für das Gebiet des § 831 eine Ausnahme zu machen. β. **RG. 71** 217 f., JW. **09** 456 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 2262. Hat im Falle des § 831 der zu der Verrichtung Bestellte arglistig gehandelt und liegt andererseits ein Verschulden des Beschädigten vor, so ist bei der gemäß § 254 vorzunehmenden Verschuldensabwägung nicht ohne weiteres der Geschäftsherr selbst als arglistig anzusehen. **e)** Vertretung des Fiskus. Hoheitsrecht. **RG.** R. **09** Ziff. 1655. Schädigung eines fiskalischen Waldes durch Verschulden der Verwaltung eines benachbarten Bergwerkes. § 254 ist nicht deshalb anwendbar, weil die Bergbehörde den gefahrdrohenden Zustand der Grube geduldet hat. Denn die Wahrung forstfiskalischer Interessen lag außerhalb des Amtsbereichs der Bergbehörden, und abgesehen hiervon ist eine privatrechtliche Haftung des Fiskus für Nichtvornahme von Amtshandlungen der Bergbehörde, da es sich um Ausübung staatlicher Hoheitsbefugnisse handelt, nicht gegeben. **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 3872. Trotz Teilung des Schadensersatzes aus § 254 geht gemäß § 54 JnvVG. der Ersatzanspruch des Verletzten in voller Höhe der gewährten Unterstützung auf die Versicherungsanstalt über, so daß dem Beschädigten nur soviel verbleibt, als nach Abzug der Auslagen die Versicherungsanstalt an seiner Quote erübrigt. **g)** **RG.** R. **09** Ziff. 2315. Ist der dem versicherungspflichtigen Verletzten von einem Dritten zu ersetzende Schaden wegen eigenen Verschuldens des Verletzten zu teilen, so ist von der dem Verletzten noch zuzuerkennenden Schadensquote abzuziehen, was dieser aus der Kranken- und Unfallversicherung erhalten hat (§ 57 KrankVG., § 140 GewUVG.). **h)** **RG.** R. **09** Ziff. 925. Verlangt die Berufsgenossenschaft von einem Dritten Ersatz ihrer Aufwendungen (§ 140 GewUVG.) und nimmt das Gericht an, daß der Dritte wegen eigenen Verschuldens des Verletzten diesem gegenüber nur zur Hälfte schadensersatzpflichtig sei, so ist es unrichtig, den Anspruch der Berufsgenossenschaft zur Hälfte für begründet zu erklären, es ist vielmehr auszusprechen, daß der Anspruch dem Grunde nach bis zur Hälfte des dem Verletzten entstandenen Schadens gerechtfertigt sei. **i)** Abs. 2. α. **RG.** R. **09** Ziff. 428. Der Beschädigte ist unter besonderen Umständen auch für verpflichtet anzusehen, eine bestimmte einzelne Arbeitsgelegenheit aufzusuchen oder sich einem anderen Berufe zuzuwenden oder einen anderen Wohnort zu nehmen, um sich einen größeren Verdienst zu verschaffen. — S. auch § 249 Ziff. 1 b. β. **RG. 71** 212 ff. (216), JW. **09** 454 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 2624. Der Schadensersatzberechtigte hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um den entstehenden Schaden nach Möglichkeit abzuwenden oder doch zu mindern. Bei Beschädigung einer Sache kann Miete oder Kauf eines Ersatzgegenstandes ein geeignetes Mittel zur Minderung der drohenden Nutzungsverluste sein. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2230. Der Verletzte hatte sich entgegen ärztlichem Rate nach seinem Wohnorte begeben, anstatt am Unfallsort ein Zimmer zu nehmen. Hierin konnte kein Verschulden gefunden werden, denn für die Frage des Verschuldens kommt es nicht bloß auf den objektiven Standpunkt, sondern vorzugsweise auf das subjektive Empfinden eines vernünftigen Menschen an. **k)** α. **RG.** JW. **09** 13 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 13. Nach ständiger Rechtsprechung des

RG. ist die Bestimmung des § 254 nicht von Amts wegen anzuwenden, vielmehr vom Beschädiger im Wege der Einrede besonders vorzuschützen. Die Beweislast für die Voraussetzungen der Einrede liegt dem Beschädiger ob. β. **RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 9. Das BG. war nicht von sich aus verpflichtet, zu prüfen, ob eigenes Verschulden des Klägers, der Schadensersatz begehrt, vorlag; in den Vorinstanzen war ein solches mitwirkendes Verschulden nicht geltend gemacht. Daher findet hier eine Nachprüfung durch das RG. nicht statt. γ. R. **09** Ziff. 427 (Rostock) s. schon JDR. **7** Ziff. 2 c β.

3. Mitwirkendes Verschulden nicht unbeschränkt geschäftsfähiger Personen (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6 b). **a)** Oertmann aaO. (286 f.): Auch die Unzurechnungsfähigen sind eines Verschuldens fähig (s. zu § 276 Ziff. 4a). Bei Unzurechnungsfähigkeit des Verletzten ist daher § 254 anwendbar. Eine entsprechende Anwendung des § 276 Abs. 1 Satz 3, §§ 827 ff. findet nicht statt (anders früher im Kommentar zu § 254 Ziff. 2 e). **b)** Krückmann aaO. behandelt die Verschuldensaufrechnung und die Gefährdungsaufrechnung (vgl. JDR. **7** Ziff. 1 c) bei Schädigung nicht deliktsfähiger Personen. § 828 — auch § 829 — findet auf die Fälle des § 254 Anwendung; ferner ist ein selbständiges Verursachen seitens Deliktsunfähiger ausgeschlossen. **c)** **RG.** EisenbE. **25** 396, R. **09** Ziff. 639. Die Fahrlässigkeit des Klägers, eines 12 jährigen Schulknaben, der vom Straßenbahnwagen kurz vor dem Anhalten abgesprungen ist, war nicht besonders schwerwiegend. Es kommt sein jugendliches Alter in Betracht; denn es sind wenigstens hinsichtlich des Grades des Verschuldens, was Vorsicht und Umsicht angeht, an ein Kind nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an einen Erwachsenen. Es entspricht ferner dem § 254, daß die Straßenbahn bei der von ihr — durch Abonnementsverträge mit den Eltern — übernommenen Beförderung von Schulkindern bis zu gewissem Grade die besonderen, aus dem Naturell, der Unerfahrenheit und Unbesonnenheit des Kindes sich ergebenden Gefahren als Betriebsgefahren mittrage. — Schadenteilung nach Hälften. **d)** SächsOLG. **30** 171 (Dresden). Unvorsichtiges Hineinrennen eines Knaben in den Gabelbaum eines in der Dunkelheit stehenden Wagens.

4. Verhältnis des § 278 zu § 254 (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 9). **a)** Przibilla, JW. **09** 179 ff. Die entsprechende Anwendung des § 278 ist trotz der ungenauen Fassung des § 254 für beide Absätze dieses Paragraphen gegeben. Soll die Anwendung des § 278 auf die Fälle des § 254 überhaupt möglich sein, so muß man die Worte „Schuldner" und „Erfüllung seiner Verbindlichkeit" durch andere ersetzen, welche dem Umstande Rechnung tragen, daß der Verletzte als solcher nicht Schuldner, sondern Gläubiger ist. Dann entspricht man allein der Bestimmung im § 254 Abs. 2 Satz 2, wo nicht eine direkte, sondern nur eine „entsprechende" Anwendung des § 278 vorgeschrieben ist. Man muß daher den § 278 im Falle eines mitwirkenden Verschuldens so anwenden, als ob er etwa die Fassung hätte: „Der Beschädigte hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Wahrung der Angelegenheit bedient, in welcher der Schaden eintritt, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden". (Vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse 46, Winter, SeuffBl. **08** 353, **RG. 55** 332.) Alsdann ergibt sich aber ohne weiteres, daß der Geschäftsherr auch dann sich den Einwand des § 254 gefallen lassen muß, wenn nicht ihm selbst, wohl aber seinen Leuten im Falle einer außervertraglichen Schadenszufügung ein mitwirkendes Verschulden zur Last fällt, gleichgültig, ob vor, bei oder nach Begehung der unerlaubten Handlung. **b)** BayRpflZ. **09** 214, EisenbE. **26** 30 (Nürnberg). Auch bei außervertraglicher Schadenszufügung haftet der Beschädigte für ein bei der Entstehung des Schadens untergelaufenes Verschulden seines Vertreters oder Gehilfen. **c)** R. **09** Ziff. 803 (Naumburg). Die entsprechende An-

wendung des § 278 gilt für alle Fälle des außerkontraktlichen Schadensersatzes, auch für die des § 254 Abs. 1. **d)** HansGZ. **09** Beibl. 1 (Hamburg) schließt sich der vom VI. ZS. des RG. in **RG. 62** 346 (JDR. **5** Ziff. 4 b α) vertretenen Auffassung an.

5. Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **2** Ziff. 8). **a)** Fuld, Behandlungs- und Operationspflicht, ZVersWiss. **9** 521—530: Die Operationsduldung ist ein Unterfall der Behandlungsduldung. Die Anerkenunng einer bedingungslosen Operations- oder Behandlungspflicht ist mit dem Persönlichkeitsrechte, speziell dem Rechte am eigenen Körper, unvereinbar; andererseits gibt es kein unbedingtes Recht der Ablehnung. Dem Verletzten liegt eine Pflicht zur Duldung einer Behandlung oder Operation insoweit ob, als seine Weigerung mit dem im § 254 BGB. anerkannten allgemeinen Rechte auf Verkehrstreue in Widerspruch stehen würde. Hiernach ist dem Verletzten nur die objektiv unberechtigte und schuldhafte Weigerung von Rechtsnachteil. In der Frage, wann eine Weigerung berechtigt ist, vertritt Verf. gegenüber dem objektiven Standpunkte des RG. einen modifiziert subjektiven: entscheidend ist, was der Verletzte vernünftigerweise getan hätte, wenn er nicht in der Lage gewesen wäre, die Vermögensnachteile auf andere abzuwälzen. — Die Beweislast ist umzukehren, wenn der Verletzte dem Ersatzpflichtigen die Beweisführung schuldhaft (z. B. durch eigensinnige Untersuchungsweigerung) unmöglich macht. — Auf dem Gebiete der sozialpolitischen Versicherungsgesetzgebung besteht keine Pflicht zur Operationsduldung. **b)** Wesentlich übereinstimmend: Referat über Fulds Vortrag, R. **09** aaO. **c) RG.** R. **09** Ziff. 214. Der Umstand, daß der Verletzte die sofortige Zuziehung eines Arztes unterlassen hat, kann ihm als eigenes Verschulden nicht angerechnet werden, wenn er anfänglich die Verletzung (Gelenkverzerrung) nur für eine geringfügige gehalten hat. **d)** RheinA. **106** 92 (Cöln). Pflicht des gegen Unfall Versicherten, sich einer Operation zu unterziehen. **e)** S. auch oben Ziff. 2 i γ.

6. Feststellung im Prozesse (s. JDR. **7** Ziff. 6 **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 7). **a) RG.** JW. **09** 13 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 116. Die Frage eines mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten gehört zwar in das Verfahren über den Grund des Anspruchs. Hat jedoch das Gericht in dem Urteil über den Grund die Anwendung des § 254 dem Verfahren über den Betrag vorbehalten und ist dieses Urteil rechtskräftig geworden, so ist die Frage des mitwirkenden Verschuldens noch im Nachverfahren zu erörtern. Dasselbe muß dann gelten, wenn in dem Grundurteile der Klaganspruch schlechthin dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt ist und der Vorbehalt sich nur aus den zur Auslegung mit heranzuziehenden Entscheidungsgründen ergibt. **b) RG.** R. **09** Ziff. 2473. Ist ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach uneingeschränkt für berechtigt erklärt, so kann nicht nachträglich in dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs ein Teil des Anspruchs aus § 254 BGB. aberkannt werden. **c) RG.** R. **09** Ziff. 113. Die Einrede, der Kläger habe den Umfang des entstandenen Schadens mindern sollen, betrifft nur den Schadensbetrag und kann daher dem Verfahren über diesen überlassen bleiben.

7. Verhältnis des HaftpflG., insbesondere des § 1, zum § 254 (s. JDR. **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7 u. zu § 1 HaftpflG., **3** Ziff. 8 und zu § 1 HaftpflG., **2** Ziff. 10). **a) RG.** JW. **09** 46 Ziff. 6, SeuffBl. **09** 515, EisenbE. **25** 312, R. **09** Ziff. 3227. Hat bei Eisenbahnunfällen neben dem eigenen Verschulden des Verletzten ein Verschulden von Eisenbahnangestellten mitgewirkt, so kann gemäß § 254 BGB. je nach Lage des Einzelfalls angenommen werden, daß durch das Verschulden der Eisenbahnangestellten die Betriebsgefahr ausnahmsweise so sehr gesteigert gewesen sei, daß die Belastung des Unternehmers mit dem vollen Schadensersatze trotz des mitwirkenden eigenen Verschuldens als angemessen erscheine. **b) RG.** R. **09** Ziff. 2314. Wirkt bei einem Eisenbahnbetriebsunfalle neben dem Verschulden des Verletzten ein Verschulden des Wagenführers

mit, so ist dieses letztere Verschulden bei der gemäß § 254 vorzunehmenden Abwägung als ein die Betriebsgefahr erhöhender Umstand auch dann in Betracht zu ziehen, wenn es nach § 831 von dem Unternehmer nicht zu vertreten sein würde. **c)** α. **RG.** JW. **08** 496 Ziff. 35. Beweispflichtig dafür, daß ein Eisenbahnbetriebsunfall durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht wurde, ist der Betriebsunternehmer. Der Beweispflicht kann, wenn der Unfall nicht aufgeklärt ist, auch genügt sein, sofern die Sachlage mit höchster Wahrscheinlichkeit darauf hinweist, daß der Verletzte ohne eigene Schuld nicht verunglückt sein kann. Solchenfalls hat der Verletzte sich zu entlasten und darzutun, daß nach den besonderen Umständen sein Verhalten nicht schuldhaft war. β. **RG.** JW. **09** 735 Ziff. 41. Kann ein Eisenbahnbetriebsunfall nicht aufgeklärt werden, so ist es nicht angängig, ohne weiteres den Betriebsunternehmer für haftbar zu erklären. Spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen Sachverhalt, der ein Verschulden des Verletzten einschließt, so wird der Richter diesen Sachverhalt als erwiesen festzustellen haben, wenn es dem Verletzten nicht gelingt, darzutun, daß der Vorgang ein anderer war oder daß der Schluß auf ein Verschulden nach den besonderen Umständen des Falles nicht zutreffend ist. Werden jedoch verschiedene Hergänge als möglich festgestellt, so ist die Annahme, der Unfall sei durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht, nur dann gerechtfertigt, wenn sie für jeden der für möglich erachteten Hergänge zutreffend ist. γ. **RG.** JW. **09** 429 Ziff. 35. Ist die Ursache des Unfalls nicht aufgeklärt, so bleibt die Haftung des Betriebsunternehmers gemäß § 1 HaftpflG. bestehen (JW. **04** 406 Ziff. 8 [JDR. **3** Ziff. 3 zu § 1 HaftpflG.] u. a. Entsch.). δ. **RG.** EisenbE. **25** 380, R. **09** Ziff. 161. Nach Feststellung des BG. ist der Kläger beim Versuche verspäteten Absteigens vom Trittbrette des Zuges zufolge Angetrunkenheit abgestürzt. Unaufgeklärt ist, ob vorschriftswidrig der Plattformverschluß nicht niedergelegt war. Bei dieser Sachlage hat nicht die beklagte Eisenbahn zu beweisen, daß die Betriebsgefahr durch kein Versehen der Beamten erhöht gewesen ist, sondern der Kläger hat Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß sein Verschulden weniger die Ursache des Unfalls ist als dasjenige des Zugpersonals.

8. Verhältnis des § 833 zum § 254 (s. JDR. **7** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 1). **a)** **RG.** JW. **09** 136 Ziff. 13, R. **09** Ziff. 3038. Wer sich ohne zwingenden Grund in allzugroße, Gefahren in sich schließende Nähe fremder Tiere (Pferde) begibt, handelt schuldhaft. Der Umstand, daß der Verletzte durch längere Ausübung seiner Erwerbstätigkeit gegen Gefahren der in Rede stehenden Art abgestumpft war, vermag ein an sich gegebenes Verschulden nicht zu beseitigen, sondern kann nur bei Abwägung des Maßes des Verschuldens in Betracht kommen. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 1974. Mitwirkendes Verschulden eines Pferdehändlers, der bei Besichtigung eines Pferdes im fremden Stalle, in dem ständiger Verkehr mit Pferden stattfindet, nicht von vornherein einen gesicherten Platz einnimmt. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 2110. Unfall eines Viehhändlers, der bei Besichtigung eines Viehs, obwohl er durch einen ersten Schlag gewarnt war, ohne Vorsichtsmaßregeln herangetreten ist. Anspruch gegen den Tierhalter ausgeschlossen. **d)** SeuffA. **64** 275 (Zweibrücken). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erheischt nicht, daß mit der Möglichkeit des Loßreißens eines angeketteten — bissigen — Hundes gerechnet werde. **e)** S. oben Ziff. 2 a ε.

9. Einzelfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung. **a)** Zum § 1 HaftpflG. α. Straßenbahnunfälle (s. JDR. **7** Ziff. 10 a α, **6** Ziff. 8 a α, **5** Ziff. 10 a α, **4** Ziff. 10 a α, **3** Ziff. 10 a, **2** Ziff. 12 a). **RG.** EisenbE. **25** 290. Der Passant darf die Straßenbahngeleise nur überschreiten, nachdem er sich vergewissert hat, daß ihm hierbei keine Gefahr droht. — **RG.** EisenbE. **26** 47, R. **09** Ziff. 1722. Unfall eines Fahrgastes, der den in langsamer Fahrt befindlichen Wagen einer Kleinbahn an einer Haltestelle in rechtem Winkel zur Fahrt=

richtung sich bewegend verläßt. Ersatzanspruch verneint. — **RG.** R. **09** Ziff. 1228, EisenbE. **25** 410. Wer sich nach durchwachter Nacht allein auf die an einer Seite offene Plattform eines Straßenbahnwagens stellt, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, weil er damit rechnen muß, daß er, von Schlaftrunkenheit übermannt, die Gewalt über sich verlieren und herabstürzen kann. — **RG.** JW. **09** 47 Ziff. 7, EisenbE. **25** 318, 384, R. **09** Ziff. 384. Ein bejahrter, nicht im Besitze voller Sinnesschärfe und Beweglichkeit befindlicher Passant, der dicht neben dem Straßenbahngeleise entlang ging, ist von hinten von einem Motorwagen erfaßt worden. Wenn auch ein Entlanggehen an den Geleisen an sich kein Verschulden enthält, so muß doch in solchem Falle der Passant mit geschärfter Aufmerksamkeit — Umschau, Innehaltung eines möglichen Abstandes — darauf achten, daß er eine gefährliche Annäherung an einen Motorwagen vermeidet. Darauf, daß er von einem hinter ihm herfahrenden Wagen durch Läutesignale besonders gewarnt oder daß er das Geräusch des Wagens nicht überhören werde, darf er sich nicht unbedingt verlassen. Vorliegend war bei den persönlichen Eigenschaften des Verletzten besondere Vorsicht geboten. Dem stand eine Steigerung der Betriebsgefahr der Bahn gegenüber, da der Wagenführer unterlassen hat, ein wiederholtes Läutesignal zu geben. Für den Wagenführer ist ein, nötigenfalls wiederholtes Läutesignal geboten, wenn der neben dem Geleise hergehende Passant sich in gefährlicher Nähe der Geleise bewegt oder eine derartige Annäherung zu erwarten steht. — Ersatzanspruch zur Hälfte zugebilligt. — **RG.** R. **09** Ziff. 2181. Grobes Verschulden eines Kutschers, der nahe vor einem Straßenbahnzuge die andere Straßenseite zu gewinnen suchte. Haftpflichtanspruch ausgeschlossen, obwohl die Betriebsgefahr der Straßenbahn durch Witterungsverhältnisse erhöht war. — **RG.** R. **09** Ziff. 639. Abspringen eines auf der Straßenbahn abonnierten Schulknaben während der Fahrt; Abwägung seines Verschuldens gegen die Betriebsgefahr der Bahn (s. o. Ziff. 3 c). — **RG.** R. **09** Ziff. 637. Mitverschulden eines Radfahrers verneint, der vor einem Straßenbahnwagen die Schienen gekreuzt hat und dabei mit dem Rade zu Fall gekommen ist. — **RG.** BayRpflZ. **09** 393. Ohne Rechtsirrtum hat das BG. ein Verschulden des beim Betriebe der Straßenbahn verunglückten Klägers nicht darin erblickt, daß er sich unmittelbar vor Ankunft des Zuges an der Haltestelle angeschickt hat, das Trittbrett zu betreten und die zum Festhalten bestimmte Seitenstange zu ergreifen. — **RG.** R. **09** Ziff. 16. Aufenthalt auf der Plattform eines Straßenbahnwagens auf einer kurvenreichen Strecke ist nicht schon an sich Verschulden des Fahrgastes. — **RG.** R. **09** Ziff. 2543. Steigerung der Betriebsgefahr bei Probefahrten einer Straßenbahn, an deren Verkehr das Publikum noch nicht gewöhnt ist. — SeuffA. **64** 185, EisenbE. **26** 22 (Dresden). Mitverschulden einer 82 jährigen Frau aus dem Volke verneint, die vom haltenden Motorwagen trotz warnenden Plakats entgegen der Fahrtrichtung abgestiegen und infolge vorzeitigen Anfahrens des Wagens verletzt ist. — BayRpflZ. **09** 214, EisenbE. **26** 30 (Nürnberg). Vom Eigentümer des beschädigten Fuhrwerkes zu vertretendes (Art. 58 BayAGBGB., §§ 254, 278 BGB.) Mitverschulden des Kutschers, der vorschriftswidrig auf dem Straßenbahngeleise angehalten hat. Ersatzanspruch zu ³/₄ begründet. — β. Eisenbahnunfälle (s. JDR. **7** Ziff. 10 a β, **6** Ziff. 8 a β, **5** Ziff. 10 a β, **4** Ziff. 10 a β, **3** Ziff. 10 a β). **RG.** GruchotsBeitr. **53** 426. Kein Mitverschulden des Verletzten, eines Kunstreiters, der sich ohne Ausweis und Fahrkarte in dem zur Beförderung seiner Pferde dienenden Wagen aufgehalten und beim Rangieren einen Betriebsunfall erlitten hat. — **RG.** R. **09** Ziff. 3662. Ein Mitverschulden des beim Aussteigen durch eine Rangierbewegung verletzten Reisenden liegt weder darin, daß er auf der Fahrt geschlafen hat, noch darin, daß er, als er auf der Endstation erwachte und die Zugbediensteten noch an dem Wagen beschäftigt fand, ausgestiegen ist, ohne sich zu vergewissern, ob er dies gefahrlos tun könne. — **RG.** R. **09** Ziff. 433. Wer ein Anschlußgleis zwischen

zwei Eisenbahnwagen überschreitet, obwohl er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt wahrnehmen muß, daß Rangierbewegungen stattfinden, von denen auch die Wagen betroffen werden, handelt fahrlässig, wenn er nicht durch genaue Umschau sich vergewissert, daß das Überschreiten gefahrlos ist. — **RG.** R. **09** Ziff. 2541. Hinaustreten in den Seitengang des fahrenden D-Zugwagens ist, auch wenn kein besonderer triftiger Grund dazu vorlag, kein Verschulden; die gewöhnlichen Stöße beim Einfahren und Halten eines Zuges sind nicht geeignet, jemanden umzuwerfen. — **RG.** R. **09** Ziff. 2048. Unfall des Fahrgastes beim Wiedereinsteigen nach versehentlichem Aussteigen auf einer Zwischenstation; Erhöhung der Betriebsgefahr der Eisenbahn infolge mangelhafter Beleuchtung, infolge deren weder der Reisende den Stationsnamen erkannt noch der Schaffner das Aussteigen bemerkt hat. Ersatz zu $^2/_3$ zugebilligt. — **RG.** R. **09** Ziff. 2047. Verletzung eines Reisenden, der, während der Schaffner die Abteiltüre bereits in der Hand hielt, über die Schutzleiste hinaus in den Türspalt faßte und beim Zuschlagen gequetscht wurde. Ersatzanspruch gegen die Eisenbahn verneint. — **RG.** JW. **09** 469 Ziff. 41, LeipzZ. **09** 857 Ziff. 36, R. **09** Ziff. 2542. Der Umstand, daß ein vom Zuge gestürzter Bremser auf dem Bremsersitze während des Dienstes geschlafen hat, enthält an sich ein so schweres Verschulden, daß jeder Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, sofern jenes Verhalten nicht durch besondere Umstände einigermaßen entschuldigt wird. — **RG.** R. **09** Ziff. 3867. Ein Fahrgast, der vor dem Anhalte n des Zuges die Abteiltür öffnet und dann infolge der — mäßigen — Erschütterung des Wagens beim A nhalten aus dem Abteile hinausfällt, kann wegen grober Unvorsichtigkeit einen Haftpfl ichtanspruch nicht erheben. — **RG.** JW. **09** 190 Ziff. 4, EisenbE. **25** 404, R. **09** Ziff. 1101. Ein den Eisenbahnwagen verlassender Reisender, der sich schon auf der untersten Stufe der Waggontreppe befand, als der Zug sich wieder in Bewegung setzte, ist beim Abspringen verletzt. Dieses Mitverschulden ist insofern milder zu beurteilen, als auch das Umdrehen und Wiedereinsteigen mit einer, wenn schon geringeren Gefahr verbunden war. Ersatzanspruch zu $^3/_4$ zugebilligt. — **RG.** EisenbE. **25** 405, R. **09** Ziff. 1227. Darin, daß ein Eisenbahnzug auf einer Station weniger als eine Minute hält, ist fü das Aussteigen aus einem Durchgangswagen, der nicht von jedem Abteil aus unmittelbar verlassen werden kann, eine besondere Betriebsgefahr zu erblicken, die bei der Abwägung eines mitwirkenden Verschuldens des verletzten Fahrgastes gegenüber der Betriebsgefahr zu berücksichtigen ist. — **RG.** JW. **09** 736 Ziff. 42, R. **09** Ziff. 3663. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird vom Reisenden nicht außer acht gelassen, der während der Fahrt aus zulässigem Anlaß — etwa um das Fenster aufzuziehen oder niederzulassen — sich in die Nähe der Abteilstür stellt, ohne vorher den Verschluß der Tür zu untersuchen, indem er sich vielmehr darauf verläßt, daß die Eisenbahnbeamten das von ihnen auszuführende und nachzuprüfende Verschließen des Wagens besorgt haben. — **RG.** JW. **09** 59 Ziff. 31, EisenbE. **25** 316. Unfall des Fahrgastes, der beim Aussteigen aus einem über den Bahnsteig hinausgefahrenen Zuge infolge ungewöhnlichen Abstandes des Trittbretts vom Erdboden einen Fehltritt tut. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie nach dem Beförderungsvertrage sind die Eisenbahnverwaltungen verpflichtet, die Einrichtungen so zu treffen, daß der Fahrgast ungefährdet auf der Station aussteigen kann, und hierauf darf der Reisende im allgemeinen vertrauen. Allerdings muß, falls ein Teil des Zuges außerhalb des Bahnsteigs zu stehen kommt, der Fahrgast hiernach sein Verhalten einrichten. Auf einen Abstand des Trittbrettes von 70 cm braucht er aber nicht gefaßt zu sein; in solchem Falle hat vielmehr die Bahnverwaltung Hilfe zu leisten oder auf die besondere Gefährdung aufmerksam zu machen (so schon **RG.** EisenbE. **24** 402 [JDR. 7 Ziff. 10 a β]). — **RG.** R. **09** Ziff. 3230. Der Satz, daß wer, ohne sich umzusehen, über ein Bahngeleise geht und von einem Zuge erfaßt wird, den Schaden allein zu tragen hat, gilt nicht ausnahmslos; besondere Umstände können vielmehr eine

dem Verletzten günstigere Beurteilung rechtfertigen (Unfall eines zur Gleisüberschreitung dienstlich genötigten Postaushelfers; Erhöhung der Betriebsgefahr der Bahn). — **RG.** EisenbE. **26** 45, R. **09** Ziff. 1416. Grob fahrlässiges Verhalten eines Reisenden, der von dem noch in Bewegung befindlichen Zuge trotz Warnung abzuspringen sucht. Haftpflichtanspruch verneint. — **RG.** EisenbE. **26** 45, R. **09** Ziff. 141 Grobe Fahrlässigkeit eines Eisenbahnarbeiters, der auf dem Wege zur Arbeitsstätte unnötigerweise eine gefährliche Eisenbahnbrücke passiert. Der Einwand, die Fahrlässigkeit sei wegen der Abstumpfung derartiger Personen gegen die Betriebsgefahren ein geringeres, ist unbeachtlich, da es sich nicht um einen Unfall an der Arbeitsstelle handelt. Kein Ersatzanspruch. — **RG.** EisenbE. **26** 41. Außerachtlassen der allergeringsten Aufmerksamkeit bei Überschreitung eines Bahngeleises. Haftpflichtanspruch ausgeschlossen. — **RG.** GruchotsBeitr. **53** 423. Der Reisende muß beim Aussteigen aus dem Eisenbahnwagen, um den durch die Höhe oder die Glätte der Trittbretter gegebenen Gefahren zu begegnen, rechtzeitig die am Wagen angebrachten Sicherheitshandhaben erfassen. — b) W e i t e r e k ö r p e r l i c h e U n f ä l l e (s. JDR. **7** Ziff. 10 c, **6** Ziff. 10 c, **5** Ziff. 10 c, **3** Ziff. 10 c, **2** Ziff. 12 c). α. A u f S t r a ß e n (s. auch oben Ziff. 8). **RG.** BayRpflZ. **09** 90. Erhebliches Mitverschulden eines vom Bahnhofe heimkehrenden Fußgängers, der, obwohl er den gefährlichen Zustand der unbeleuchteten, mit verstreuten Steinen bedeckten Straße bei seinem Wohnhause kannte, nachts an den Steinen vorbeiging, anstatt einen geringfügigen, wegen des Gepäcks allerdings beschwerlichen Umweg zu machen oder Licht zu besorgen. — **RG.** SeuffA. **64** 272, R. **09** Ziff. 1102. Darin, daß ein Fußgänger auf der Landstraße nicht das für den Fußgängerverkehr bestimmte Bankett benutzt, ist noch nicht ein Verschulden zu erblicken; ein auf dem Fahrdamme gehender Fußgänger muß allerdings daran denken, daß dort auch Fuhrwerke verkehren und sich darum kümmern und danach umschauen. — **RG.** R. **09** Ziff. 640. Verschulden des Fuhrwerksbesitzers, der keine Laternen beschafft hat. Überwiegendes Mitverschulden des verletzten Fahrgastes, der zuließ, daß der jugendliche Kutscher das Pferd bei Dunkelheit und Nebel in schneller Gangart gehen ließ. — **RG.** R. **09** Ziff. 14. Haben durchgehende Pferde nicht rechtzeitig zurückgehalten werden können, weil beim kräftigen Anziehen der Zügel ein solcher riß, so kann daraus nicht ohne weiteres auf eine v e r s c h u l d e t e Mangelhaftigkeit der Zügel geschlossen werden. — **RG.** R. **09** Ziff. 2229. Mitverschulden eines Fußgängers, der nachts einen Landweg, dessen schlechter Zustand ihm bekannt war, benutzte, ohne sich mit einer Laterne zu versehen. — **RG.** JW. **09** 14 Ziff. 6. Nichtmitnahme einer Laterne bei Kenntnis von der schlechten Beschaffenheit eines Weges kann mitwirkendes Verschulden darstellen. — **RG.** R. **09** Ziff. 3734. Einen Fußgänger, der während des Marktverkehrs auf der Fahrstraße der Kleinstadt stehen bleibt und dort von einem vorübergeführten Pferde geschlagen wird, trifft kein Mitverschulden. — **RG.** R. **09** Ziff. 675. Grobes Verschulden des an der Biegung einer stark abschüssigen Straße verunglückten Radfahrers, der auf der ihm unbekannten und durch Waldbestand unübersichtlichen Straße in schnellem Tempo auf einem Rade gefahren ist, dessen Kette gebrochen war. Wird festgestellt, daß die der Beklagten zur Last fallende Unterlassung einer Verwahrung der Unfallstelle oder des Anbringens von Warnungszeichen für den Unfall kausal war, so kann nicht angenommen werden, daß dieses Verschulden gegenüber dem des Verletzten völlig zurücktrete. — SchlHolstAnz. **09** 296 (Kiel). Ein Mitverschulden der auf polizeilich abgesperrter Straße mit Pflasterungsarbeiten beschäftigten Arbeiter liegt nicht darin, daß sie auf etwa auf der Straße verkehrende Radfahrer nicht achten. — S. auch oben Ziff. 2 a η (Hamburg). β. I n G e b ä u d e n. **RG.** R. **09** Ziff. 215. Mitverschulden eines Hotelgastes, der sich nachts zur Beleuchtung eines Korridors lediglich eines Streichholzes bedient. — Schadenteilung nach Hälften. **RG.** R. **09** Ziff. 2396. Unfall des Gastes, der Keller- und Aborttür verwechselt hat. Schaden-

teilung nach Hälften. — **RG.** JW. **09** 105 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 635. Der Mieter ist beim Betreten des Hauses auf einem Absatze der unbeleuchteten, aber sonst ordnungsmäßigen und ihm bekannten Haustreppe gestürzt. Einer sehr geringen Nachlässigkeit der Portiersfrau in Erfüllung der Beleuchtungspflicht (s. § 276 Ziff. 8 b λ) steht überwiegendes Verschulden des Verletzten gegenüber, den auch insofern ein Verschulden trifft, als er unterlassen hat, sich im Hause selbst oder in der Nachbarschaft Licht zu verschaffen, obwohl er es zur Zeit des Unfalls leicht hätte erhalten können. Ersatzanspruch abgewiesen. — **RG.** SächsRpflA. **09** 68. Keine Verletzung der erforderlichen Achtsamkeit bei behutsamem Weiterschreiten in einem dunklen Hausflure. — **RG.** R. **09** Ziff. 3310. Verschulden des beim Sturze in einen Kellerschacht Verletzten mit Rücksicht darauf verneint, daß er dem ihn führenden Dienstboten im Dunkeln folgte. **c)** Bei Vertragsverhältnissen (s. JDR. **7** Ziff. 10 d, **6** Ziff. 8 d, **5** Ziff. 10 d, **4** Ziff. 10 d). α. Käufer und Verkäufer. αα. **RG.** R. **09** Ziff. 636. War der Besteller einer Maschine, der aus verzögerter Lieferung einen Schadensersatzanspruch erhebt, in der Lage, durch Beschaffen einer Ersatzmaschine den Schaden herabzumindern, so kann er sich regelmäßig nicht darauf berufen, daß sein Vertragsgegner ihm eine Ersatzmaschine nicht angeboten oder beschafft habe. ββ. **RG.** LeipzZ. **09** 321 Ziff. 4. Pflicht des Käufers zur Vornahme eines Deckungskaufs im Falle der Berechnung des abstrakten Schadens: s. u. zu § 326 Ziff. 11 d. γγ. HansGZ. Hptbl. **09** 283 (Hamburg). Der Käufer ist gegenüber dem säumigen Verkäufer in der Regel nicht verpflichtet, sich einzudecken. δδ. R. **09** Ziff. 2089 (Hamburg). Der Einwand des schadensersatzpflichtigen Beklagten, daß Kläger die Ware in Japan mit 23 pCt. Verlust zu billig verkauft habe, ist unbegründet, da, wie gerichtsbekannt, die japanischen Käufer sich Abweichungen vom Vertrage — verspätete Lieferung — in weitem Umfange zunutze machen und die Verkäufer zu Preisnachlässen zwingen. εε. **RG.** LeipzZ. **09** 143 Ziff. 19: s. bereits JDR. **7** Ziff. 10 d γγ sowie unten § 326 Ziff. 11 b. β. Pächter und Verpächter. **RG.** R. **09** Ziff. 346. Nach nicht zu beanstandender Annahme des BG. ist darin, daß der auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Exmissionsurteils ausgesetzte Pächter sich nach Aufhebung dieses Urteils nicht um Wiedereinräumung der Pacht gemeldet hat, ein mitwirkendes Verchulden nicht zu finden. γ. Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter. **RG.** R. **09** Ziff. 2244. Die Verpflichtung des Dienstherrn aus § 618 entbindet den Dienstverpflichteten nicht von der Haftung aus eigener Fahrlässigkeit. Im vorliegenden Falle ist einwandfrei angenommen, daß den infolge mangelhafter Beschaffenheit einer Leiter verletzten Sohn des beklagten Wirtes, der bei diesem als Oberkellner angestellt ist, überwiegendes Verschulden trifft, da ihm nach seiner Stellung ohne weiteres die Mitaufsicht über die Gerätschaften oblag und er auch beim Unfalle selbst fahrlässig gewesen ist. δ. Eisenbahnfrachtvertrag. **RG.** LeipzZ. **09** 240 Ziff. 3. Schadensersatzanspruch des Empfängers beim Eisenbahnfrachtvertrage wegen Beschädigung des Frachtguts infolge verspäteter Lieferung. Mitwirkendes Verschulden des Verfügungsberechtigten durch ungenügende Adressierung des Frachtbriefs. Ersatzanspruch zu 1/3 zugebilligt. ε. Gerichtsvollzieher und Prozeßbevollmächtigter des Auftraggebers. αα. **RG.** JW. **09** 315 Ziff. 14, DJZ. **09** 825, R. **09** Ziff. 1757, 1785. Der auf Schadensersatz belangte Gerichtsvollzieher war im Vorprozesse von dem prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalte des Klägers mit Zustellung der Berufungsschrift beauftragt; er hat die zugestellte Abschrift einschließlich der Terminsbestimmung nicht ordnungsmäßig beglaubigt, indem er den Beglaubigungsvermerk nicht unterzeichnet hat. Den Anwalt des Klägers trifft ein überwiegendes, die Schadensersatzpflicht des Beklagten ausschließendes Verschulden, weil er unterlassen hat, den Wiedereinsetzungsantrag zu stellen, obwohl er durch Schriftsatz des Gegners auf den Mangel der Beglaubigung aufmerksam gemacht

wurde. ββ. **RG.** R. **09** Ziff. 15. Der Gerichtsvollzieher hat bei Beglaubigung der Abschrift einer dem Schuldner zugestellten gerichtlichen Schuldurkunde übersehen, daß in dem Vermerk über die Vorlesung der Urkunde infolge eines Schreibfehlers „Antrag" statt „Vertrag" stand. Der Prozeßbevollmächtigte des Schuldners hat darauf, ohne sich, was nahelag, nach dem Vorliegen eines Schreibfehlers zu erkundigen, gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel mit der Begründung Einwendung erhoben, daß die Urkunde nicht vorgelesen sei. Nach erfolgter Zurückweisung der Einwendung verlangt der Schuldner auf Grund des Verschuldens des Gerichtsvollziehers vom Staate Ersatz der ihm durch die Zurückweisung entstandenen Kosten. Der Anspruch ist unbegründet, da das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten des Schuldners (§ 254 Abs. 2 Satz 2) das ganz überwiegende ist. ζ. Auftrag. MecklZ. **27** 340 (Rostock). Mitwirkendes Verschulden einer Bank, die unterlassen hat, einen mit Einholung von Wechselunterschriften Beauftragten besonders anzuweisen, daß er sich über die Echtheit der Unterschriften vergewissere. $^1/_3$ zugebilligt. **d)** Weitere Einzelfälle. α. Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO. **RG.** SeufBl. **09** 703, R. **09** Ziff. 2302. Ein Gläubiger hatte den dinglichen Arrest und für den Fall der Erfolglosigkeit den persönlichen Arrest erwirkt. Der Schuldner hintertrieb die zunächst versuchte Pfändung eines Schecks, wobei er erklärte, er gehe lieber ins Gefängnis, als daß er die Urkunde herausgebe. Hierauf wurde der persönliche Arrest vollstreckt. Der nach Aufhebung des Arrestes aus § 945 ZPO. geltend gemachte Schadensersatzanspruch des Schuldners ist wegen überwiegenden eigenen Verschuldens ausgeschlossen. β. Bei der Zwangsversteigerung Beteiligter. BayRpflZ. **09** 154 (Nürnberg). Infolge eines vom Beklagten mit einem Bieter geschlossenen pactum de non licitando sind die Kläger in der Zwangsversteigerung ausgefallen. Gegenüber ihrem auf § 826 gestützten Ersatzanspruch kann der Einwand des Mitverschuldens nicht darauf gestützt werden, daß sie im Termine säumig gewesen sind. Bei ihrer ärmlichen Lage und ihrer Unfähigkeit zu etwaiger Sicherheitsleistung kann ihr Nichterscheinen ihnen nicht zur Schuld angerechnet werden; sie durften sich darauf verlassen, daß ordnungsmäßig verfahren werde. γ. Ausschluß des Mitverschuldens wegen des Vertrauens auf Notar und Gericht. **RG.** SeuffA. **64** 392, JW. **09** 190 Ziff. 3, BayRpflZ. **09** 190. Der Zessionar einer Hypothek ist dadurch geschädigt, daß der Hypothekenbrief durch Versehen des Grundbuchführers dem Zedenten ausgehändigt ist. Ihn trifft Mitverschulden, da er unterlassen hat, sich nach dem Verbleib des Hypothekenbriefs zu erkundigen. Bei der Geringfügigkeit dieses Verschuldens liegt jedoch kein Grund zur Schadensteilung vor. Dabei war zu erwägen, daß der Zessionar die Angelegenheit in der Hand des Notars und des Gerichts wußte, und daß der Gedanke, seitens des Gerichts werde ein Versehen vorkommen, ihm fern liegen konnte. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 2090. Hat der Beschädigte dadurch Materialverlust erlitten, daß er durch den Schädiger an der Fortführung begonnener Bauten gehindert ist, so wird die Ersatzverbindlichkeit nicht dadurch aufgehoben, daß der Nießbraucher der im Bau begriffenen Grundstücke verpflichtet und imstande war, den Schaden abzuwenden.

§ 255. 1. Über das Verhältnis des § 255 zu § 426 vgl. *Reichel, Schuldmitübernahme 52 ff.

2. Aufrechnung von Vorteil und Nachteil (compensatio lucri cum damno) (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** zu § 255, **2** zu § 255, **1** zu § 255). **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 916, JW. **09** 455 Ziff. 8, LeipzZ. **09** 853 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 2368. Bei der Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno) handelt es sich um eine selbständige Behauptung (Einrede) des Schädigers, mit der er die Wiederaufhebung des entstandenen Schadens geltend macht und die er selbst zu beweisen hat (JW. **07** 841 Ziff. 21 und R. **07** 1464 Ziff. 3642; vgl. auch **RG. 65** 60, 62). **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 968. Hat ein Vertrags-

teil nachgewiesen, daß er infolge Vertragsbruchs seines Vertragsgegners eine bestimmte Vermögensaufwendung habe machen müssen, so genügt dies zunächst für den Ersatzanspruch. Behauptet der andere Teil, daß der Schaden durch Vorteile ausgeglichen sei, so hat er dies darzulegen. **c)** **RG.** LeipzZ. **09** 310 Ziff. 9. Nach § 249 kann ein Schaden nicht einseitig nach Höhe des aus dem Vermögen des Beschädigten in das des Schädigers übergegangenen, sondern nur unter Ausgleichung aller aus derselben Wurzel entspringenden Vermögens-Ab- und -Zugänge festgesetzt werden (**RG. 54** 149) (s. auch § 393 Ziff. 2). **d)** **RG.** JW. **09** 358 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 1972. Hat der Käufer des Rechtes aus dem Meistgebote durch schuldhafte Unterlassung der Obliegenheiten aus § 81 Abs. 2 ZVG. die Erteilung des Zuschlags an den ursprünglich Meistbietenden herbeigeführt, so kann dieser auf Grund des ihm zustehenden Schadensersatzanspruchs nicht ohne weiteres Ersatz seiner Aufwendungen an Zuschlagskosten, Stempel und Umsatzsteuer verlangen, es darf vielmehr nicht außer Betracht bleiben, daß er durch die Vertragsverletzung das Eigentum an dem Grundstück erlangt hat und daß dieser Wertzuwachs nicht nur die Verpflichtung aus dem Meistgebot und das für die Abtretung weiter vereinbarte Entgelt, sondern daneben auch jene Aufwendungen ganz oder teilweise decken kann. **e)** **RG.** SeuffA. **64** 138, GruchotsBeitr. **53** 913, SeuffBl. **09** 459, JW. **09** 46 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 213. Parteien haben einen Grundstückstausch abgeschlossen, dessen Erfüllung der Beklagte verweigerte. Der Kläger hat demnächst die ihm geschuldeten Grundstücke im Wege der Zwangsvollstreckung für einen den vertragsmäßig festgesetzten Tauschwert nicht übersteigenden Betrag erstanden. Er beansprucht mit der Begründung, daß die von ihm eingetauschten Grundstücke einen Mehrwert gegenüber dem Vertragspreise gehabt haben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nach den Grundsätzen über die Vorteilsausgleichung steht ihm ein solcher Anspruch nicht zu. Schaden und Vorteil stehen, da dem Kläger der Erwerb der Grundstücke nur durch die Nichterfüllung durch den Beklagten möglich geworden ist, in ursächlichem Zusammenhange, beruhen auf einem und demselben Ereignisse. Der Begriff „ein und dasselbe Ereignis" darf nicht zu eng gefaßt und Zusammenhängendes nicht zerrissen werden; gerade auf dem Gebiete der Vorteilsausgleichung ist zu berücksichtigen, was aus der Natur der Sache und der Billigkeit folgt (ROHG. **22** 184). **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 3559. Wegfall der Pflicht zur Hausarbeit kommt bei der Witwe des Getöteten nicht als Schadensminderung in Betracht. **g)** **RG.** R. **09** Ziff. 1973. Der Bauherr begehrt vom Bauunternehmer, der den Ausbruch von Schwamm verschuldet hat, Ersatz der Kosten der Beseitigung. Er braucht sich hierbei nicht den Betrag kürzen zu lassen, um den sich — durch Verwendung von Eisenkonstruktionen — der Verkaufswert des Hauses erhöht hat, weil er das Haus nicht zum Weiterverkauf, sondern um es zu bewohnen, hat bauen lassen. **h)** **RG.** R. **09** Ziff. 11. Wenn infolge der Tieferlegung einer Straße für einen Anlieger bei einer Bebauung eine tiefere Ausschachtung notwendig wird und dadurch die Baukosten sich erhöhen, so sind, wenn dem Anlieger die aus der Tieferlegung der Straße sich ergebenden Nachteile zu ersetzen sind, die Vorteile anzurechnen, die für ihn durch die Regulierung der Straße entstehen, und zwar gleichviel, ob es sich um besondere, ihm allein entstehende Vorteile oder um einen allen Anliegern zugute kommenden Vorteil handelt (vgl. **RG. 44** 282, GruchotsBeitr. **51** 810 [JDR. **6** Ziff. 2 b], R. **08** II Ziff. 462 [JDR. **7** Ziff. 2 c]). **i)** R. **09** Ziff. 801 (Hamburg). Handelt es sich um die Frage, welchen Gewinn Beklagte dadurch erzielt hat, daß sie in einem einzelnen Falle das Patent der Kläger verletzt hat, so ist sie nicht berechtigt, von dem Gewinn einen Teil der allgemeinen Geschäftsunkosten in Abzug zu bringen, es wäre denn das einzelne Geschäft so erheblich gewesen, daß es die allgemeinen Unkosten unmittelbar beeinflußt hat. **k)** R. **09** Ziff. 3560 (Frankfurt). Im Falle der Tötung eines Kindes ist neben dem Nachteile, der im Fortfalle der vom Kinde in reiferen Jahren in Haushalt und Geschäft zu erwartenden Dienste

besteht, auch der Vorteil zu berücksichtigen, der aus der Befreiung von der Unterhaltspflicht erwächst. Ein Überschuß des Nachteils über diesen Vorteil ist nicht anzunehmen, wenn es sich um den 6 jährigen Sohn eines Kolonialwarenhändlers handelt. l) **RG.** LeipzZ. **09** 70 Ziff. 4 s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 a. **m)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 79 s. bereits JDR. **7** Ziff. 29.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2782. Der Entschädigungsverpflichtete kann nicht verlangen, daß der Entschädigungsberechtigte zunächst die ihm etwa gegen Dritte zustehenden, vielleicht unsicheren und weitaussehenden Ansprüche verfolgt und nur den Ausfall gegen den Verpflichteten geltend macht (Mot. II 25).

§ 257. *Reichel, Schuldmitübernahme 556. Eine gesetzliche Befreiungspflicht wird begründet durch § 426 Abs. 1: Jeder Mitschuldner jedem Mitschuldner nach Höhe des Innenanteils befreiungspflichtig.

§ 259. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 331, 455, 459: Der Anspruch aus §§ 259, 260, ein sogenannter Deklarations- oder Bekundungsanspruch (Reichel, ZZPr. **37** 48 ff.), ist nicht übertragbar ohne den Hauptanspruch, in dessen Dienst er steht; mit dem Hauptanspruch geht er ipso iure über (§ 401); Schuldübernahme ist nur insoweit möglich, als sie nicht gegen die guten Sitten verstößt: Keine Schuldübernahme hinsichtlich der Verpflichtung zur Offenbarungseidesleistung.

2. **RG.** **70** 250 ff., JW. **09** 228 Ziff. 26, DJZ. **09** 545. Die Verpflichtung des Patentverletzers zur Rechnungslegung über den gezogenen Gewinn besteht nicht nur im Falle der wissentlichen, sondern auch im Falle der grobfahrlässigen Patentverletzung.

3. OLG. **18** 29 (Celle). Kein Anspruch auf Rechnungslegung bei Verletzung eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbots.

4. OLG. **18** 366 (KG.). Dem Pflichtteilsberechtigten als solchem steht ein Anspruch auf Rechnungslegung nicht zu.

5. SchlHolstAnz. **09** 81 (Kiel). Für die Form der vom Nachlaßverwalter zu legenden Schlußrechnung ist nicht § 259, sondern § 1841 maßgebend.

6. BayRpflZ. **09** 379 (Bamberg). Das Recht des Gesellschafters gegen den geschäftsführenden Mitgesellschafter auf ordnungsmäßige Rechnungslegung geht nicht dadurch verloren, daß es in früheren Fällen nicht ausgeübt worden ist, es entsteht vielmehr bei jeder Geschäftsführung von neuem.

7. LeipzZ. **09** 488 Ziff. 2 (Naumburg). Rechenschaftspflicht des Ehemanns gegenüber dem Verwalter im Konkurse der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande: s. zu § 260 Ziff. 3b.

8. Anspruch auf Entlastung? (s. JDR. **7** Ziff. 3, **3** Ziff. 2). **RG.** JW. **09** 75 Ziff. 10. Ein Streit über die Entlastung des Testamentsvollstreckers kann sich nur an eine Rechnungslegung über die gesamte Verwaltung (§§ 2218, 666, 259) anschließen. Vorliegend dagegen handelt es sich um den Streit über die gehörige Pflichterfüllung bei Gelegenheit eines einzelnen Geschäfts, und dieser Streit kann auf Klage des Testamentsvollstreckers unabhängig von der ihm obliegenden Rechnungslegung dann zum Austrage gebracht werden, wenn die Voraussetzungen des § 256 ZPO. vorliegen.

§ 260. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme, s. o. zu § 259 Ziff. 1.

2. **a)** Kupfer, Das Recht des Agenten auf Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn im Prozesse, R. **09** Sp. 508: Dem Agenten steht zum Nachweise seiner Provisionsforderungen im Prozesse zwar kein Recht auf Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn zu, ihm steht aber die Bestimmung des § 260 BGB. zur Seite. Denn die Mitteilung des Buchauszugs durch den Geschäftsherrn enthält eine „Auskunftserteilung", und die Gesamtheit der dem Agenten zustehenden Provisionsforderungen stellt sich als ein „Inbegriff" nach § 260 dar. **b)** Haeger,

R. **09** 598 gegen Breit, HoldhMSchr. **05** 225 ff. Der Agent kann bezüglich des Buchauszugs von seinem Geschäftsherrn den Offenbarungseid nicht verlangen.

3. **a)** **RG.** JW. **09** 690 Ziff. 18. Eine urteilsmäßig erzwingbare Verpflichtung des in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehemanns, seiner Ehefrau Auskunft über die Verwaltung des Gesamtguts zu geben, besteht nicht. **b)** LeipzZ. **09** 488 Ziff. 2 (Naumburg). Der Konkursverwalter über das Vermögen der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau kann von dem Ehemanne die Herausgabe des eingebrachten Gutes zum Zwecke der Verwertung für die Konkursgläubiger, denen es haftet, jedenfalls dann verlangen, wenn der Wert des Gutes durch die Forderungen dieser Gläubiger erschöpft wird. Zur Vorbereitung dieses Herausgabeanspruchs kann er nach § 260 ein Verzeichnis des Bestandes des Eingebrachten und in entsprechender Anwendung der §§ 1374 Satz 2 und 1421 Auskunft und Rechnung verlangen. **c)** R. **09** Ziff. 3525 (Braunschweig). Die Verpflichtung der Ehefrau zur eidlichen Manifestierung ihres Eingebrachten setzt den vom Ehemann zu erbringenden Nachweis voraus, daß sie überhaupt Ehegut besitzt.

4. **a)** SächsRpflA. **09** 358 (Dresden). Der pflichtteilsberechtigte Nichterbe kann vom Erben Auskunft über die Vorempfänge verlangen (§§ 2057, 2314, 2316, 2303 Abs. 1). **b)** OLG. **18** 366, KGBl. **09** 33, R. **09** Ziff. 1533 (KG.). Der Pflichtteilsberechtigte hat keinen Anspruch auf Auskunftserteilung über Schenkungen, die zur Ergänzung des Pflichtteils heranzuziehen sind (§§ 2057, 2314).

5. **RG.** SeuffA. **64** 446, JW. **09** 191 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 1135. Der Entdecker eines in einer Mehrheit von Gegenständen bestehenden Schatzes kann von dem im Besitze befindlichen Miteigentümer (§ 984) gemäß § 260 Auskunftserteilung beanspruchen.

6. R. **09** Ziff. 1103 (Celle). Die Leistung des Offenbarungseids entzieht dem Kläger nicht die Möglichkeit des Nachweises, daß noch weitere Gegenstände zu dem herausverlangten Inbegriff gehören.

§ 263. Literatur: Pringsheim, Das Recht des Bürgen zu Bestimmung und Wahl, GruchotsBeitr. **53** 13—28.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 375 ff.: Schuldner- und Gläubigerwahlrecht bei Gesamtschuldverhältnissen: Jeder Gesamtschuldner wählt für sich; der Gläubiger kann einseitig nur allen Schuldnern gegenüber das gleiche wählen. Bei Wahlverzug des Gläubigers geht das Wahlrecht auf alle Schuldner über (arg. § 424). Der Bürge hat kein Wahlrecht; die Wahl des Hauptschuldners bindet ihn.

2. Pringsheim aaO. (20 ff.): Der Wahlschuldbürge ist zur Ausübung des Wahlrechts im Sinne des § 263 nicht befugt.

3. Facultas alternativa. SächsRpflA. **09** 594, R. **09** Ziff. 3526 (Dresden). Bei der facultas alternativa tritt die Leistung, durch die der Schuldner sich befreien kann, nicht, wie bei der Wahlschuld, durch eine Erklärung des Schuldners, sondern erst durch die Ersatzleistung selbst ein. Solange diese nur teilweise gewährt ist, kann der Gläubiger noch auf die eigentliche Leistung zurückgreifen.

§ 267. Literatur: Meyer, Ablehnung der von einem Dritten angebotenen Leistung, R. **09** 360, 361.

1. Meyer aaO. stellt unter Hinweis auf das gemeine Recht die Beseitigung des § 267 Abs. 2 zur Erwägung. Er geht von folgendem Falle aus: Der Vermieter hat eine vom Mieter auf Abzahlung gekaufte, eingebrachte Sache auf Grund seines vermeintlichen Pfandrechts in Besitz genommen und hat dem Verkäufer der Sache den Kaufpreisrest angeboten; der Verkäufer hat auf Veranlassung des Mieters gemäß § 267 Abs. 2 die Annahme des Geldes abgelehnt und vom Vermieter Herausgabe verlangt. Verf. erachtet den Herausgabeanspruch, obschon das Zusammenhandeln des Gläubigers und Schuldners Treu und Glauben widerspreche, für begründet.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 169: Keine Schenkung, wenn ein Dritter für den insolventen Schuldner leistet. — Ebenda 346: Leistet ein Dritter für den Bürgen oder Schenker, so heilt er den etwaigen Formmangel der Bürgschaft oder Schenkzusage nicht (§§ 766 Satz 2, 518 Abs. 2); er kann also kondizieren (§ 812).

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 479: Der für den Schuldner leistende Dritte hat kein Recht auf Rückgabe des Schuldscheins an ihn selbst; er müßte denn (privativer oder regreßberechtigter kumulativer) Schuldübernehmer sein.

§ 268. Literatur: Zeitlmann, Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Übergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann, SeuffBl. **09** 78—85.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 282: Das Interventionsrecht aus § 268 („Notintervention") ist gegenüber der Interventionsmöglichkeit aus § 267 ein privilegiertes: hinsichtlich der Voraussetzungen (die § 267 statuierten Beschränkungen fallen fort), des Inhalts (Aufrechnung und Hinterlegung zulässig), des Regresses (gesetzl. Forderungsübergang). — Ebenda 481: Leistet der Notintervenient (§ 268) für einen Gesamtschuldner A., so werden dem Gläubiger gegenüber alle Gesamtschuldner A., B., C. insoweit frei (arg. § 422). Nur die Forderung gegen den A., nicht auch die gegen B., C. geht auf den Intervenienten über (anders Planck zu § 422). Befriedigt A. den Intervenienten, so gilt Gleiches, als wenn A. den Gläubiger selbst befriedigt hätte: also im Zweifel anteiliger Übergang der Forderung des Gläubigers gegen B., C. auf A. (§ 426).

2. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen (vgl. u. zu § 1204) 280 ff. Das Ablösungsrecht besteht auch dann, wenn der Gläubiger einen seinem Schuldner nicht gehörigen Gegenstand pfändet. — Die Ablösung verschafft dem Leistenden das Pfändungspfandrecht erst nach Umschreibung des Vollstreckungstitels (anders die gem. Meinung). S. a. u. zu § 1249.

3. Zeitlmann aaO. gelangt, ausgehend von der für den Übergang der Forderung auf den Bürgen maßgebenden Bestimmung des § 774 Abs. 1 Satz 2 zu folgenden Ergebnissen: a) Jeder rechtliche oder wirtschaftliche Nachteil berechtigt den Gläubiger, gegenüber dem Bürgen den Einwand aus § 774 Abs. 1 Satz 2, zu erheben; jedoch ist b) im Einzelfalle genau zu prüfen, ob tatsächlich die Lage des Gläubigers schlechter ist, als sie sich gestaltet hätte, wenn der Schuldner selbst in dem Augenblicke gezahlt hätte, zu welchem die Befriedigung durch den Bürgen erfolgte. 3. Diese Sätze sind auf die Bestimmungen der §§ 268 Abs. 3 Satz 2, 426 Abs. 2 Satz 2, 1143 Abs. 1 Satz 2, 1225 Satz 2 entsprechend anzuwenden.

4. **RG. 70** 405 ff. (409), JW. **09** 281 Ziff. 20, LeipzZ. **09** 390 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 1516. Das gesetzliche Eintrittsrecht des § 1249 (268) setzt nicht voraus, daß derjenige, der durch Befriedigung des Pfandgläubigers die Forderung erwerben will, nicht selber dafür mit hafte; der Eintrittsberechtigte kann vielmehr in solchem Falle von der Eintrittsbefugnis durch Zahlung seiner eigenen Schuld Gebrauch machen. Von der Willensrichtung des Zahlenden — animus emendi oder solvendi — hängt das Eintrittsrecht nicht ab.

5. **RG. 70** 405 ff. (409), JW. **09** 281 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 1517. Wie bereits in **RG. 67** 219 ff. (JDR. **7** Ziff. 3 zu § 268, Ziff. 1 zu § 401) ausgeführt, ist der Anspruch des Fiskus gegen den Zollschuldner eine pfandgesicherte Forderung, wie sie § 1249 voraussetzt, und erwirbt der dritte an dem zollpflichtigen Gute dinglich Berechtigte durch Befriedigung des Fiskus auch die persönliche Forderung. Dem Spediteur, der als solcher an der in seinem Besitze befindlichen Ware ein gesetzliches Pfandrecht hat, steht daher die Einlösungsbefugnis der §§ 1249, 1257, 268 Abs. 3, 412, 401 Abs. 2 zu.

§ 269. Literatur: Bondi, Gerichtsstand für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder, DJZ. **09** 481, 482.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 362 ff.: Bürge (und Schuldmitübernehmer) hat grundsätzlich seinen eigenen Erfüllungsort; sein Erfüllungsort folgt dem des Hauptschuldners nur dann, wenn Hauptschuldner nach dem Obligationszweck oder kraft spezieller Abmachung an einem besonderen Erfüllungsorte zu leisten hat, und auch alsdann nur insoweit, als der Bürge seiner Einstandspflicht nur durch vertretungsweise Erbringung der Hauptschuldleistung genügen kann.

2. Unterlassungen (s. JDR. **7** Ziff. 3, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 1). *Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht 2 ff., 56. Wenn man die Unterscheidung von F. Leonhard (Erfüllungsort und Schuldort, JDR. **6** Ziff. 1) von „Ort des tatsächlichen Vollzugs der Leistung" und „Schuldort" annimmt, so gilt von den Unterlassungspflichten folgendes: Auch bei diesen gibt es stets einen Ort des tatsächlichen Vollzugs der Leistung, nämlich den Ort, an dem die — gerade auftretende — Neigung zum Zuwiderhandeln unterdrückt wird. Bei Unterlassenspflichten für eine bestimmte Zeit werden sich hiernach häufig verschiedene Orte des tatsächlichen Vollzugs der Leistung ergeben; dann bedarf es der Feststellung eines besonderen Schuldorts, als welcher der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses in Betracht kommt. Weder als Ort des tatsächlichen Vollzugs noch als Schuldort ist derjenige Ort anzusehen, an dem ein bestimmter Erfolg nicht in die Erscheinung treten soll, z. B. die Schweiz, wenn jemand sich verpflichtet hat, während einer gewissen Zeit bestimmte Waren nicht nach der Schweiz zu liefern. Dieser Ort läßt sich vielmehr dem Bestimmungsorte bei positiven Pflichten vergleichen und als negativer Bestimmungsort bezeichnen.

3. Vereinbarung des Erfüllungsorts (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 3). **a)** Verneint. **α.** SeuffA. **64** 390, R. **09** Ziff. 3313 (Rostock). Vermerke über den Erfüllungsort in Preislisten, die bei der mündlichen Unterhandlung überreicht und nicht besprochen sind, binden den Käufer nicht. β. OLG. **19** 56, R. **09** Ziff. 2454 (München). Der handschriftliche Vermerk hinter einem Vordruck „Kondition": „Erfüllungsort für beide Teile X." auf der vom Besteller unterschriebenen Kommissionsnote bindet den Besteller selbst dann nicht, wenn er die übrigen Teile der Kommissionsnote gelesen hat. γ. SeuffA. **64** 390 (Rostock). Vermerk über den Erfüllungsort in der Preisliste. δ. OLG. **19** 58, SeuffBl. **09** 321 (Stuttgart). Angabe über den Erfüllungsort im Bestätigungsschreiben gegenüber einem Kaufmann, auf dessen Seite jedoch das Geschäft kein Handelsgeschäft darstellt. Stillschweigende Vereinbarung verneint. **b)** Bejaht. **α.** OLG. **19** 55, SeuffA. **64** 294, R. **09** Ziff. 2453 (Hamburg). Wer einen Bestellschein mit dem Vordrucke: „Erfüllungsort für Zahlung und Lieferung X." unterschreibt, unterwirft sich diesem Erfüllungsort, auch wenn er den Vordruck nicht gelesen hat. β. Ebenso OLG. **19** 55 (Braunschweig). γ. OLG. **19** 54, R. **09** Ziff. 2452 (Braunschweig). Vereinbarung des Erfüllungsorts durch die unwidersprochene Erklärung in dem — einen Vertragsantrag darstellenden — Kostenanschlag: „Erfüllungsort in jedem Falle A." Wirksamkeit dieser Erklärung auch für eine zweite, spätere Lieferung. δ. ElsLothJZ. **09** 357 (Colmar). Stillschweigende Vereinbarung des Ortes des Neubaues als Erfüllungsort des Zahlungsanspruchs ortsansässiger Arbeiter und kleinerer Unternehmer.

4. Zu Abs. 2. WürttJ. **21** 318 (Stuttgart): Gewerbliche Niederlassung im Sinne des Abs. 2 ist nur ein mit dauerndem selbständigen Gewerbebetriebe versehener Gewerbesitz (vgl. § 21 ZPO.).

5. Einzelfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung (s. JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 2). **a)** Regreßklage gegen Aufsichtsratsmitglieder (s. auch JDR. **2** Ziff. 8 a). Bondi aaO. widerspricht der Auffassung des OLG. Hamm, das unter Berufung auf § 269 für Regreßklagen gegen Aufsichtsratsmitglieder das Ge-

richt des Ortes für zuständig erklärt hat, an dem die Verwaltung der Aktiengesellschaft geführt wird. Nach Ansicht des Verf. kann, wenn man überhaupt einen einheitlichen Gerichtsstand als gegeben annehmen will, dies nur der registermäßige Sitz der Gesellschaft sein. **b)** Rückauflassung bei Wandelung eines Grundstückstauschs. **RG. 70** 198 f., JW. **09** 166 Ziff. 15, LeipzZ. **09** 313 Ziff. 27, R. **09** Ziff. 1002. Das für die Klage auf Wandelung eines durch Auflassung der gegenseitig eingetauschten Grundstücke erfüllten Tauschvertrags zuständige Gericht bestimmt sich nicht nach dem Wohnsitze des Beklagten, sondern nach dem Sitze des Amtsgerichts, vor dem die Rückauflassungserklärungen abzugeben sind; zuständig sind also die Gerichte, in deren Bezirk die Grundstücke liegen. **c)** Bürgschaft. Örtliches Recht. α. **RG. 71** 56 ff., R. **09** Ziff. 1771. Die Verpflichtung des Bürgen kann trotz der akzessorischen Natur der Bürgschaft nach mehrfacher Richtung einer anderen Beurteilung unterstehen als die des Hauptschuldners. So ist für die Verpflichtung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage selbst, die Frage, unter welchen Voraussetzungen er dem Gläubiger für die Hauptschuld einzustehen hat, das eigene örtliche Recht der Bürgschaftsverpflichtung maßgebend (**RG. 54** 315 [JDR. **2** Ziff. VII vor EG. Art. 29]), und der Gerichtsstand — selbst der besondere des Erfüllungsorts — kann für den Hauptschuldner und den Bürgen ein verschiedener sein. β. R. **09** Ziff. 3527 (KG.). Die Frage, ob für den Bürgen kraft Gesetzes derselbe Leistungsort gilt, wie für den Hauptschuldner, ist auch für das seit 1. Januar 1900 geltende Recht zu verneinen. **d)** Werkvertrag. Elf. LothJZ. **09** 15 (Colmar). Bedienen sich chemische Reinigungsanstalten auswärtiger Vermittelungsstellen, so ist Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Reinigung der Sitz der Vermittelungsstelle. **e)** MecklZ. **27** 210 (Rostock). Erfüllungsort für Werkverträge, die für ein auf der Reise befindliches Schiff in einem auswärtigen Hafen abgeschlossen werden, ist jener Hafen. **f)** Speditionsvertrag. KGBl. **09** 36 (KG.). Erfüllungsort für den Provisionsanspruch des Spediteurs ist der Ort der Niederlassung des Versenders zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses. **g)** „Lieferung frei Land Schutzgebiet". HansGZ. **09** Hptbl. 98 (Schiedsgericht in Hamburg). Die Klausel in einem Lieferungsvertrage „Lieferung frei Land Schutzgebiet" bestimmt nicht den Erfüllungsort. **h)** PosMSchr. **09** 14, R. **09** Ziff. 2092 (Posen). Wenn ein Bergwerksunternehmer alle auf die Gewerkschaft bezüglichen Geschäfte seit längerer Zeit regelmäßig von einem Orte aus besorgt, wo er sich im Hotel ständig eingemietet hat, so ist dieser Ort auch Erfüllungsort für die Zahlung eines Mäklerlohns, den er für den Vertrieb von Kuxen versprochen hat.

6. Übergangsvorschriften. SchlHolstAnz. **09** 109 (Kiel). Der Ort der Leistung bestimmt sich bei einem vor 1900 entstandenen Schuldverhältnisse nach altem Rechte. — Erfüllungsort des Hypothekenschuldners nach gem. Rechte.

7. Internationales Privatrecht. **a) RG.** II 22. 1. 09, Holdheims MSchr. **09** 186, LeipzZ. **09** 474 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 858, 1240. Der Senat hält für das internationale Privatrecht auch unter der Herrschaft des BGB. an der bisherigen, in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Ansicht fest, daß im Zweifel das Recht des Erfüllungsorts, als des Sitzes der Obligation, für das anzuwendende Recht entscheidet. Ein Konfliktsfall mit den Entscheidungen des V. ZS. in **RG. 61** 343, **62** 379 (JDR. **5** zu EG. Art. 11 Ziff. II 4, 1) liegt nicht vor. — Stillschweigende Vereinbarung über das anzuwendende Recht. **b)** R. **09** Ziff. 1932 (Hamburg). Die Frage, ob eine unterlassene Rüge als Genehmigung der Ware anzusehen ist, beurteilt sich nach dem am Wohnsitze des Käufers geltenden Rechte. **c)** S. auch oben Ziff. 4 c.

§ 270. 1. Zu Abs. 1. *Meyer, Publizitätsprinzip, s. o. zu § 254 Ziff. 1a.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 852 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 2231. Der gemäß § 270 zur Über-

mittelung des Geldes verpflichtete Schuldner leistet rechtzeitig, wenn er die Geldsumme am Leistungsort am Tage der Fälligkeit bei der Post einzahlt.

§ 271. 1. HessRspr. **10** 34 (Darmstadt). Die Leistung wird regelmäßig an denjenigen Stunden des Tages zu bewirken sein, an welchen Leistungen der betreffenden Art nach der Verkehrssitte (§§ 157, 242) gemacht zu werden pflegen.

2. Beweislast (s. JDR. **7** Ziff. 2). **a) RG.** JW. **09** 721 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 3745. Die Grundsätze vom Kaufvertrage gehen nicht dahin, daß das Kaufgeld unter allen Umständen oder nur zufolge gesetzlicher Vermutung sofort bei der Übergabe oder Auflassung zahlbar ist, vielmehr entscheidet darüber nach § 271 in erster Linie die Parteivereinbarung, und der Verkäufer hat, wenn eine solche Vereinbarung in Frage kommt, in vollem Umfange die Darlegungs-, Widerlegungs- und Beweispflicht (**RG.** GruchotsBeitr. **29** 730, **RG. 68** 305 [JDR. **7** Ziff. 2 a]). **b) RG.** SeuffA. **64** 140, s. schon JDR. **7** Ziff. 2 a.

3. **RG.** JW. **09** 721 Ziff. 8. Ist die Leistungszeit gänzlich unbestimmt oder von einem Vertragsteile nach billigem Ermessen zu bestimmen (§ 315), so muß schließlich die richterliche Festsetzung eintreten (**RG. 64** 116 [JDR. **6** zu § 315 Ziff. 3], JW. **09** 451 Ziff. 2 [unten Ziff. 5]); solange diese nicht vorliegt, ist ein Verzug ausgeschlossen (**RG. 64** 116).

4. **RG. 71** 307 ff., HansGZ. **09** Hauptbl. 248, LeipzZ. **09** 854 Ziff. 22, JW. **09** 460 Ziff. 15, R. **09** Ziff. 2377. Die vertragsmäßige Abladezeit einer über See bezogenen Ware (Abladung Februar/März von China) bedeutet nicht stets die Zusicherung einer Eigenschaft der Ware. Im vorliegenden Falle ist die Auffassung des BG., daß die Abladezeit lediglich als Zeitbestimmung in Betracht zu ziehen sei, rechtlich nicht zu beanstanden.

5. **RG.** JW. **09** 451 Ziff. 2, LeipzZ. **09** 854 Ziff. 19, R. **09** Ziff. 2793. Ist der Endpunkt der Vertragszeit eines Pachtvertrags auf den vollendeten Abbau des verpachteten Steinlagers festgesetzt, so ist durch Auslegung des Vertrags festzustellen, in welchen zeitlichen Fortschritten der Abbau zu bewirken ist. Dabei kann sich ergeben, daß der Pächter nach einem objektiven Maßstabe, dem des ordnungsmäßigen, den Regeln der Technik entsprechenden Abbaues, verfahren muß, es kann sich auch ergeben, daß das seiner subjektiven Bestimmung überlassen wurde. Auch im letzteren Falle würde nach § 315 der Abbau nach billigem Ermessen zu betreiben, nötigenfalls durch den Richter zu regeln sein (**RG. 64** 116 [JDR. **6** zu § 315 Ziff. 3]).

6. SeuffA. **64** 119 (Posen). Auslegung der Klausel, daß der Kaufpreis verkaufter Bretter „nach Verbrauch der Bretter" fällig sein solle.

7. R. **09** Ziff. 641 (Stuttgart). Sind Waren, die erheblichen Preisschwankungen unterliegen, ohne Bestimmung einer Lieferzeit verkauft, so gilt eine angemessene Frist als vereinbart und es kann nach deren Ablauf Abnahme nicht mehr verlangt werden.

8. OLG. **19** 354 (Hamburg). Die „fob-Klausel" kann auch die Verpflichtung enthalten, innerhalb der im Kontrakt angegebenen Zeit an Bord zu liefern.

9. Leistungszeit beim Besserungsscheine s. zu §§ 315, 316 Ziff. 2.

§ 273. Literatur: Auerswald, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, DJZ. **09** 630—633. — Breit, Stückeverzeichnis und Zurückbehaltungsrecht, HoldheimsMSchr. **09** 137—139. — Lönnies, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, PosMSchr. **09** 38, 39.

1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen (vgl. u. zu § 1204) 285 ff. Das Zurückbehaltungsrecht geht bei Übertragung der Forderung nicht mit über. Ein Ablösungsrecht gemäß § 1249 BGB. besteht nur gegenüber dem nach § 1000 BGB. Zurückhaltungsberechtigten. Jedem Zurückhaltungsberechtigten stehen aber die Ablösungsrechte der §§ 268, 1249 BGB. zu (anders die herrschende Meinung).

2. Allgemeines. Voraussetzungen. Grundgedanken. Anwendungsgebiet (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, 3, **3** Ziff. 1 bis 3, **2** Ziff. 1—3). **a)** *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 484. Die Bestellung eines Pfandrechts am Kuxe durch Hingabe des Kuxscheins ohne schriftlichen Pfandvertrag hat nur die Wirkung, daß für den Gläubiger ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. entsteht. **b)** Breit aaO. Der Bankier ist zur Übersendung des Stückeverzeichnisses nicht verpflichtet, sofern die Voraussetzungen des § 273 BGB. vorliegen. **c)** Hagelberg, JW. **09** 446—448. Die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit von Baugeldansprüchen ist zu bejahen. Die Abtretung an einen am Baue unbeteiligten Dritten enthält jedoch eine positive Vertragsverletzung, die den Baugeldgeber gemäß §§ 249, 273 berechtigt, die Zahlung an den Zessionar zu verweigern. Das gleiche Recht steht dem Baugeldgeber gemäß §§ 280, 249, 273 gegenüber dem am Baue nicht beteiligten Pfändungsgläubiger zu; s. auch u. § 399 Ziff. 1 d. **d)** **RG.** ElsLothJZ. **09** 392. §§ 369 ff. HGB. beziehen sich nur auf die Zurückbehaltung von Sachen und Wertpapieren; die Zurückbehaltung einer Geldleistung bestimmt sich auch für Handelssachen nach § 273 BGB. **e)** **RG.** Gruchots Beitr. **53** 918, R. **09** Ziff. 1456. Daß Forderung und Gegenforderung auf Geld gehen, hindert nicht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts, bewirkt aber, daß das Zurückbehaltungsrecht im Erfolge sich von selbst zur Aufrechnung gestaltet (vgl. auch JDR. **7** Ziff. 3 c). **f)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 918, LeipzZ. **09** 468 Ziff. 15, R. **09** Ziff. 1454. Die Anwendung des § 273 ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Voraussetzungen zur Aufrechnung gemäß § 392 nicht gegeben sind. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß ein solches Verhältnis der Abhängigkeit zwischen diesen Gesetzesbestimmungen bestehe. **g)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1121, R. **09** Ziff. 17. Ein an einem Hypothekenbriefe vertragsmäßig eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht wirkt nicht im Konkurse des Gegners. **h)** **RG.** R. **09** Ziff. 3314. Der im Grundbuche zu Unrecht als Eigentümer eingetragene Besitzer ist nicht berechtigt, die vom Eigentümer beanspruchte Zustimmung zur Grundbuchberichtigung wegen seiner Verwendungen auf das Grundstück auf Grund des § 273 zurückzubehalten; er kann nur gemäß § 1000 die Herausgabe des Grundstücks verweigern. **i)** R. **09** Ziff. 804 (Stuttgart). Für die Befugnis zur Zurückbehaltung kommt es nicht darauf an, ob der Gegner zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zur Zeit unverschuldet nicht in der Lage ist. **k)** R. **09** Ziff. 1976 (Hamburg). Der im § 320 Abs. 2 für gegenseitige Verträge aufgestellte Gedanke, daß wegen einer geringfügigen rückständigen Leistung des Gläubigers der Schuldner nicht seine ganze Gegenleistung verweigern darf, muß entsprechende Anwendung auch bei anderen Verträgen finden, wenn der Schuldner, z. B. wegen geringfügiger Verwendungen, die ganze Sache zurückbehalten will. **l)** Fälligkeit. **RG.** JW. **09** 165 Ziff. 13 s. u. Ziff. 3 h. **m)** Zu Abs. 3. HansGZ. **09** Beibl. 85 (Hamburg). Durch die Bestellung einer prozessualen Sicherheit (§ 921 Abs. 2 ZPO.) kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht abgewendet werden.

3. Innerliche Zusammengehörigkeit. Rechtliches Verhältnis (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 1 a, b, **3** Ziff. 1 Abs. 1, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 1 b). **a)** *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 1 ff. Der Schuldner, welcher für seine Kausalschuld einen Wechsel ausgestellt hat und nach Begebung desselben aus dem Kausalgeschäfte verklagt wird, kann im Kausalprozesse dem Kläger die Einrede des Zurückbehaltungsrechts an der Geldsumme bis zur Herausgabe des Wechsels entgegensetzen. **b)** **RG.** JW. **09** 726 Ziff. 22, R. **09** Ziff. 3528. Zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts ist nicht erforderlich, daß die beiderseitigen Ansprüche aus einem einheitlichen Rechtsgeschäft entspringen; es genügt, daß sie aus Rechtsgeschäften hervorgegangen sind, die in einem natürlichen, wirtschaftlichen Zusammenhange stehen, der es als gegen Treu und Glauben verstoßend er-

scheinen läßt, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht wird (vgl. **RG. 57** 5/7 [JDR. **3** Ziff. 3 a], **68** 33/5 [JDR. **7** Ziff. 4 b]; bei Gruchot **51** 68/9, 921/2 [JDR. **6** Ziff. 3 b]). S. auch unten Ziff. 6 a β. **c) RG.** BayRpflZ. **09** 22 Ziff. II, SeuffBl. **09** 311. Der im § 273 erforderte rechtliche Zusammenhang der beiderseitigen Forderungen ist die natürliche Zusammengehörigkeit einheitlicher Lebensverhältnisse, die es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent von dem anderen die Leistung verlangt, die von ihm selbst geschuldete aber nicht gewähren will (so **RG. 68** 32 [JDR. **7** Ziff. 4 b]. **d) RG.** JW. **09** 715 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 3531. Für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kommt es darauf an, ob Leistung und Gegenleistung einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und sich darauf beziehen, so daß der natürliche Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche die gleichzeitige Erledigung als angemessen erscheinen läßt (**RG. 68** 34 [JDR. **7** Ziff. 4 b]). Dieser Grundsatz gilt auch, wenn es sich im Falle eines nach § 105 nichtigen Vertrags um die Rückgabe des von beiden Seiten auf Grund des Vertrags Geleisteten handelt (Zurückbehaltung wegen des durch Tilgung auf den Kaufpreis übernommener Hypothekenschulden mittelbar Geleisteten). **e) RG.** LeipzZ. **09** 390 Ziff. 10. Stehen zwei selbständige Abschlüsse in einem solchen Zusammenhange, daß sie nach dem Willen der Vertragschließenden als ein einheitliches Geschäft aufgefaßt wurden, so beruhen die Forderungen aus beiden Geschäften auf demselben rechtlichen Verhältnisse. **f)** R. **09** Ziff. 703 (Hamburg). Der in §§ 33 ZPO., 273 BGB. erforderte rechtliche Zusammenhang wird nicht schon dadurch geschaffen, daß die Parteien in reger Geschäftsverbindung stehen und in großer Zahl Geschäfte miteinander schließen. **g) RG.** JW. **09** 133 Ziff. 5, SeuffBl. **09** 700, R. **09** Ziff. 806. Es herrscht Übereinstimmung darüber, daß Konnexität vorliegt, wenn die Parteien gegenseitige Ansprüche auf Rückgabe des zur Erfüllung eines nichtigen Vertrags Geleisteten erheben. Das gleiche muß gelten, wenn ein aufschiebend bedingter Vertrag während Schwebens der Bedingung erfüllt ist und die Parteien nach Ausfall der Bedingung das Geleistete gegenseitig zurückfordern. **h) RG.** JW. **09** 165 Ziff. 13, BayRpflZ. **09** 255. Eine Ehefrau, deren eingebrachtes Gut vom Ehemann auf Grund eines nichtigen Rechtsakts (§§ 1434, 125) zurückerstattet ist, hat, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen sie Sicherheitsleistung gemäß § 1391 verlangen kann, auch ein Zurückbehaltungsrecht an dem eingebrachten Gute. Die Identität des rechtlichen Verhältnisses ist gegeben, da die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf dem gemeinsamen Grunde des ehelichen Güterrechts beruhen, und ebenso die Fälligkeit, da hierfür der Zeitpunkt der Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung maßgebend ist (JW. **06** 545 Ziff. 10 [JDR. **5** Ziff. 4]). **i)** GewuKfmG. **14** 218 (GG. Charlottenburg). Zwischen mehreren Akkordabkommen innerhalb desselben gewerblichen Dienstvertrags besteht nicht die im § 273 erforderte Konnexität.

4. Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bei unerlaubter Handlung. **a) RG.** JW. **09** 719 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 3529. Der Umstand, daß der zur Herausgabe Verpflichtete den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, beseitigt nach der Vorschrift des Abs. 2 des § 273 das Zurückbehaltungsrecht unbedingt nur dann, wenn die Herausgabe vom Schuldner wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch diesen verursachten Schadens abgelehnt wird. Wird das Zurückbehaltungsrecht wegen konnexer Ansprüche gemäß § 273 Abs. 1 geltend gemacht, so ist es nur dann zu versagen, wenn die Zurückbehaltung ausdrücklich oder nach der Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist. Dies ist bei einer durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten Sache nur dann der Fall, wenn nach der besonderen Natur der begangenen unerlaubten Handlung der Zurückhaltende vor allem seinerseits zurückzugeben, also vorzuleisten hat, wobei es sowohl auf die tat-

sächliche als auf die rechtliche Lage der Verhältnisse ankommt. b) **RG.** JW. **09** 133 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 805. Das Zurückbehaltungsrecht wegen der im § 273 Abs. 2 bezeichneten Ansprüche fällt weg, wenn der zur Herausgabe Verpflichtete den Gegenstand durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung erlangt hat. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn jene Gegenansprüche mit dem Hauptanspruche konnex im Sinne des § 273 Abs. 1 sind oder wenn es sich um andere konnexe Gegenansprüche handelt. Das an sich begründete Zurückbehaltungsrecht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der Gläubiger anstatt des persönlichen Anspruchs auf Rückgabe der Sache den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers erhebt. c) **RG.** JW. **09** 715 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 3530. Der Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne des § 273 Abs. 2 ist kein anderer, als der sonst dem BGB. (§§ 823 ff.) geläufige.

5. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 4, 5, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 4). a) bejaht. α. Lönnies, PosMSchr. **19** 38 f., bejaht das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen. β. GewuKfmG. **14** 148 (GG. Stettin), GewuKfmG. **14** 364 (LG. Kiel) erklären die Zurückbehaltung gegen Lohnforderungen für zulässig. b) verneint. α. Auerswald aaO. verneint ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen (vgl. auch JDR. **7** Ziff. 5 a). β. GewuKfmG. **14** 146 (GG. Berlin), GewuKfmG. **14** 147 (GG. München) verneinen das Zurückbehaltungsrecht gegen Lohnforderungen. γ. GewuKfmG. **15** 62 (Marienwerder). Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber einer unpfändbaren Lohnforderung ist unzulässig. δ. BreslauAK. **09** (LG. Hirschberg). Gegenüber einer Forderung, gegen die nach § 394 die Aufrechnung nicht stattfindet, kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht werden. ε. SächsRpflA. **09** 489, OLG. **18** 1, R. **09** Ziff. 430 (Dresden). Gegenüber einem nach dem Lohnbeschlagnahmegesetz unpfändbaren Gehaltsanteil ist ein Zurückbehaltungsrecht zu verneinen.

6. Einzelne Anwendungsfälle (s. JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 6). a) bejaht. α. Käufer und Verkäufer. **RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 10. Die Klägerin war zur Zeit ihrer Rücktrittserklärung noch mit dem Restkaufpreise von über 1500 M. im Rückstande. Die Beklagte als Verkäuferin konnte daher, wie das OLG. entschieden hat, die fernere Lieferung nach § 273 verweigern. Diese Entscheidung steht mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats im Einklange, daß bei einem einheitlichen Lieferungsvertrage der eine Vertragsteil nicht fortgesetzt Lieferung zu fordern berechtigt ist, ohne seinerseits die fällige Gegenleistung, insbesondere die Zahlung des Preises früherer Lieferungen, zu erfüllen. β. Ansprüche aus Nießbrauchbestellung und aus Bürgschaft. **RG.** JW. **09** 726 Ziff. 22. Ist der Erblasser der Kläger der Beklagten für den ihr übertragenen Neubau einen Betrag schuldig geworden, hat er ihr zur Sicherung dieser Forderung eine Hypothek und einen Nießbrauch an dem von ihr bebauten Grundstücke bestellt und ist sie, um sich diese Sicherung und die Aussicht auf Befriedigung jener Forderung zu erhalten, genötigt gewesen, für die Hypothekenforderungen anderer drängender Gläubiger die Bürgschaft zu übernehmen, so stehen der gemäß § 1047 auf Befreiung von privatrechtlichen Lasten gerichtete Klaganspruch und der Gegenanspruch der Beklagten aus der Bezahlung der Hypothekenforderungen, für die er sich verbürgt hatte, im Verhältnisse der Konnexität. γ. Häusliche Gemeinschaft. **RG.** BayRpflZ. **09** 22 Ziff. II, SeuffBl. **09** 311. Die Klägerin, welche beim Beklagten dauernden Aufenthalt zu Wohnung und Verpflegung genommen hat, hat den Beklagten beauftragt, Gelder für sie anzulegen. Der Anspruch auf Ausantwortung dieses Vermögens und der Gegenanspruch des Beklagten aus der Gewährung von Wohnung und Unterhalt sind konnex im Sinne des § 273. δ. Zu Abs. 2. SchlHolstAnz. **09** 125 (Kiel).

Dem Hotelbesitzer steht wegen seines Anspruchs auf Lagergeld für den vom Reisenden zurückgelassenen Koffer (§ 354 HGB.) ein Zurückbehaltungsrecht an dem Koffer zu. b) verneint. α. Ausschluß nach Inhalt des Schuldverhältnisses. **RG.** SeuffBl. **09** 313, R. **09** Ziff. 216. Ein Bauunternehmer, zu dessen Sicherung eine Hypothek bestellt ist, hat sich gegen Empfang von Geld und Wechseln zur Bewilligung der Löschung eines Teilbetrags verpflichtet. Das Abkommen kann nur dahin aufgefaßt werden, daß der Bauunternehmer diesen Teil der Sicherheit schlechthin aufgeben solle, so daß ihm ein Recht, die Einreichung des Hypothekenbriefs beim Grundbuchamte wegen fälliger Ansprüche für Bauarbeiten zu verweigern, nicht zusteht. β. Herausgabeanspruch des Ehemanns. SeuffA. **64** 416 (Augsburg). Ein Dritter, der Gegenstände des Gesamtguts oder des eingebrachten Gutes von der Ehefrau erhalten hat, kann gegenüber dem Herausgabeanspruche des Ehemanns nicht für die Ehefrau ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, weil die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Ehefrau auf Aufhebung des Güterstandes klagen kann.

§ 274. 1. *Boethke, GruchotsBeitr. **53** 317. Erfüllung Zug um Zug erfordert nicht absolute Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Leistungen. Wenn jemand eine Sache empfängt, für die er sofort eine Gegenleistung bewirken muß, ohne alsdann seinerseits zu leisten, entzieht er sie dem anderen ohne dessen Willen. Er begeht also verbotene Eigenmacht (BGB. §§ 858, 859).

2. *Reuter, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (24 ff., 85) s. zu § 257 ZPO. und zu § 726 ZPO.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3591. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts steht der Erlassung eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO.) nicht im Wege und ist erst beim Endurteil im Sinne des § 274 BGB. zu berücksichtigen.

§ 275. 1. *Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht 103 ff. Unmöglichkeit der Leistung ist bei derartigen Verletzungen in bezug auf den Gegenstand der Leistung gegeben, die nicht wieder gut zu machen sind. Daß die Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des BGB. nur eine Verletzung in bezug auf den Gegenstand der Leistung ist, ergibt der Umstand, daß in den §§ 284 ff. das Wort „Leistung" im Sinne von „Gegenstand der Leistung" gebraucht und anzunehmen ist, daß der Sprachgebrauch des BGB. in den §§ 275 ff. derselbe ist. Gehören Ort oder Zeit oder beide zum Gegenstande der Leistung und stellt infolgedessen die Verletzung in bezug auf den Gegenstand auch eine Verletzung in bezug auf Ort oder Zeit oder beide dar, so kommt nur die Verletzung in bezug auf den Gegenstand in Betracht, so daß Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Schuldnerverzug liegt dann vor, wenn eine vom Schuldner zu vertretende Verletzung lediglich in bezug auf die Zeit gegeben ist. Demgemäß liegt bei Verpflichtungen zu einer einmaligen Handlung bei Nichtleistung regelmäßig Verzug, Unmöglichkeit aber nur dann vor, wenn das Zeitmoment zum Gegenstande der Leistung gehört. Umgekehrt liegt bei Dauerverpflichtungen bei Nichtleistung regelmäßig Unmöglichkeit der Leistung, Verzug aber nur dann vor, wenn das Zeitmoment ausnahmsweise nicht zum Gegenstande der Leistung gehört. Da Unterlassungen stets Dauerleistungen sind, so bewirkt die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassenspflicht regelmäßig Unmöglichkeit der Leistung (wenn auch häufig nur teilweise) und nur ausnahmsweise Verzug; ein solcher Verzug ist aber jedenfalls denkbar und zwar bei sämtlichen Unterlassenspflichten, nicht nur bei Duldungspflichten. ➸ Verf. berichtigt somit seine in „Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen" (vgl. JDR. **5** § 275 Ziff. 2) aufgestellte Ansicht, daß Verzug nur bei Duldungspflichten möglich ist. ⟵ Unerheblich für die Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, ist der Umstand, ob der Gläubiger befriedigt ist; vielmehr können bei Unmöglichkeit der Leistung drei Fälle unterschieden werden. Die Leistung kann

unmöglich sein und das Bedürfnis des Gläubigers a) unbefriedigt fortdauern, b) nicht befriedigt werden, aber auch nicht unbefriedigt fortdauern, c) befriedigt sein. Es gibt weder einen Untergang der Obligation durch Interessefortfall (vgl. zu b), noch durch Zweckerreichung (vgl. zu c); vielmehr liegt in beiden Fällen Unmöglichkeit der Leistung vor.

2. *Rabel, RheinZ. **1** 194 f. Ein unmittelbarer Besitzer in fremdem Namen oder ein fiduziarisch Berechtigter ist verpflichtet, für den Fall seines Todes seinen Erben von der Verbindlichkeit zu unterrichten. Er hat je nach Lage des Falles z. B. fremde Wertpapiere in besonderen Umschlag zu legen, im Testamente die fremden Vermögensstücke zu bezeichnen usw. Versäumt er schuldhaft solche Vorsichtsmaßregeln, so haftet der Erbe für den aus seiner Unkenntnis entstehenden Schaden als aus einer vom Erblasser herrührenden Schuld (§ 1967 Abs. 2).

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 417 ff., über objektive und subjektive Leistungsunmöglichkeit bei Gesamtschuld, insbes. bei kumulativer Schuldübernahme.

4. a) **RG.** DJZ. **09** 322, R. **09** Ziff. 431. Eine Krankenkasse hatte einem auf bestimmte Zeit angestellten Arzte, nachdem der Streit mit den bisherigen Kassenärzten, der den Anlaß zu der Anstellung gegeben hatte, beigelegt war, auf Weisung der Aufsichtsbehörde vorzeitig gekündigt. Dem Schadensersatzanspruche des Arztes kann die Kasse nicht entgegenhalten, daß ihr die Erfüllung infolge der Weisung der Aufsichtsbehörde unmöglich geworden sei. Die Krankenkasse hat die Maßnahmen, welche die als Glied im Organismus der Kassen handelnde Aufsichtsbehörde anordnet, zu vertreten. **b)** R. **09** Ziff. 1104 (Hamburg). Der Vermieter einer Wohnung kann sich dem Mieter gegenüber nicht darauf berufen, daß es ihm unmöglich sei, den bisherigen Mieter zur Räumung zu zwingen, auch dann nicht, wenn er in einem gegen den bisherigen Mieter angestrengten Räumungsprozeß unterlegen ist.

§ 276. Literatur: von Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, IheringsJ. **55** 209—242. — Kraft, Die Haftpflicht des Richters, DJZ. **09** 1415—1421. — Oertmann, Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, SeuffBl. **09** 573—587. — Stuhlmann, Der Fahrlässigkeitsbegriff des BGB. unter besonderer Berücksichtigung des § 839. Hamburg 1908.

1. *Stuhlmann aaO. Die Definition der Fahrlässigkeit im § 276 ist unglücklich gefaßt. Der Gesetzgeber wollte darin den gemeinrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff ausdrücken. Diesen gibt aber die Definition nur unvollkommen wieder. Grammatisch und logisch interpretiert besagt sie weiter nichts als: Fahrlässig handelt, wer (bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit) diejenige Sorgfalt außer acht läßt, die im Interesse eines ungestörten (Geschäfts-) Verkehrs notwendig ist. Was für eine Sorgfalt aber im Verkehre notwendig ist, welches der Maßstab für die Sorgfalt ist, sagt das Gesetz nicht. Dieser Mangel erklärt sich aus einem Fehler, der bei der Redaktion des Gesetzes gemacht wurde, als man nämlich in der ursprünglich beabsichtigten Fassung der Vorschrift das Wort „übliche" Sorgfalt durch die „erforderliche" ersetzte. Die im Verkehr übliche Sorgfalt bedeutet die Sorgfalt, die man im Verkehr anzuwenden pflegt; maßgebend sollte aber sein die Sorgfalt, die ein ordentlicher Mensch anzuwenden pflegt. Dies wird aber durch das Wort erforderlich nicht ausgedrückt; die erforderliche Sorgfalt heißt weiter nichts, als die Sorgfalt, die man anwenden soll. Dieser Fehler in der Fassung der Definition hat zu verschiedenen Theorien über die Frage, welcher Maßstab anzuwenden ist, Veranlassung gegeben. Einzig richtig ist der objektive Maßstab (ordentlicher Normalmensch), wie auch die Materialien ergeben. — Das Wesen der Fahrlässigkeit ist nicht in der Voraussehbarkeit des Erfolges zu erblicken, vielmehr in der Nichtanwendung der nötigen Abwehrmaßregeln, trotz Voraussehbarkeit des Erfolges. Die Voraussehbarkeit des Erfolges ist nur eine sich von selbst verstehende Voraussetzung der

Fahrlässigkeit, die in der gesetzlichen Definition in dem Worte Sorgfalt enthalten ist. — Die Definition des § 276 ist zwar zunächst nur für das Gebiet der Unmöglichkeit der Leistung gegeben, sie ist aber nicht nur aus formalen, sondern auch aus sachlichen Gründen als allgemein gültig anzusehen; denn der Grund der Haftung ist in allen Fällen der Fahrlässigkeit derselbe. Die Haftung beruht nicht auf einem ethischen, sondern einem sozialen Moment, auf dem Grundsatze der bona fides. Durch Übernahme der Verbindlichkeit garantiert der Schuldner dem Gläubiger, daß er alle durch das Schuldverhältnis hervorgerufenen berechtigten Erwartungen des Gläubigers, soweit dies einem ordentlichen, normalen Menschen möglich ist, erfüllen werde (er garantiert aber nicht für einen bestimmten Erfolg!). Ganz ebenso garantiert jeder Verkehrsfähige, der sich in einer menschlichen Gesellschaft bewegt und dadurch soziale Pflichten übernimmt, der Gesellschaft die Verkehrsmäßigkeit seiner Handlungen. Daraus ergibt sich die Allgemeingültigkeit der Definition des § 276 für alles Recht, das soziale Pflichten regelt, insbesondere also auch für das Strafrecht.

2. *Rabel, RheinZ. **1** 201, das in der Festgabe für Bekker 64 f. Gesagte zusammenfassend: § 276 ist ausdehnend auszulegen, so daß der Schuldner für schuldhaftes Verschweigen von nachher Unmöglichkeit, Unvermögen oder Unerschwinglichkeit der Leistung herbeiführenden Hindernissen haftet.

3. *Wimpfheimer, Liquidation. a) (207). Es ist ein rechtliches Axiom, daß jede geschäftsfähige Person zunächst und in erster Linie selbst die Verantwortung für ihr Handeln und die Folgen ihres Eingreifens in das Rechtsleben trägt. b) (50 f.). Die Sorgfalt, die jemand bei und für Eingehung eines Vertrags zu gewährleisten hat, trifft ihn nicht für Geschäfte, die er in Ausführung dieses Vertrags vornimmt.

4. Vorsatz und Fahrlässigkeit (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). **a)** Oertmann aaO. (582 ff.). Die Handlungsunfähigen sind nicht nur eines objektiv, sondern auch eines subjektiv widerrechtlichen Verhaltens, des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, fähig. Die Folgen eines solchen Verhaltens müssen daher auch ihnen gegenüber insoweit eintreten, als sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder in entsprechender Anwendung der sie ausschließenden Sätze als ausgeschlossen zu erachten sind. S. auch § 254 Ziff. 3a. **b) RG.** SeuffA. **64** 392, JW. **09** 190 Ziff. 3, BayRpflZ. **09** 190, R. **09** Ziff. 1105. Die im § 276 gegebene Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit findet auch im Falle des § 254 Anwendung. **c) RG.** JW. **09** 699 Ziff. 34. Das vorsätzliche Verschulden schließt nicht nur die Erkenntnis des schädigenden Erfolges, sondern auch die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns in sich. **d) RG.** JW. **09** 719 Ziff. 5. Die Frage, ob ein Verhalten als Fahrlässigkeit zu beurteilen ist, unterliegt der Nachprüfung in der Revisionsinstanz. **e) RG.** JW. **09** 313 Ziff. 10, R. **09** Ziff. 1774. Bei einem bewußten — vorsätzlichen — Verstoße gegen ein Schutzgesetz ist jedenfalls der Regel nach ein schuldhaftes Handeln im Sinne der §§ 823 Abs. 2, 276 gegeben. Schreibt eine Polizeivorschrift zur Vermeidung von Verletzung anderer im Verkehre, wie namentlich im Verkehre mit Kraftfahrzeugen, ein bestimmtes Verhalten — sofortiges Anhalten angesichts eines Neigung zum Scheuen zeigenden Pferdes — vor, ohne dabei dem Ermessen des Handelnden einen gewissen Spielraum zu lassen, so hat der einzelne sich an diese Vorschrift zu halten, es sei denn, daß die Situation eine ganz außerordentliche, eine solche wäre, die das Gesetz vernünftigerweise nicht im Auge haben konnte; es ist nicht Sache des einzelnen oder der betreffenden Kreise des Publikums, sondern des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob durch die Vorschrift einer generell bestehenden Gefahr wirksam vorgebeugt werden kann. **f) RG.** GruchotsBeitr. **53** 924, JW. **09** 358 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1847. Unfall eines zum Mitfahren aufgenommenen Kindes, welches von dem am Reiseziele vorbeifahrenden

Fuhrwerk abspringt. — Fahrlässigkeit erfordert nicht Voraussehbarkeit der konkreten Gestaltung des schädigenden Erfolges. Die generelle Vorhersehbarkeit bestimmt sich hier, gegenüber unerfahrenen und geängstigten Kindern, nach anderem Maßstabe als gegenüber Erwachsenen. g) dolus eventualis. α. RG. Gruchots Beitr. **53** 1146, SeuffBl. **09** 772, LeipzZ. **09** 678 Ziff. 33, SchlHolstAnz. **09** 223, DJZ. **09** 825. Wie in den neuesten Entscheidungen (RG. **21** 420, **33** 4) betont ist, genügt zur Annahme eines dolus eventualis nicht die Feststellung, daß der Täter bei seinem Handeln sich der Möglichkeit des demnächst eintretenden Erfolges bewußt gewesen ist, sondern er muß diesen Erfolg, wenn er eintritt, auch gewollt haben; es muß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis des Erfolges — hier der Patentverletzung — haben handeln wollen. Wer in der Hoffnung handelt, daß eine Patentverletzung nicht vorliegen werde, aber nicht handeln würde, wenn er wüßte, daß eine Patentverletzung vorliege, hat diese Patentverletzung nicht gewollt. β. RG. BayRpflZ. **09** 255. Derjenige, der die Möglichkeit des schädlichen Erfolges seiner Handlung voraussieht, die Handlung aber dennoch ausführt, nimmt die etwaige Schädigung in seinen Willen mit auf, fügt also den eintretenden Schaden vorsätzlich zu. γ. RG. DJZ. **09** 1146. Das BG. hat festgestellt, daß der Beklagte, der mit dem Bestehen von Hypotheken und der Möglichkeit ihrer Schädigung bestimmt habe rechnen müssen, durch die Ausplünderung des haftenden Gutes die Kläger als Hypothekengläubiger „mindestens grobfahrlässig" geschädigt habe. Das Revisionsgericht zieht aus dieser festgestellten Sachlage die rechtliche Folgerung, daß es sich nicht nur um fahrlässiges, sondern um arglistiges und vorsätzliches Verhalten handelt. **h)** Grobe Fahrlässigkeit. α. RG. LeipzZ. **09** 401 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 591. Unter grober Fahrlässigkeit ist ein Handeln zu verstehen, das die Pflicht zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in besonders schwerer Weise verletzt (grobfahrlässige Herbeiführung des Unfalls bei Unfallversicherung). β. RG. JW. **09** 108 Ziff. 5. Grobe Fahrlässigkeit im Sinne der Gewährleistungsvorschrift des § 460 liegt nur vor, wenn eine besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt stattgehabt hat und mit ganz besonderer Sorglosigkeit verfahren worden ist. **i)** Beweisführung. α. RG. R. **09** Ziff. 2401. Der angeschossene Treiber brauchte nur einen Sachverhalt darzulegen, aus dem nach dem regelmäßigen Zusammenhange der Dinge zunächst ein Verschulden des Schützen zu folgern ist; der Schütze hat demgegenüber die besonderen Umstände nachzuweisen, aus denen sich seine Schuldlosigkeit ergibt. β. RG. R. **09** Ziff. 3067. Zum Nachweise der behaupteten Verletzung einer Aufsichtspflicht genügt, daß Pflichtwidrigkeiten der Angestellten so häufig vorgekommen sind, daß sie bei einer wirksamen Überwachung hätten bemerkt werden müssen. γ. RG. JW. **09** 134 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 833. Für die Befolgung der in ihren Gewerbebetrieb einschlagenden Polizeiverordnungen müssen vor allem die Gewerbeunternehmer und Betriebsleiter Sorge tragen, und werden jene Vorschriften mehrfach außer acht gelassen, so trifft die Genannten die Beweislast, daß sie ein Verschulden hierbei nicht trifft.

5. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 2 ff., **2** Ziff. 3 ff.). a) Die im Verkehr erforderliche und die im Verkehr übliche Sorgfalt (s. auch JDR. **7** Ziff. 3 a, **3** Ziff. 2 d α). α. RG. JW. **09** 489 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 2371. Die im Verkehr übliche Sorgfalt wird sich in vielen Fällen mit der in diesem Verkehr erforderlichen Sorgfalt decken. Eine in Jägerkreisen herrschende Anschauung oder Übung kann daher immerhin zum Maßstab für die auf diesem Gebiete des Verkehrs erforderliche Sorgfalt dienen, wofern sie den Niederschlag vieljähriger Erfahrungen über die Gefährlichkeit einer bestimmten Handlungsweise oder die Mittel, einer Gefahr vorzubeugen, darstellt und sich bisher in der Praxis bewährt hat. Einer Jagdregel jedoch, die auf Leben und Gesundheit des Menschen nicht genügend Rück-

sicht nimmt, ist die Anerkennung zu versagen. β. S. auch unten zu f. **b)** Objektiver Maßstab (s. auch JDR. **7** Ziff. 3 d, **3** Ziff. 2 d β). **RG.** SeuffA. **64** 392, JW. **09** 190 Ziff. 3, BayRpflZ. **09** 190, R. **09** Ziff. 1105. Die im § 276 gegebene Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit findet auch im Falle des § 254 Anwendung, wenn es sich um mitwirkende Fahrlässigkeit eines Beschädigten handelt. Individuelle Eigenschaften des Schuldners (§ 276) bzw. des Beschädigten (§ 254) kommen hierbei nicht in Betracht, wenngleich die Verallgemeinerung des Begriffs der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht so weit zu gehen hat, daß dabei das Gebiet, in welchem sich die Sorgfalt betätigen soll, und die Gliederung der Menschen in verschiedene Berufsklassen und Verkehrskreise außer acht zu lassen wäre. **c)** Erhöhte Betriebssorgfalt (s. unten Ziff. 8 g u. JDR. **7** Ziff. 3 e, **6** Ziff. 4 b, **5** Ziff. 5 s, **4** Ziff. 3 e). **α. RG.** JW. **09** 276 Ziff. 11, SächsRpflA. **09** 234, EisenbE. **25** 419, DJZ. **09** 713, R. **09** Ziff. 1300. Der Besitzer eines Automobils als solcher muß die für die Führer dieser Fahrzeuge bestimmten Polizeiverordnungen kennen, weil er bei der Bestellung des Führers zu einer Fahrt sich zu vergewissern hat, daß dieser mit dem Inhalte der polizeilichen Vorschriften in den Ländern, durch die er fährt, bekannt ist (vgl. **RG.** Rep. VI, 292/08), und weil er ohne jene Kenntnis der Pflicht zur Aufsicht über den Führer, soweit sie ihm obliegt, nicht nachkommen kann. Wendet sich eine Polizeiverordnung auch nicht unmittelbar an den Herrn des Führers, so gibt sie doch den Maßstab für seine Sorgfaltspflicht, wenn er Verfehlungen des Führers gegen die Verordnung bemerkt. **β.** R. **09** Ziff. 1482 (Hamburg). Die Führung eines Automobils erfordert weitgehende Sorgfalt. Der Führer ist verpflichtet, die sich vor ihm auf der Straße abspielenden Vorgänge genau zu beobachten und, sobald sich gefahrdrohende Verhältnisse zeigen, die Geschwindigkeit derart zu mäßigen, daß er das Fahrzeug auf der Stelle zum Stehen bringen kann. **d)** Fahrlässigkeit bei Verletzung richterlicher Amtspflicht. Kraft aaO.: Über den Begriff der Fahrlässigkeit des Richters bei Verletzung einer dem Geschädigten gegenüber bestehenden Amtspflicht lassen sich nach dem Ergebnisse der Rechtsprechung folgende, die Dehnbarkeit der im § 276 gegebenen Begriffsbestimmung einengende Grundsätze aufstellen: a) Der Prüfstein für die zu vertretende Fahrlässigkeit ist nicht die Sorgfalt eines vollkommenen Richters, sondern eines Richters mit einem Durchschnittsmaß an Kenntnissen, Tüchtigkeit, Fleiß und Vorsicht. b) Stets zu vertreten ist Nichtbeachtung des tatsächlichen Akteninhalts. c) In der Regel — d. h. unter Zulassung besonderer, von dem Schädiger im Einzelfalle darzutuender Entschuldigungsgründe — zu vertreten ist die Nichtbeachtung der allgemeinen Gesetze und Verordnungen sowie der für den inneren Dienst gegebenen Verwaltungsvorschriften. Bei Teilung der Dienstgeschäfte werden die Entschuldigungsgründe schärfer zu beurteilen sein, und zwar um so schärfer, je mehr ins einzelne die Arbeitsteilung geht. d) Irrige Gesetzes auslegung ist nur dann zu vertreten, wenn sie gegen eine unzweideutige Gesetzesbestimmung oder gegen eine von Wissenschaft und Praxis festgelegte Meinung verstößt. e) Irrige Gesetzes anwendung ist mindestens dann zu vertreten, wenn sie auf unrichtiger Handhabung wichtiger und gebräuchlicher Rechtsbegriffe oder auf einem Verstoße gegen klare Regeln der Logik beruht. f) Wo es sich um Fragen richterlichen Ermessens handelt, ist diesem Ermessen ein angemessener Spielraum zu gewähren. Eintragungen und Entscheidungen, die antragsgemäß erfolgen, begründen dem Antragsteller gegenüber eine Ersatzpflicht nicht. **e) RG.** BayRpflZ. **09** 90. Die Ansicht, daß die staatlichen Verwaltungsbehörden wegen der öffentlich-rechtlichen Natur des staatlichen Straßenwesens die Anordnungen für Unterhaltung und Verkehrssicherheit der staatlichen Verkehrsstraßen zu treffen und deshalb auch über die von ihren Beamten im Interesse der Verkehrssicherheit zu übende Sorgfalt ausschließlich zu bestimmen haben, ist rechtsirrig. Der Staat oder die Gemeinden können, wenn sie auf Ersatz

des Schadens in Anspruch genommen werden, den ihre Beamten Dritten zugefügt haben, keine gesonderte Rechtsstellung um deswillen beanspruchen, weil die verletzte Pflicht eine öffentlich-rechtliche war. Sie haften vielmehr für die im Rechtsleben nach dem bürgerlichen Gesetze (§§ 276, 823) zu beobachtende Sorgfalt. **f) RG.** JW. **09** 367 Ziff. 17. Die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften sind zwar keine Schutzgesetze gemäß § 823 Abs. 2, sie geben aber, namentlich im Verhältnisse der Genossenschaft zu ihren Mitgliedern (§ 136 GewUVG.), die Richtschnur, welche Einrichtungen und Anordnungen diese zur Verhütung von Unfällen zu treffen und damit welche Sorgfaltspflichten sie gegen die versicherten Arbeiter und die Genossenschaft zu erfüllen haben, um dem Vorwurfe der Fahrlässigkeit zu entgehen, wenn auch im einzelnen Falle die Umstände so liegen können, daß die Abweichung von einer Unfallverhütungsvorschrift sich rechtfertigen läßt oder daß der Zuwiderhandelnde den Eintritt eines Schadens infolge der Abweichung nicht vorherzusehen vermag. **g) RG.** JW. **09** 432 Ziff. 40. Die dem Schiffseigner und dem Schiffer obliegende Sorgfalt (§§ 823, 276 BGB., §§ 7, 3, 4 BinnenSchG.) kann nicht allein deswegen als geleistet angesehen werden, weil ein Verhalten vorliegt, gegen das die zur Prüfung des Fahrzeugs verpflichteten polizeilichen Organe nicht einschreiten. Das Gesetz legt jenen beiden Personen eine selbständige Verantwortung auf, bei deren Bestimmung im einzelnen auf die allgemeine Übung der beteiligten Verkehrskreise, also darauf Rücksicht zu nehmen ist, was in diesem Kreise zur Schadensverhütung als geboten angesehen wird. **h) RG.** LeipzZ. **09** 60 Ziff. 13 s. bereits JDR. **7** Ziff. 3 g.

6. Haftung für Erfüllung (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 3). **a)** Der allgemeine Rechtssatz des § 276. **α. RG.** JW. **09** 358 Ziff. 2. Bei schuldhafter Vertragsverletzung ergibt sich die Schadensersatzpflicht ohne weiteres gemäß § 276 (**RG. 52** 19 [JDR. **1** Ziff. 3], **53** 201/2 [JDR. **2** Ziff. 6 b β], **62** 120). β. culpa in contrahendo (s. auch JDR. **7** Ziff. 4 a β). αα. **RG.** JW. **09** 684 Ziff. 3. Eine Haftung wegen culpa in contrahendo kommt nach BGB. nur aus dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung in Betracht. ββ. BadRpr. **09** 2 (Karlsruhe). Eine Haftung für culpa in contrahendo ist im BGB. nur in den besondesr bestimmten Fällen (vgl. §§ 122, 307, 694) anerkannt. **b)** Die positiven Vertragsverletzungen insbesondere (s. unten zu § 326 Ziff. 7 und JDR. **7** Ziff. 4 c u. § 326 Ziff. 8, **6** Ziff. 5 b u. § 326 Ziff. 1, **5** Ziff. 3 b u. §§ 325 ff. Ziff. 4, 6, 10, **4** Ziff. 4 a u. § 326 Ziff. 4, **3** Ziff. 3 b u. § 326 Ziff. 4, **2** Ziff. 6 b γ u. § 326 Ziff. 5, **1** zu § 326 Ziff. 5). **α.** *Rabel, RheinZ. **1** 221. Unterlassungspflichten des Zedenten nach der Zession, s. u. zu § 433 Ziff. 2. β. **RG.** LeipzZ. **09** 672 Ziff. 2. Der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Vertragserfüllung erfordert beim Sachkauf eine dem § 377 HGB. entsprechende Mängelanzeige. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1279. Vertragswidriger Bierbezug aus einer anderen Brauerei verpflichtet zum Schadensersatze zwar nicht wegen Verzugs, wohl aber wegen positiver Vertragsverletzung. **c)** Schadensersatzanspruch neben Gewährleistungsansprüchen (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 4 d, **6** Ziff. 5 c, **5** Ziff. 3 c, **4** Ziff. 4 c). **α.** von Blume aaO. (227 ff.). Neben den Sonderbestimmungen über die Gewährschaftspflichten des Verkäufers gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Haftung wegen Verletzung der Schuldnerpflicht für den Fall der Mangelhaftigkeit der Kaufsache. β. **RG.** JW. **09** 16 Ziff. 10, R. **09** Ziff. 35. Neben der Wandelung kann unter besonderen Umständen zugleich Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Liegen solche besonderen Umstände nicht vor, so kann dies nur die Abweisung des Schadensersatzbegehrens, nicht aber auch ohne weiteres des Wandelungsanspruchs zur Folge haben. γ. BadRpr. **09** 240 (Karlsruhe). Bei Lieferung einer Gattungssache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, kann nicht

neben der Haftung der Mängelgewähr Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung beansprucht werden. **d)** Konkurrenz der Ansprüche (s. JDR. **7** Ziff. 4 e, **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 9 u. dort Zitierte, **5** zu § 276 Ziff. 3 d, **3** Ziff. 3 e, **2** Ziff. 6 b zu a γ). α. **RG.** JW. **09** 357 Ziff. 1, R. **09** Ziff. 2109. Kläger, der einem Kegelklub angehört, an dessen Mitglieder der beklagte Gastwirt seine Kegelbahn für bestimmte Tage vermietet hat, ist beim Kegeln infolge von Schadhaftigkeit des Kugelkastens verletzt worden. Ein Ersatzanspruch steht ihm hiernach nur auf Grund des Vertrags, nicht auch aus unerlaubter Handlung zu; denn die Zulassung zur Benutzung der Bahn war eine vertragsmäßige und konnte nur Vertragspflichten erzeugen; auch ist ein Verkehr für das Publikum auf den zur Ausübung des Kegelsports selbst bestimmten Teilen der Bahn nicht eröffnet. β. **RG.** JW. **09** 171 Ziff. 24. Auf die Schadensersatzpflicht des Postfiskus für den Verlust eines auf Grund des Postbeförderungsvertrags übernommenen Pakets können, weil ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht, nicht die §§ 831, 823, sondern nur die das Vertragsverhältnis beherrschenden Regeln — insbesondere § 12 PostG. — Anwendung finden. Die in **RG. 67** 184 (JDR. **7** Ziff. 4 e α) offengelassene Frage, ob bei bestehendem Vertragsverhältnis eine andere Beurteilung Platz greifen könnte, wenn eine schädigende Handlung eines Postbeamten nicht lediglich in einer auf Vertragsverletzung beruhenden unerlaubten Handlung, sondern in einer an sich unerlaubten Handlung besteht, ist zu verneinen.

7. Zu Abs. 2 (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 6, **5** Ziff. 4). *Rabel, RheinZ. **1** 207. Nach französ. Rechte kann die Haftung wegen eigener Handlungen des Verkäufers nicht durch eine allgemeine, das spezielle Faktum nicht nennende Klausel ausgeschlossen werden. Nach § 276, 2 gilt dies nur von vorsätzlichen Handlungen. Wenn daher eine Gewerkschaft beim Verkauf eines Stückes der ihr gehörigen Grundoberfläche im Vertrage die Haftung für Schädigungen ablehnt, welche aus dem Betriebe des Bergwerks für das zu erbauende Haus entstehen könnten, so haftet sie für Schaden aus schuldhaft sachwidrigem Bergwerksbetriebe nur dann, wenn die Vertragsauslegung gestattet, den Verzicht des Käufers auf nicht kulpose Handlungen des Verkäufers zu beschränken.

8. Einzelne Fälle (s. JDR. **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 7). **a)** Haftung des Gastwirts (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 7 a u. § 278 Ziff. 4, **6** Ziff. 6 a, **4** Ziff. 6 a). α. **RG.** BayRpflZ. **09** 298. Verpflichtung des Wirtes zur Sorge für die Sicherheit des Verkehrs der Gäste bei Glätte der Zugänge zu den Wirtschaftsräumen (Bildung einer schlüpfrigen Masse durch Schnee- und Eisstücke bei Tauwetter auf einem schon glatten Fußboden). β. **RG.** R. **09** Ziff. 2396. Unfall des Gastes, der Abort- und Kellertür verwechselt hat. Schadenteilung nach Hälften. γ. R. **09** Ziff. 983 (Hamburg). Verletzung beim Kegelschieben infolge Zersplitterung des Holzes der Kegelbahn. Mitverschulden des Verletzten. δ. S. unten zu b μ. **b)** Haftung des Hauswirts (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 7 b, 6 Ziff. 6 b, **4** Ziff. 6 b). α. **RG.** R. **09** Ziff. 3549. Der Hausbesitzer, der einen Maurermeister mit Umbauarbeiten im vermieteten Hause beauftragt hat, darf sich nicht auf die dem Maurermeister allgemein obliegende Pflicht, Beschädigungen Dritter zu vermeiden, verlassen, er hat vielmehr für die Sicherheit der Mieter besonders zu sorgen. β. **RG.** R. **09** Ziff. 246. Haftung des Vermieters für mangelhafte Unterweisung der von ihm mit Bedienung einer hängenden schweren Laterne betrauten Person. Fahrlässigkeit bejaht. γ. **RG.** R. **09** 3064. Im Halbdunkel liegende Stufen verkehrsreicher Räume sind nötigenfalls den ganzen Tag über zu beleuchten. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 1776. Haftung einer zur Aufnahme älterer, minder gewandter, Frauen bestimmten Stiftung für den Zustand der Treppe. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 1775. Tritt in einem Warenhaus ein die Sicherheit des kaufenden Publikums gefährdender Zustand augenfällig hervor — Lockerung der Messingstreifen auf

der Treppe —, so hat der Inhaber Maßregeln zur Beseitigung zu treffen. ζ. RG. R. 09 Ziff. 673. Der Eigentümer eines unbewohnten, zum Abbruche bestimmten Hauses ist nach herrschender einwandfreier Übung regelmäßig zur Beleuchtung der Treppen ꝛc. auch dann nicht verpflichtet, wenn er in den Räumen zwecks Besichtigung einen ganz vorübergehenden und auf Abbruchsunternehmer beschränkten Verkehr eröffnet hat. η. RG. BayRpflZ. 09 24, R. 09 Ziff. 18. Schädigung durch Einwirkung eines vom Innern eines vermieteten Ladens aus zu handhabenden Rolladens: Der Hausbesitzer haftet nicht für die richtige Bedienung des Rolladensperrwerkes, sondern nur für guten Zustand bei der Übergabe an den Mieter. Mangel doppelter Sperrvorrichtung begründet an sich kein Verschulden. ϑ. RG. R. 09 Ziff. 464. Fahrlässigkeit des Hauseigentümers bejaht, der in einem dem Verkehr aus dem Hinterhause zur Straße dienenden Hausflur neben der Kellertür eine dieser äußerlich ähnliche Windfangtür anbringen läßt, ohne Vorsichtsmaßregeln gegen eine Verwechselung beider Türen zu treffen. ι. RG. R. 09 Ziff. 1990. Haftung eines Pferdestallbesitzers, der den Verkehr von Kaufs- und Verkaufslustigen in den Stallungen gestattet, für Verkehrssicherheit der zu durchschreitenden Gänge. κ. RG. JW. 09 275 Ziff. 10, R. 09 Ziff. 1494. Der Eigenbesitzer (Verpächter und Eigentümer) eines Theatersaals ist nach Maßgabe des § 836 verpflichtet, für einen gefahrlosen Verkehr der Zuschauer im Saale zu sorgen. Die erfolgte baupolizeiliche Abnahme entlastet ihn nicht ohne weiteres von seiner Verantwortlichkeit; Verpflichtung zur Vornahme fachmännischer Untersuchung. λ. RG. JW. 09 105 Ziff. 2. Vom Hausbesitzer zu vertretendes (§ 278) — geringes — Verschulden der Portiersfrau, die im Laufe des Abends bemerkt hatte, daß die im Treppenhaus angebrachte Gaslampe trüber brannte, sich aber nicht weiter um die Beleuchtung kümmerte. S. auch § 254 Ziff. 9 b β. μ. RG. JW. 09 106 Ziff. 4, R. 09 Ziff. 467. Hat der Mieter (Pächter) eine vom Vermieter getroffene, an sich nicht gefährliche Anlage (verdeckte Kelleröffnung hinter der Theke) durch eine von ihm selbst geschaffene Veranstaltung (Anbringung eines Schaukastens in unmittelbarer Nähe der Öffnung) in den Verkehrsbereich gerückt, so ist es allein seine Sache, den infolge dieser Veranstaltung für Dritte bestehenden Gefahren vorzubeugen; dem Vermieter ist nach dieser Richtung eine Fürsorge selbst dann nicht zuzumuten, wenn er von den Anlagen des Mieters gewußt und sie geduldet hat. ν. SeuffA. 64 347, R. 09 Ziff. 2941 (Dresden). Verpfltchtung der Erben, die vom Erblasser hinsichtlich der Verkehrssicherheit des ererbten Hauses getroffenen Anordnungen — Treppenbeleuchtung — nachzuprüfen. **c)** Haftung des Inhabers einer Dienstwohnung. RG. BayRpflZ. 09 394, R. 09 Ziff. 2395. Der Inhaber einer Dienstwohnung kann kraft seiner tatsächlichen Befugnis, über die Wohnung, die Art und den Umfang des Verkehrs dahin zu verfügen, für Unfälle, die sich infolge eines mangelhaften Zuganges ereignen, auch dann haftbar sein, wenn die Unterhaltspflicht einem anderen obliegt. **d)** Haftung des Ehemanns der Hauseigentümerin. RG. JW. 09 415 Ziff. 11, R. 09 Ziff. 2656, 2657. Die dem Ehemanne beim gesetzlichen Güterstand obliegende Verwaltung des eingebrachten Gutes umfaßt die Verwaltung eines zum Eingebrachten gehörigen Hauses. Unterläßt der Ehemann die Beleuchtung der Treppen, so ist er für die Folgen dieser Pflichtversäumung verantwortlich, sofern er sich nicht entlasten und dartun kann, daß er ausreichende Anordnungen für die gehörige Beleuchtung getroffen hat. Zum häuslichen Wirkungskreise der Frau gehört die Fürsorge für die Beleuchtung der abgesonderten Treppe der Mietwohnung nicht. **e)** Haftung des Mieters eines Grundstücks. RG. JW. 09 493 Ziff. 15. Wenn es auch regelmäßig Sache des Eigentümers eines Grundstücks ist, für die Beseitigung eines Mangels zu sorgen, so kann doch, wenn eine Abhilfe durch den Eigentümer nicht so bald zu erwarten ist oder der Eigentümer sich in der Abhilfe lässig zeigt, auch derjenige aus §§ 823, 276 haftbar werden, der, obschon er

ohne große Mühe und Aufwendungen in der Lage ist, die zur Abwendung der Gefahr gebotenen vorläufigen Vorkehrungen zu treffen, den gefahrdrohenden Zustand ruhig weiterbestehen läßt und die Gefahr durch die Art der Benutzung der Sache sogar noch steigert (Haftung des Mieters für Verkehrssicherheit). f) Haftung des Haushaltungsvorstandes. **RG. 70** 48 ff., JW. **09** 17 Ziff. 10, DJZ. **09** 265, R. **09** Ziff. 51. Der Haushaltungsvorstand muß der Allgemeinheit gegenüber als verpflichtet gelten, bei der Einrichtung seines Hausstandes, der Wohnungsverhältnisse und der Regelung sonstiger, über den Familienkreis hinaus auf die Außenwelt wirkender Angelegenheiten des häuslichen Lebens tunlichst auf fremde Interessen und Rechtsgüter Rücksicht zu nehmen, insbesondere auf die Sicherheit von Leib und Leben der mit den Familienangehörigen in Berührung kommenden Dritten, wie der Dienstboten oder Mithausbewohner. Der Ehemann (und Haushaltungsvorstand) ist daher verantwortlich zu machen, wenn er die, wie ihm bekannt, geistesgestörte und infolgedessen gemeingefährliche Ehefrau, anstatt für ihre Unterbringung in einer Anstalt zu sorgen, in der ehelichen Wohnung behält, keine Maßnahmen für ihre Bewachung trifft, sie im Hause frei umhergehen läßt, ihr auch Gegenstände, die in Händen solcher Kranker gefährlich sind, überläßt und wenn infolge hiervon die Geisteskranke einen Dritten am Körper verletzt. g) Haftung des Automobilfahrers und -besitzers (s. auch oben Ziff. 5 c, 3 e). α. **RG.** R. **09** Ziff. 1989. Pflicht des Leiters eines Automobils, die Geschwindigkeit erheblich unter das bei normalen Verhältnissen statthafte Maß zu ermäßigen, wenn der Ausblick auf die Fahrbahn — durch einen Straßenbahnzug — verdeckt ist. β. **RG.** Gruchots Beitr. **53** 921. Keine Verpflichtung des Fahrers eines Kraftfahrzeugs, sobald ein Fuhrwerk entgegenkommt, dessen Lenker absteigt oder hält und sein Tier am Kopfe faßt, zu halten und den Motor bis zur Vorüberfahrt des Wagens abzustellen, wenn das Tier keine Unruhe zeigt und der Fuhrmann kein Zeichen gibt. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1299. Beim Herannahen eines Kraftwagens scheuende Pferde. Der Lenker des Kraftwagens war nach Lage des Falles verpflichtet, den Wagen anzuhalten und den Motor abzustellen, bis die Pferde sich hätten beruhigen und vorbeiführen lassen können. δ. **RG.** EisenbE. **25** 379, R. **09** Ziff. 2255. Verpflichtung des Lenkers eines Automobils, der bemerkt, daß Pferde infolge des Geräuschs des Motors unruhig werden, die Maschine abzustellen. Bei der Schnelligkeit der sich abspielenden Vorgänge ist von dem Lenker eines Automobils rasches und sachgemäßes Handeln zu erfordern. ε. **RG.** (Strafs.) SeuffBl. **09** 416. Der Einwand des angeklagten Kraftfahrzeuglenkers, daß ihm vor dem Unfalle nur mehr der Bruchteil einer Sekunde zur Entscheidung darüber zur Verfügung gestanden habe, wie er weiter fahren solle, ist unbeachtlich, weil der Angeklagte diesen Umstand durch sein übermäßig schnelles Fahren selbst verschuldet hat. ζ. OLG. **18** 73 (München). Der beklagte Automobillenker hat nicht deshalb fahrlässig gehandelt, weil er, obwohl der Kläger von seinem Wagen stieg und das — beim Vorüberfahren des Automobils scheu gewordene — Pferd am Kopfe hielt, nicht anhielt, sondern die Fahrt fortsetzte. h) Haftung des Lenkers und Besitzers eines Fuhrwerkes. α. **RG.** Gruchots Beitr. **53** 924, JW. **09** 358 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1847. Unfall eines Kindes, welches auf der Deichsel eines an ein Fuhrwerk angekoppelten Wagens zur Mitfahrt zugelassen ist und, als der Fuhrmann an dem ihm bekannt gegebenen Fahrziele vorbeifährt, abspringt. Fahrlässigkeit des Fuhrmanns bejaht. S. auch oben Ziff. 3 f. β. **RG.** R. **09** Ziff. 1679. Kein Verschulden des Lenkers durchgehender Pferde, der bei unmittelbarer Gefahr des Zusammenstoßes mit einem anderen Fuhrwerke die Pferde scharf zur Seite auf ein Ackerfeld reißt, ohne seinen Fahrgast zu warnen; bei der Plötzlichkeit des Vorganges ist auch nicht entscheidend, ob vielleicht doch eine andere weniger gefährliche Möglichkeit bestand, die Herrschaft über die Pferde wiederzuerlangen. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 3072. Fahrlässigkeit des Lenkers bejaht, der nicht

rechtzeitig bedacht hat, daß das Pferd, anstatt den Weg geradeaus fortzusetzen, in den nach seinem Stalle führenden Feldweg einbiegen werde. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 47. Der Besitzer eines schweren Fuhrwerkes (Bierwagen) ist nicht verpflichtet, diesen mit einer Vorrichtung zu versehen, die ein Halten auf der Stelle ermöglicht, oder, falls es eine solche nicht gibt, die Benutzung des Wagens zu unterlassen. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 2946. Fahrlässigkeit des mitfahrenden Fuhrwerksbesitzers bejaht, der, obwohl er die gefährliche Geschwindigkeit der Fahrt kannte, sich mit gemächlicher Ermahnung des Kutschers begnügte, statt bestimmten Befehl zu langsamerer Fahrt zu erteilen. **i)** Überschreitung der Amtsbefugnisse öffentlicher Beamten. α. **RG.** III 4. 5. 09, **71** 60 ff., JW. **09** 391 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 1885. Zu den Pflichten des öffentlichen Beamten gehört es, die Grenzen seiner Zuständigkeit innezuhalten, sich der Vornahme solcher Handlungen zu enthalten, welche ausschließlich Beamten anderer Art vorbehalten sind. Auch diese Pflicht ist eine Amtspflicht, welche ihm nicht nur dem Gemeinwesen, sondern jedem gegenüber obliegt, welcher von den Folgen der Amtsüberschreitung betroffen werden kann. Überschreitet daher ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtsbefugnisse — amtliche Beglaubigung einer Unterschrift durch einen dazu nicht zuständigen Gemeindevorsteher —, so haftet er aus § 839. Die gleiche Haftung besteht auch dann, wenn er sich zwar in einem von ihm nicht zu vertretenden Irrtum über seine Befugnis zur Beglaubigung befand, aber bei der Beglaubigung sich einer Verletzung der allgemeinen ihm obliegenden Sorgfalt — ungenügende Ermittelung über die Echtheit der Unterschrift — schuldig gemacht hat. Denn der Beamte hat, auch wenn er in Überschreitung seiner Befugnisse, aber doch als Beamter handelt, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten und die Folgen einer Vernachlässigung gemäß § 839 zu vertreten. — Soweit die Ausführungen des Sen. in **RG. 60** 321 entgegenstehen, werden sie nicht aufrechterhalten. β. **RG.** VI 1. 7. 09, JW. **09** 494 Ziff. 17, BayRpflZ. **09** 411, R. **09** Sp. 678. Die Entsch. schließt sich den Ausführungen zu α in einem wesentlich gleichliegenden Falle an. **k)** Richterliche Haftung (s. JDR. **7** Ziff. 7 c, **6** Ziff. 6 c, **5** Ziff. 5 e). α. Kraft, DJZ. **09** 1415—1421, Die Haftpflicht des Richters (Begriff der Fahrlässigkeit bei Amtspflichtverletzungen) s. o. Ziff. 5c. β. **RG.** R. **09** Ziff. 835. Fahrlässige Amtspflichtverletzung liegt nicht vor, wenn ein Versteigerungsrichter gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt, die in sich nicht völlig klar und lückenlos erscheint, und die von dem Richter gewählte Auslegung auch sonst in der Wissenschaft vertreten wird. γ. SächsOLG. **30** 374, R. **09** Ziff. 3558 (Dresden). § 839 erfordert nicht die Sorgfalt eines ideal vollkommenen, sondern eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten. Ist eine Frage in Rechtsprechung und Literatur streitig, so kann grundsätzlich, wenn das RG. noch nicht gesprochen hat, aus der Anwendung einer der Ansichten ein Vorwurf nicht gemacht werden. δ. **RG.** BayRpflZ. **09** 230, R. **09** Ziff. 1681. Der Grundbuchrichter handelt nicht deshalb fahrlässig, weil er einen auf Eintragung einer Sicherungshypothek gerichteten Arrestbefehl nicht schneller erledigt, als sonstige Anträge auf Grundbucheintragungen (vgl. auch JDR. **7** Ziff. 7 c γ). ε. **RG.** R. **09** Ziff. 3777. Der Richter verletzt seine Amtspflicht nicht, wenn er die bei einer Durchsuchung beschlagnahmten kaufmännischen Bücher — in die demnächst ein Dritter unbefugt Einsicht erlangt hat— nicht selbst durchsieht, sondern einem geeigneten Sachverständigen vorlegen läßt. **l)** Haftung von Rechtsanwalt und Notar (s. JDR. **7** Ziff. 7 d, **6** Ziff. 6 d, **5** Ziff. 5 f). α. **RG.** R. **09** Ziff. 251. Der von einem Hypothekengläubiger mit Wahrnehmung eines Zwangsversteigerungstermins beauftragte Anwalt hat darauf zu achten, daß ein abgegebenes, den Gläubiger deckendes Gebot in klarer Weise dem Richter gegenüber erklärt, von diesem entgegengenommen und durch Niederschrift in dem Protokolle beurkundet wird; andernfalls haftet er für den Ausfall. β. **RG.** R. **09** Ziff. 1848. Fahrlässigkeit des Notars bejaht, der bei Aufnahme einer Schuldurkunde, in der die

Ehefrau sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, den Ehemann lediglich diese Erklärungen genehmigen, nicht aber erklären läßt, daß er die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut bewillige. γ. **RG.** JW. **09** 12 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 266. Ein Notar hatte bei einer Abmachung, in welcher ein Eigentümer sein Grundstück einem anderen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unter Vereinbarung von Gegenverpflichtungen (Reugeld) zum Kaufe an die Hand gab, entgegen der Vorschrift des § 313 (s. u. zu § 313 Ziff. II 1 f.) nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, nicht die Gegenverpflichtungen des anderen Teiles beurkundet. Fahrlässigkeit des Notars ist bejaht: Wenn auch nicht jede Verkennung eines Gesetzes und nicht jedes Versehen eine Fahrlässigkeit bedeutet, so handelt es sich doch vorliegend um die unmittelbar aus dem Gesetze sich ergebenden Grundsätze und um eine für einen Notar besonders bedeutsame Formvorschrift; auch lagen über die in Betracht kommenden Fragen bereits gedruckte Entscheidungen des RG. vor; außerdem war der Notar von der bevorstehenden Aufnahme des Aktes frühzeitig in Kenntnis gesetzt worden. δ. **RG.** JW. **09** 217 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 1278. Dem beklagten Rechtsanwalt kann daraus, daß er die später vom Reichsgericht als unrichtig erkannte Rechtsansicht gewonnen hat, die Frist des § 207 Abs. 2 ZPO. sei keine Notfrist, ein Vorwurf nicht gemacht werden, weil der Wortlaut des Gesetzes (§§ 223 Abs. 3, 207 Abs. 2) jene Auffassung begünstigt, der angesehene Gaupp-Steinsche Kommentar sich in gleichem Sinne aussprach und der Beklagte, der gegenteilige Meinungsäußerungen nicht kannte, bei dem damaligen Stande der Literatur mit der Möglichkeit einer anderen Auffassung nicht zu rechnen brauchte. Dagegen würde er seine anwaltlichen Verpflichtungen verletzt haben, wenn er in Erkenntnis der Zweifelhaftigkeit der Auslegung die Gefahr einer ungünstigen Entscheidung der Gerichte seinem Auftraggeber aufgebürdet hätte. ε. **RG.** JW. **09** 496 Ziff. 19, DJZ. **09** 1211, R. **09** Ziff. 2370. Der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Rechtsanwalt ist dem Mandanten schadensersatzpflichtig, wenn er, obwohl er weiß, daß neben dem Hypothekenschuldner ein persönlicher Schuldner haftet und eventuell gleichfalls in Anspruch genommen werden soll, letzteren trotz § 1166 BGB. von der Zwangsversteigerung nicht benachrichtigt. ζ. **RG.** JW. **09** 139 Ziff. 18. Fahrlässigkeit des Notars, der entgegen dem § 2346 zur Beurkundung eines Erbverzichts nicht einen Vertragsantrag und seine Annahme, sondern nur eine einseitige Verzichtserklärung und ihre Erwähnung im Testamente des Erblassers beurkundet hat. Wer ist durch die Ungültigkeit des Erbverzichts geschädigt? η. **RG.** R. **09** 221. Die Erwägung des BG. ist nicht zu beanstanden, daß der beklagte Notar verpflichtet gewesen sei, vor Aufnahme der Urkunde sich über den zugrunde liegenden Sachverhalt zu unterrichten, da sonst eine sachgemäße Aufnahme der Urkunde nicht möglich gewesen sei. Denn jedenfalls muß der Urkundsbeamte sich insoweit Klarheit über den Sachverhalt verschaffen, als davon die rechtliche Wirksamkeit der zu beurkundenden Erklärungen abhängt und ihm die Aufklärungsmittel, insbesondere durch Befragen der Auftraggeber, bereitstehen. ϑ. **RG.** R. **09** Ziff. 3774. Der eine Bürgschaftserklärung beurkundende Notar handelt fahrlässig, wenn er lediglich auf Grund der Vorstellung des Hauptschuldners die Bürgen, angeblich dessen Brüder, als ihm bekannt in der Urkunde aufführt. ι. OLG. **18** 97 (Braunschweig). Haftung des Notars, der den Preis für Grundstück und Inventar in einer Summe beurkundet. κ. OLG. **18** 98 (Colmar). Haftung des Notars wegen unterlassener Einsichtnahme in das Grundbuch. λ. SächsOLG. **30** 371, R. **09** Ziff. 3551 (Dresden). Wird eine im Prüfungstermine bestrittene Wechselforderung nicht berücksichtigt, weil der Rechtsanwalt des Gläubigers den Wechsel von diesem so spät eingezogen hat, daß er die wegen eines Formfehlers des Wechsels notwendige Klage aus dem Grundgeschäft nicht innerhalb der Frist des § 152 KO. nachweisen konnte, so trifft den Rechtsanwalt nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit, wenn der Wechsel von Kaufleuten herrührte und sein Auf-

traggeber Kaufmann war, so daß er mit dem Formfehler nicht zu rechnen brauchte. **m)** Haftung des Gerichtsvollziehers (s. JDR. **7** Ziff. 7 f., **6** Ziff. 6 e, **5** Ziff. 5 g). α. **RG.** JW. **09** 14 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 2112. Verschulden eines Gerichtsvollziehers, der einen Vollstreckungsauftrag, anstatt ihm zur Hauptsache zu genügen, objektiv pflichtwidrig ganz ablehnte, mit Rücksicht auf die Art und Weise der Auftragserteilung ,welche ihn für jede Abweichung von dem Auftrage haftbar zu machen drohte, verneint. β. **RG.** JW. **09** 315 Ziff. 14. Haftung des Gerichtsvollziehers aus unterlassener Beglaubigung einer Rechtsmittelschrift einschließlich Terminsbestimmung: s. o. zu § 254 Ziff. 9 ε. γ. **RG.** JW. **09** 731 Ziff. 31, R. **09** Ziff. 3364. Der mit einer Zwangsversteigerung beauftragte Gerichtsvollzieher ist weder verpflichtet noch berechtigt, im Interesse des Gläubigers bei einem zu niedrigen Gebote den Zuschlag zu versagen. δ. HansGZ. **09** Beibl. 83 (Hamburg). Haftung des Gerichtsvollziehers, der dem Auftraggeber von einer Abänderung des Versteigerungstermins keine Kenntnis gibt. **n)** Haftung des Gemeindevorstehers (Nottestament). **RG.** JW. **09** 727 Ziff. 23, R. **09** Ziff. 3773. Ein Gemeindevorsteher hat bei Aufnahme eines Nottestaments entgegen dem § 2234 Nr. 2 den Schwiegersohn der Erblasserin als Zeugen zugezogen. Fahrlässigkeit wird entgegen dem BG. verneint, da wegen einer in Aussicht genommenen Operation der lebensgefährlich erkrankten Erblasserin bei der Testamentserrichtung höchste Eile geboten war. **o)** Haftung des Bankiers (s. JDR. **7** Ziff. 7 h, **6** Ziff. 6 g). α. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 978, BankA. **8** 299, LeipzZ. **09** 543 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 1867. Jede fahrlässige Empfehlung von Wertpapieren macht den Bankier schadensersatzpflichtig, sofern der Beratene die Wertpapiere demnächst im Vertrauen auf die Empfehlung von dem Bankier bezogen hat. Es ist nicht erforderlich, daß zwischen Bankier und Kunden schon vorher eine dauernde Geschäftsverbindung bestand. Es ist auch unerheblich, ob das durch die Empfehlung verursachte Bezugsgeschäft die Form der Kommission oder des unmittelbaren Kaufes annimmt. Die Kaufmannseigenschaft des Kunden hebt die Vertragspflicht des Bankiers nicht auf, ist aber allerdings für die Prüfung der Frage, was die Sorgfalt des Bankiers im einzelnen Falle erforderte, von einschneidender Bedeutung. β. **RG.** JW. **09** 360 Ziff. 4. Sorgfaltspflicht eines Bankiers, der einem Kunden Aktien eines erst vor kurzem errichteten industriellen Unternehmens als sicher zum Ankauf empfiehlt: Bei Beurteilung der von dem Bankier abgegebenen subjektiven Meinungsäußerungen über die künftige Entwickelung des Unternehmens hat das BG. die Person außer acht gelassen, der gegenüber die Äußerungen getan wurden. Mit Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft des Kunden durfte der Bankier erwarten, daß seine Äußerungen so aufgefaßt wurden, wie sie gemeint waren: als subjektive Ansicht. Bei Bildung dieser Ansicht ist Bekl. nicht fahrlässig verfahren. γ. LeipzZ. **09** 485 Ziff. 1 (Braunschweig). Die Haftung eines Bankiers, der Industriepapiere als „chancenreich“ zum Ankauf empfohlen hat, ohne auf die generelle Möglichkeit eines Kursrückganges aufmerksam zu machen, wird im Anschluß an **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 239 (JDR. **7** Ziff. 7 h α) verneint; der Käufer war größerer Maurermeister und Aufsichtsratsmitglied eines größeren industriellen Unternehmens, hatte auch schon in Kuxen spekuliert und dabei Verluste erlitten. δ. **RG.** BayRpflZ. **09** 111, R. **09** Ziff. 818 s. o. zu § 249 Ziff. 2 c δ. ε. **RG.** LeipzZ. **09** 154 Ziff. 5: s. bereits JDR. **7** Ziff. 7 h β. **p)** Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn. α. **RG.** JW. **09** 659 Ziff. 10, DJZ. **09** 1387, LeipzZ. **09** 931 Ziff. 16, R. **09** Ziff. 3066. Für einen Geschäftsherrn besteht eine Aufsichtspflicht über den ganzen Umfang seines Geschäftsbetriebs, der zufolge er die Verrichtungen seiner — wenn auch sorgfältig ausgesuchten — Angestellten zu überwachen hat (JW. **04** 745 Ziff. 16 [JDR. **5** zu § 823 Ziff. 7 i]). Umfang und Maß der Aufsicht bestimmen sich nach den Umständen des Einzelfalls. β. **RG.** R. **09** Ziff. 2652. Der Unternehmer eines gewerblichen Betriebs haftet auf Grund eigenen

Verschuldens, wenn ein Arbeiter infolge eines jahrelang in der Fabrik geübten Mißbrauchs die Ballen, statt sie am Aufzuge herunterzulassen, aus dem Fenster auf die Straße wirft, und dadurch einen Passanten verletzt. q) Haftung der Gemeinde (s. auch IDR. **7** Ziff. 7 e). α. **RG.** JW. **09** 161 Ziff. 8, BayRpflZ. **09** 131, R. **09** 254. Die Verantwortlichkeit der Gemeinde für den Zustand der Straßen beginnt mit der tatsächlichen Freigabe für den öffentlichen Verkehr. Eines der wesentlichsten Merkmale, aus denen die Herstellung dieser Öffentlichkeit zu entnehmen ist, ist der Zusammenhang der Anbauten der Straße. Das Maß der Sorgfalt, die auf eine fertige und die auf eine dem Verkehre freigegebene, aber noch im Ausbau begriffene Straße zu verwenden ist, wird allerdings ein verschiedenes sein. Hat aber die Gemeinde, wie vorliegend, den Ausbau von Wohnhäusern genehmigt und deren Ingebrauchnahme zugelassen, so kann sie sich nicht jeder Fürsorge entschlagen, muß vielmehr jedenfalls dafür sorgen, daß die Straße bei gehöriger Vorsicht ohne Gefahr für den Verkehrszweck benutzt werden kann. β. **RG.** R. **09** Ziff. 2393. Aufsichtspflicht der Stadtgemeinde bei Aufgrabungen in einer Großstadt. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1457. Verschulden der Gemeinde bei Beleuchtung einer fahrenden Feuerspritze, sofern durch die starke Besetzung des Kutscherbocks die Laterne verdeckt war. Diese Beleuchtungspflicht konnte die Gemeinde nicht stillschweigend auf den Fuhrmann oder den Feuerwehrkommandanten abwälzen. δ. **RG.** JW. **09** 461 Ziff. 19, R. **09** Ziff. 2392. Eine Stadtgemeinde hat zum Schmucke eines öffentlichen Platzes Festungsgeschütze aufgestellt. Hieraus erwuchs ihr die Verpflichtung, zum Schutze der auf dem Platze verkehrenden Personen dafür zu sorgen, daß nicht durch eine mangelhafte Beschaffenheit des Geschützes oder einen Mangel der Aufstellung für Vorübergehende Gefahren entstanden; dagegen lag ihr nicht ob, zum Schutze solcher Personen (größere Kinder), welche unbefugt die schweren Kanonen in Bewegung setzen, Vorkehrungen zu treffen. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 465. Von den bauleitenden Beamten einer Stadt, welche in ihren Straßen Kanalisationsarbeiten ausführen läßt, kann ohne Überspannung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt eine besonders sorgsame Kontrolle über die untergebenen Beamten betreffs Beleuchtung der Baustellen und Straßenübergänge gefordert werden. ζ. SeuffA. **64** 14 (Dresden). Haftung der Schulgemeinde für die bauliche Einrichtung des Schulgebäudes (Heizungsanlage). r) Haftung der Kirchengemeinde. α. **RG.** R. **09** Ziff. 1277. Unfall infolge Abgleitens eines auf der Kirchentreppe stehenden schweren Stiefelabstreichers. Nach Lage des Falles beruht, obwohl der Abstreicher mit der Stufe hätte fest verbunden sein müssen, die Meinung des Kirchenvorstandes, die Einrichtung sei, insbesondere infolge des Gewichts des Abstreichers, genügend verkehrssicher, nur dann auf Fahrlässigkeit, wenn dem Vorstand Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit seiner Annahme bekannt waren. β. **RG.** JW. **09** 218 Ziff. 5: Streupflicht der Kirchengemeinde bei Glatteis. s) Haftung des Eisenbahnunternehmers. α. **RG.** R. **09** Ziff. 1878. Auch da, wo der Besteller eines Werkes einen zur Ausführung geeigneten und zuverlässigen Unternehmer gewählt hat, kann vermöge besonderer Verhältnisse im Einzelfall eine Pflicht des Bestellers bestehen, für die gefahrlose Durchführung des Werkes Sorge zu tragen (Gefahr des Rutschens bei einem Eisenbahndamme). β. **RG.** R. **09** Ziff. 2250. Verpflichtung der Eisenbahnverwaltung zur Beleuchtung einer herabgelassenen Schranke an der Landstraße bejaht. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 3768. Hat die Aufsichtsbehörde bei einer Nebenbahn die Anbringung von Schranken an einem Wegübergange nicht für notwendig erachtet, so ist in der Regel ein Verschulden des Eisenbahnunternehmers in der Unterlassung der Anbringung nicht zu finden (vgl. § 18 EisenbBau- u. BetriebsO. v. 1. 5. 05). t) Schleppvertrag. **RG.** LeipzZ. **09** 311 Ziff. 13. Dem Führer des Schleppzuges liegt die Verantwortlichkeit für die Führung des ganzen Zuges ob. Wenn er auch auf eine pflichtmäßige Mitwirkung der Kahnschiffer rechnen darf, so hat er doch

die erforderlichen Beobachtungen anzustellen, ob die Kähne ordnungsmäßig folgen oder ob — mit oder ohne Schuld der Kahnschiffer — Umstände eingetreten sind, die die Sicherheit des Schleppzugs gefährden. Solche Beobachtung ist insbesondere in nautisch schwierigen Situationen zu fordern. u) Weitere Einzelfälle. α. **RG.** R. **09** 3735. Verpflichtung einer Essigfabrik zur Beschaffung von Sicherheitslampen gegen Explosionsgefahr angenommen. β. **RG.** R. **09** Ziff. 3286. Der Kommandant eines Torpedodivisionsboots handelt nicht schuldhaft, wenn er sich nach dem Einlaufen in einen fremdländischen Hafen um solche Einzelheiten des Dienstbetriebs, wie das vorschriftsmäßige Verstauen von Salutmunition, die bis zum Anlegen ordnungsmäßig untergebracht war, nicht kümmert. γ. **RG.** JW. **09** 719 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 3532. Wer für den Weg in eine Gebirgsklamm ein Eintrittsgeld erhebt, haftet für ordnungsmäßige Herstellung und Erhaltung und ist dabei verpflichtet, den Weg beaufsichtigen zu lassen und etwaigen den Besuchern drohenden Gefahren tunlichst vorzubeugen. Fahrlässigkeit im Streitfalle verneint. Verpflichtung zu Sonderkontrollen bei Elementarereignissen. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 1676. Haftung des Arbeitsgebers bejaht, der einen jugendlichen Arbeiter mit Führung einer Schiebkarre beauftragt hat, die so hoch beladen war, daß der Arbeiter den Verkehr der Straße nicht übersehen konnte und infolgedessen einen Menschen verletzte. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 48. Fahrlässigkeit des Unternehmers angenommen, der zur Leitung und Beaufsichtigung von Arbeiten an einer Eisenbahnbrücke lediglich einen Monteur anstellt. Verkehrsüblichkeit derartigen Verfahrens sowie das Einverständnis der Bahnverwaltung entlasten den Unternehmer nicht. ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 49. Haftung von Bauhandwerkern wegen mangelnder Befestigung oder Bewachung freistehender Gerüststangen bejaht. η. **RG.** R. **09** Ziff. 50. Fahrlässigkeit eines bei Nacht auf beengter Dorfstraße in scharfer Gangart Reitenden. ϑ. **RG.** R. **09** Ziff. 3350. Keine Verpflichtung des Schmieds, einen die Werkstätte betretenden Kunden auf die Gefahr des Abspritzens von Funken oder Eisensplittern aufmerksam zu machen. ι. **RG.** JW. **09** 489 Ziff. 11 (Jägerbrauch): s. o. Ziff. 5 a α.

§ 278. Literatur: J. Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, LeipzZ. **09** 721—743. — Josef, Zur Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, JheringsJ. **55** 260—276. — Derselbe, Das Verhältnis des § 6 des Versicherungsvertragsgesetzes zu den §§ 278, 342 BGB., GoldschmidtsZ. **65** 191—199. — Derselbe, Gefahrloser Zugang zum Geschäftslokal, BayRpflZ. **09** 333. — Meyer, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, R. **09** 305—312. — Schneider, § 278 BGB. auf dem Gebiete des Versicherungsrechts, ZVersWiss. **9** 796—800.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 477. Leistet der um die Zession wissende Erfüllungsgehilfe des ahnungslosen Schuldners auf dessen Geheiß an den Zedenten, so ist der Schuldner nicht befreit: das Wissen seines Erfüllungsgehilfen muß er gegen sich gelten lassen (vgl. § 166).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 117. Zwischen Gläubiger und Erfüllungsgehilfen besteht kein schuldrechtliches Band. Der Erfüllungsgehilfe haftet dem Gläubiger nur nach Deliktsrecht. Ein vorsichtiger Gläubiger wird daher geeignetenfalls den Erfüllungsgehilfen zu einer (gesamtschuldnerischen) Mitübernahme der Schuld zu bestimmen gut tun.

3. J. Gierke aaO. erörtert, nachdem er sich mit der Auffassung von Schneider (vgl. JDR. **7** Ziff. 1), Josef (vgl. JDR. **7** Ziff. 3) und Gerhard-Hagen (Komm. zum VVG.) auseinandergesetzt hat (723 ff.), auf Grund des VVG. folgende Punkte (734 ff.): a) Ein allgemeines Selbstverschuldungsprinzip ist dem VVG. fremd. b) Hinsichtlich der Frage, ob § 278 auf die versicherungsrechtlichen Pflichten Anwendung findet sind zu trennen: α) die nach Vertragsschluß entstehenden Pflichten vor oder nach Eintritt des Versicherungsfalls im allgemeinen. Die meisten nach Abschluß des Vertrags entstehenden, dem Versicherer gegenüber zu erfüllenden

Obliegenheiten sind als „Verbindlichkeiten" zu behandeln und unterliegen daher dem § 278 BGB.; dies gilt namentlich von der Anzeigepflicht nach dem Versicherungsfall und der Pflicht zur Schadensaufstellung. β) Auf die „Pflicht", den Versicherungsfall nicht herbeizuführen, findet gemäß § 254 BGB. der § 278 entsprechende Anwendung. γ) Die pflegliche Behandlung bei der Viehversicherung (§ 125 VVG.). δ) Verbindlichkeiten hinsichtlich der Gefahrerhöhung. ε) Die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs innerhalb bestimmter Frist ist keine Verbindlichkeit, sondern Bedingung für die Erhaltung des Versicherungsanspruchs, so daß § 278 nicht anwendbar ist. ζ) Anzeigepflicht beim Vertragsschlusse; § 278 ist nicht anwendbar. Vgl. jedoch §§ 166 BGB., 19 VVG. c) α) Der Umfang der Anwendung des § 278 entscheidet sich in erster Linie nach § 157 BGB. Hiernach ergibt sich, daß eine Haftung des Versicherungsnehmers nicht für das Verschulden jeder untergeordneten Hilfsperson gewollt sein kann; vielmehr haftet der Versicherungsnehmer nur für den, der nach der Auffassung des Versicherungsverkehrs in bezug auf das geforderte Verhalten als sein Vertreter, sein Repräsentant, gelten muß. Dies gestaltet sich bei den einzelnen Pflichten verschieden. β) Besonderheiten bestehen auch für die einzelnen Versicherungszweige. d) Auch soweit § 278 nicht Anwendung findet, kann eine Haftung für fremdes Verschulden Platz greifen. So ist nach Treu und Glauben anzunehmen, daß hinsichtlich der „Pflicht", den Anspruch in bestimmter Frist geltend zu machen (oben b ε), der Versicherungsnehmer für das Verschulden desjenigen einstehen muß, der zur Erfüllung jener Bedingung an seiner Stelle steht (gesetzlicher Vertreter, Prozeßbevollmächtigter). Auch kann § 254 zu entsprechender Anwendung des § 278 führen. — Das Ergebnis läßt sich ungefähr dahin zusammenfassen: Mangels anderer Vereinbarung haftet der Versicherungsnehmer — wenn auch auf verschiedener juristischer Grundlage — für das Verschulden seines „Repräsentanten" wie für eigenes.

4. a) Josef, JheringsJ. **55** 260 ff. Verletzt der Versicherungsnehmer seine gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheiten zu Anzeigen und zu Maßnahmen zwecks Verhütung oder Verminderung der Gefahr und des eingetretenen Schadens (§§ 32, 62 VVG.), so ist er verpflichtet, dem Versicherer den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen; folglich sind jene Obliegenheiten Verbindlichkeiten des Versicherungsnehmers, und es findet auf sie der § 278 BGB. Anwendung. Das gilt auch dann, wenn die Verletzung der Obliegenheit nach Gesetz und Vertrag die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge hat, d. h. wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit zur Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus der Versicherung gemacht ist. Denn durch eine solche Festsetzung wird die Obliegenheit des Versicherungsnehmers nicht beseitigt, sondern sie soll gegenteils gesichert und verstärkt werden. Das ergibt sich auch aus § 6 VVG., der in solchem Falle eine verschuldete oder gar vorsätzliche Verletzung der Obliegenheit erfordert, also das Weiterbestehen der Verbindlichkeit auch dann voraussetzt, wenn ihre Verletzung die Leistungsfreiheit des Versicherers herbeiführt. Geht eine vom Versicherungsnehmer zwecks Gefahrverminderung oder zwecks Verhütung der Gefahrerhöhung übernommene Obliegenheit (§ 32 VVG.) auf ein positives Tun, so haftet er nach § 278 für Verschulden derer, deren er sich zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit bedient. Geht dagegen die Obliegenheit auf ein Unterlassen, z. B. der Verwendung bestimmter Beleuchtungsmittel oder Werkzeuge, so übernimmt der Versicherungsnehmer hiermit nicht die Verbindlichkeit, andere Beleuchtungsmittel oder andere Werkzeuge zu verwenden, sondern nur die Verpflichtung zur Verhütung der verbotenen Handlung. Handelt ein Dritter der vom Versicherungsnehmer geschuldeten Unterlassungspflicht, ohne daß diesen selbst ein Verschulden trifft, zuwider, so hat folglich der Versicherungsnehmer sich nicht des Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Der § 278 ist also hier nicht anwendbar. Wenn dagegen der Versicherungsnehmer einen Dritten

bestellt, dem über die Befolgung der Unterlassung zu wachen, Zuwiderhandlungen zu verhindern obliegt und dieser schuldhaft Zuwiderhandlungen begeht oder zuläßt, so findet § 278 BGB. gegen den Versicherungsnehmer Anwendung. — Hierzu Schneider aaO. **b)** Josef, GoldschmidtsZ. **65** 191 ff. gegen Brodmann, GoldschmidtsZ. **63** 577 (Besprechung von Josef, Komm. z. VVG.). Die Ansicht, wonach der Versicherungsnehmer für das Verschulden des mit der Anzeige Beauftragten haftet, verstößt nicht gegen die Tendenz des § 6 VVG.

5. Meyer aaO. (308 f.). Die bei der Kollektivunfallversicherung den Versicherungsnehmer und den Versicherten treffende Obliegenheit, von dem Eintritte des Versicherungsfalls Anzeige zu erstatten und sonstige Auskünfte zu erteilen, hat, soweit Verwirkungsklauseln vereinbart sind, die Bedeutung einer Bedingung für die Erhaltung des Versicherungsanspruchs. Im übrigen handelt es sich bei den Obliegen- aber zugleich um die Erfüllung einer — nicht erzwingbaren — Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung dem Versicherer einen Schadensersatzanspruch gibt. Soweit es sich um die Wirkung der Nichterfüllung nach dieser Richtung hin handelt, ist auch § 278 BGB. anzuwenden.

6. Einzelne Fälle (s. JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 9, **1** zu § 278). **a)** Käufer und Verkäufer (s. JDR. **7** Ziff. 6 a, **5** Ziff. 4 h). **RG. R. 09** Ziff. 642. An eine große Glasfabrik, die gewerbsmäßig Spiegelglas versendet, ist bei der Gefährlichkeit eines solchen Transports die Anforderung zu stellen, daß sie sich mit den bestmöglichen Versendungsmaßnahmen vertraut macht und diese Maßnahmen, namentlich bei wertvoller Sendung auf größere Entfernung, anwendet bzw. durch geeignete Leute mit hinreichenden technischen Kenntnissen anwenden läßt. **b)** Mieter und Vermieter (s. JDR. **7** Ziff. 6 b, **6** Ziff. 2 a, **5** Ziff. 4 e, **4** Ziff. 1 d, **3** Ziff. 7 b). α. **RG. R. 09** Ziff. 1855. Der Handwerker, durch den der Vermieter in den Mieträumen Reparaturarbeiten vornehmen läßt, ist Erfüllungsgehilfe des Vermieters zur Erfüllung der diesem aus dem Mietvertrag obliegenden Reparaturpflicht (§ 536). β. **RG. JW. 09** 105 Ziff. 2. Unfall auf der Haustreppe Da der Schadensersatzanspruch auf den Mietvertrag gestützt ist, haftet der Hausbesitzer für ein Verschulden der Portiersfrau bei Beleuchtung der Treppe wie für eigenes Verschulden. **c)** Dienstberechtigter und Dienstverpflichteter. **RG. R. 09** Ziff. 1863. Der aus § 618 belangte Dienstherr hat ein Verschulden der mit Aufbewahrung der Gerätschaften betrauten Dienstboten gemäß § 278 zu vertreten, sofern nicht dem verletzten Angestellten selbst diese Aufbewahrung oder die Überwachung der übrigen Dienstboten oblag. **d)** Besteller und Unternehmer beim Werkvertrage. **RG. R. 09** Ziff. 3736. Beim Werkvertrage gehört es zu den Vertragspflichten des Bestellers, alles zu unterlassen, was geeignet ist, den Unternehmer bei seiner Arbeit zu gefährden, also auch, wenn dieser in seinem Hause zu arbeiten hat, dieses in gefahrlosem Zustande zu halten; der Polier kann hierbei Erfüllungsgehilfe sein. **e)** Versicherungsverhältnis (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 2 c, **5** Ziff. 4 c, **4** Ziff. 4 d, **3** Ziff. 7 e zu β u. 7 f). **RG. JW. 09** 198 Ziff. 20, LeipzZ. **09** 403 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 1221. Die nach den Bedingungen einer Unfallversicherung zu erstattende telegraphische Todesanzeige kann nicht als eine Verbindlichkeit angesehen werden, bezüglich deren der Versicherte oder sein Rechtsnachfolger der Versicherungsgesellschaft als Schuldner gegenüberstanden, sie war vielmehr lediglich eine Voraussetzung des Versicherungsanspruchs; das Gegenteil ist auch daraus nicht zu entnehmen, daß der betreffende Abschnitt der Versicherungsbedingungen mit der Überschrift „Pflichten des Versicherers" versehen ist. Die Anwendung des § 278 BGB. ist hiernach ausgeschlossen. **f)** Haftung des Gastwirts (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 3). α. **RG. JW. 09** 723 Ziff. 15, R. **09** Ziff. 3771. Zu den Pflichten des Gastwirts aus dem durch die Aufnahme des Gastes mit diesem begründeten Ver-

tragsverhältnisse gehört die Beschaffung eines Aborts. Die Haftung des Wirtes für einen Unfall, den ein Gast durch einen mangelhaften Zustand des Zuganges zum Abort erleidet, bestimmt sich unter Anwendung des § 278. — Die Entsch. **RG. 58** 333 (JDR. **3** Ziff. 3 a) bezieht sich auf die äußeren, jedermann geöffneten Zugänge zur Gastwirtschaft. β. DJZ. **09** 1503 (Karlsruhe). Der Wirt haftet dem Gaste vertragsgemäß für die verkehrssichere Beschaffenheit der im Innern der Wirtschaft den Verkehr zu den einzelnen Räumen vermittelnden Gänge. Seine Erfüllungsgehilfen sind dafür alle Angestellten, denen er Beobachtung der Obsorge für Erfüllung dieser Vertragspflicht übertragen hat. (Durch Kellnerlehrling offen gelassener Kellerschacht.) **g)** Gefahrloser Zugang zum Geschäftslokal. α. OLG. **18** 62 (Breslau). Zu dem Warenhause der Beklagten führt ein von den Besuchern des Geschäfts vor ihrem Eintritte zu durchschreitender Vorraum. Auf diesem ist die Frau des Klägers, die im Begriffe war, das Geschäftslokal zu betreten, infolge Glätte der Fliesen ausgeglitten. — Durch das Betreten des Vorraums ist die Verletzte in ein Vertragsverhältnis zur Beklagten getreten, vermöge dessen sie Anspruch auf ungefährdeten Ein- und Ausgang hatte. Durch ihren Geschäftsbetrieb lädt die Beklagte zum Eintritt ein; wer dieser Einladung folgt, sei es um zu kaufen, sei es nur, um die Waren anzuschauen, erlangt hiermit Anspruch auf Ersatz des ihm aus mangelhafter Einrichtung der Geschäftsräume entstehenden Schadens, wobei im Falle des Verschuldens von Angestellten § 278 Anwendung findet. β. Hiergegen Josef, BayRpflZ. **09** 333. Zwischen dem in einer Gastwirtschaft eintretenden Gaste und dem Wirte entsteht über den Gebrauch der Wirtschaftsräume und -einrichtungen ein mietähnliches Vertragsverhältnis, aus dem der Wirt dem Gaste die Verkehrssicherheit schuldet. Dagegen haften andere Gewerbetreibende für die Verkehrssicherheit ihrer Räume nicht aus einem Vertrage, sondern nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen. Vgl. Josef, GruchotsBeitr. **52** 525—544 (JDR. **7** Ziff. 4). **h)** Lehrvertrag. α. **RG.** JW. **09** 685 Ziff. 7. Haftung des Lehrherrn wegen unvorsichtigen Handelns seines Vertreters gegenüber dem Lehrlinge. β. SchlHolstAnz. **09** 14 (Kiel). Eine Haftung des Lehrherrn aus § 278 für die von seinem Gehilfen in seiner Vertretung dem Lehrlinge zugefügte Verletzung tritt nur dann ein, wenn das Versehen des Gehilfen sich zugleich als eine Verletzung der aus dem Lehrvertrage sich ergebenden Verpflichtung darstellt. **i)** Haftung der Revisionsverbände. Citron, Zur Haftpflicht der Revisionsverbände, JW. **09** 644—646, gegen Havenstein, DJZ. **08** 1378—1383. Die einem Revisionsverband angehörigen Genossenschaften (§§ 54 ff. GenG.) können den Verband für den Schaden verantwortlich machen, der ihnen infolge ungenügender Ausübung der Revision entstanden ist. Denn die Pflicht des Verbandes erschöpft sich nicht etwa in der Bestellung eines Revisors, vielmehr ist die Revision selbst Pflicht des Verbandes. Der Revisor ist lediglich ein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278. **k)** Chartervertrag. **RG. 71** 330 ff., JW. **09** 467 Ziff. 37. Im Falle eines im wesentlichen als Sachmiete aufzufassenden Chartervertrags haftet der Charterer dem Reeder für eine Beschädigung, welche das Schiff bei der nach Beendigung der Reise vorgenommenen Entlöschung durch Unvorsichtigkeit der damit betrauten Leute erlitten hat. **l)** Regalfährgerechtigkeit. **RG.** JW. **09** 721 Ziff. 9. Zwischen dem Staate als Inhaber einer nach ALR. II. 14 bestehenden Regalfährgerechtigkeit und den die Fähre zur Beförderung von Gütern oder Personen benutzenden Dritten besteht ein privatrechtlicher Beförderungsvertrag auf den hinsichtlich der Haftung des Staates für ein Verschulden des Fährmanns § 278 Anwendung findet.

§ 280. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 920, SächsRpflA. **09** 278. Behauptet der Schuldner eine nachträglich eingetretene, objektive oder subjektive, Unmöglichkeit, so ist er, wenn die Unmöglichkeit von ihm zu vertreten sein würde, gegenüber der

Klage auf Erfüllung nicht zum Beweise der bestrittenen Unmöglichkeit zuzulassen, vielmehr zur Erfüllung der liquiden Leistungspflicht zu verurteilen (**RG. 54** 28 ff.).

§ 281. Literatur: Heine, Verhältnis des § 46 KO. zum § 281 BGB., LeipzZ. **09** 843—845.

Heine, LeipzZ. **09** 843 ff. Wenn der Schuldner in Konkurs gerät und erst nach der Konkurseröffnung die Voraussetzungen des § 281 Abs. 1 eintreten, so ist der Anspruch auf den Ersatz oder den Ersatzanspruch lediglich Konkursforderung. Anders wenn es sich um Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen handelt, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgen muß (§ 59 KO.) und wenn hinsichtlich dieser Ansprüche nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Tatbestand des § 281 Abs. 1 seine Verwirklichung findet. Alsdann bleibt der Masseanspruch auch mit diesem veränderten Leistungsinhalt Masseanspruch, geht aber den Aussonderungsansprüchen aus §§ 43 ff., namentlich § 46 KO. und insbesondere auch dem in letzterer Vorschrift gegebenen Anspruch auf die Gegenleistung, nach.

§ 282. R. **09** Ziff. 1295 (Hamburg). Der Mieter, welcher die Mietsache nicht unbeschädigt zurückgeben kann, ist nach §§ 548, 282 dafür beweispflichtig, daß die Beschädigung ohne ein von ihm begangenes oder zu vertretenesd Verschulden eingetreten ist.

§ 283. Literatur: Marquardt, Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe, JW. **09** 37—38.

1. Marquardt aaO.: Bei Herausgabeansprüchen nach § 985 BGB. ist zur Vermeidung eines späteren zweiten Prozesses auf Erstattung des Interesses folgender, nach §§ 283 BGB., 255, 259 ZPO. zulässiger Klagantrag zu empfehlen: Den Beklagten zu verurteilen, die Sache in einer Frist von y Tagen nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben. Gibt er die Sache in dieser Frist nicht heraus, so wird er verurteilt, dem Kläger z Mark zu zahlen.

2. OLG. **18** 2 (Posen). § 283 gibt einen Beweis aus dem Gegensatze, daß, soweit es sich nicht um alternative Schuldverhältnisse handelt, mit der Klage auf Herausgabe von Sachen nicht zugleich, auch nicht eventuell, die Klage auf Wert oder Schadensersatz verbunden werden kann. Die Voraussetzungen des § 259 ZPO. liegen im Streitfalle nicht vor.

§ 284. Literatur: Frankenburger, Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, und die Rechtsprechung, SeuffBl. **09** 725—728, 757—762. — Immerwahr, Quittierte Rechnungen, GesuR. **10** 246—249. — Siber, Interpellatio und Mora, Zeitschr. der Sav.-Stiftung, Romanist. Abt., **08** 108 ff.

1. *Siber. a) Fälligkeit bezeichnet im weiten Sinne die Rechtslage, in der der Gläubiger zum Fordern berechtigt, aber der Schuldner nicht unaufgefordert zum Leisten verpflichtet ist. So in §§ 273, 284 Abs. 1, 392, 406, 575, 770 Abs. 2, 1228 Abs. 2 Satz 1, 1285; Fälligkeit im engeren Sinne, Vollfälligkeit, die Lage, in der der Schuldner auch unaufgefordert zu leisten verpflichtet ist; so in §§ 609, 1074 Satz 1, 1078 Satz 2, 1283 Abs. 1, 1286 Satz 1. b) Die Mahnung ist bei noch nicht vollfälligen, namentlich bei terminslosen Schulden ein Rechtsgeschäft, dazu bestimmt, die fällige Schuld vollfällig zu machen, also eine Art der Kündigung: Kündigungsmahnung; bei schon vollfälligen, insbesondere bei Terminsschulden ist sie kein Rechtsgeschäft, sondern ein rein tatsächlicher Vorgang und nur für den Nachweis des Verschuldens von Bedeutung, sofern sie dem Schuldner den Einwand abschneidet, daß er ohne seine Schuld nicht um die Vollfälligkeit gewußt habe: Erinnerungsmahnung. c) Objektiver Tatbestand des Verzugs ist Nichtleistung nach Eintritt der Vollfälligkeit, diese kann auch bei terminslosen Schulden ohne Mahnung eintreten; denn nur in Ausnahmefällen liegt es so, daß der Schuldner

niemals unaufgefordert zu leisten hätte. § 284 Abs. 1 besagt nicht, daß der Schuldner bei terminslosen Schulden nur durch Mahnung in Verzug gesetzt werden könne; ein Nachlaßschuldner, der die Unkenntnis des Erben von der Forderung ausnutzt, um sich der Zahlung ganz zu entziehen, ist auch ohne Mahnung im Verzuge. § 284 Abs. 1 besagt nur, daß der Gläubiger durch Kündigungsmahnung die Vollfälligkeit früher herbeiführen kann, als sie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne Mahnung eintreten würde. d) Subjektiver Tatbestand des Verzugs ist die vom Schuldner zu vertretende Nichterfüllung, von der erst nach dem Eintritt der Vollfälligkeit die Rede sein kann; für die Verantwortlichkeit des Schuldners ist aber auch die Erinnerungsmahnung, und zwar auch bei Terminsschulden, von Bedeutung.

2. *Lesser, Über den Unterschied zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Schuldnerverzug siehe o. zu § 275 Ziff. 1.

3. Über Verzug eines Gesamtschuldners (§ 425) handelt *Reichel, Schuldmitübernahme 409 ff.; vgl. auch o. zu § 254 Ziff. 1b.

4. Fälligkeit. Mahnung (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 3, 6). **a)** Fälligkeit. α. PosMSchr. **09** 41, R. **09** Ziff. 2093 (Posen). Der Domänenfiskus kommt mit der Verpflichtung zum Wiederaufbau einer auf der Pachtdomäne niedergebrannten Scheune nicht eher in Verzug, als nach Prüfung und Behandlung der Angelegenheit im gewöhnlichen Geschäftsgange der Behörde mit der Leistung hätte begonnen werden können. β. MecklZ. **27** 11 (Rostock). Braucht die Leistung erst bewirkt zu werden, wenn der Gläubiger eine bestimmte Handlung vorgenommen hat (Zahlung bei Auflassung), so kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Handlung nicht vorgenommen ist. Eine Zurückbeziehung des Verzugs auf den Zeitpunkt der Klagezustellung findet auch dann nicht statt, wenn der Schuldner, nachdem der Gläubiger die Handlung vorgenommen hat, die Leistung nicht bewirkt. γ. s. unten d α. **b)** Mahnung. α. Immerwahr aaO. (246): Die Vorlegung einer quittierten Rechnung ist in der Regel als Mahnung anzusehen. β. Zurücknahme der „Mahnung" *Klein, ABürgR. **33** 259—263. **c)** Bestimmung nach dem Kalender. α. **RG.** R. **09** Ziff. 3533. Die Vereinbarung, daß die Zahlung bis Mitte des auf die Lieferung folgenden Monats erfolgen müsse, enthält keine Bestimmung der Zahlungszeit nach dem Kalender im Sinne des Abs. 2. β. R. **09** Ziff. 435 (Hamburg). Eine Bestimmung nach dem Kalender liegt auch dann vor, wenn Lieferung 4 Wochen nach der früheren Order bestimmt ist, vorausgesetzt, daß die frühere Order kalendermäßig zu erfüllen war. Lieferung im Monat Mai enthält, da die Lieferung spätestens am 31. Mai fällig ist, kalendermäßige Bestimmung. Ist daher eine Bestellung 4 Wochen nach dieser Order fällig, so ist die Fälligkeit auf den 28. Juni bestimmt. γ. R. **09** Ziff. 217 (Hamburg). Ist bei einem Lieferungsvertrag Abruf im Laufe des Jahres 1906 verabredet, so gerät der Käufer, der bis Ende des Jahres nichts abnimmt, ohne Mahnung in Verzug. Er kann den Verzug durch nachträglichen Abruf heilen, nur darf dieser nicht so spät erfolgen, daß das Verlangen nachträglicher Erfüllung gegen Treu und Glauben verstößt. **d)** Verzug beim gegenseitigen Vertrage. α. **RG.** JW. **09** 456 Ziff. 10. An der zur Herbeiführung von Zahlungsverzug des Käufers erforderlichen Fälligkeit gebricht es, wenn der Verkäufer die bestellte Ware weder zur Zeit der Mahnung noch überhaupt angefertigt oder sonst bereit gehalten hat. Er war deshalb außerstande, Gläubiger-(Annahme-)verzug des Käufers herbeizuführen, und damit auch nicht in der Lage, ihn in Zahlungsverzug zu versetzen. β. R. **09** Ziff. 19 (Frankfurt). Ist bei gegenseitigen Verträgen der dem einen Vertragsteile zustehende Leistungsanspruch fällig, eine ihm obliegende Nebenleistung aber noch nicht bewirkt, so ist zur Wirksamkeit der von ihm ausgehenden Mahnung

nicht das gleichzeitige Anbieten der Nebenleistung erforderlich, sondern die Mahnung ist wirksam, auch wenn sie schlechthin auf Leistung gerichtet ist.

5. Rogowski über Verzug bei Unterlassungsobligationen s. o. zu § 241 Ziff. 2a.

6. Statutenkollision. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 725. Bei Statutenkollision ergeben sich die Folgen des dem Leistungspflichtigen zur Last fallenden Verzugs nicht ausschließlich nach dem Rechte seines Leistungsorts. Es ist immer zwischen den Wirkungen, die sein Verzug für seine Leistungspflicht hat, und der Rückwirkung zu unterscheiden, welche dieser Verzug auf die Leistungspflicht des Vertragsgegners ausübt. Nach dem Rechte des ersteren ist zu ermessen, inwiefern seine Leistungspflicht durch seinen Verzug sich ändert, nach dem Rechte des anderen, inwieweit dessen Leistungspflicht durch den Verzug des Gegenkontrahenten eine Änderung erleidet. Denn auch unter der Herrschaft des BGB. gilt für das Herrschaftsgebiet des Vertragsrechts die Regelung nach dem Rechte des Erfüllungsorts, nicht nach dem Rechte des Personalstatuts.

7. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 5). a) Verzug bei Übersendung des Stückeverzeichnisses (§§ 3, 4 DepotG.). α. **RG.** JW. **09** 737 Ziff. 44, R. **09** Ziff. 3673. Der Kommissionär kommt mit der ihm obliegenden Verpflichtung zur Übersendung eines Stückeverzeichnisses noch nicht durch fruchtlosen Ablauf der im § 3 DepotG. bezeichneten Frist in Verzug. Es bedarf hierzu vielmehr nach Ablauf der Frist der Mahnung. β. **RG.** JW. **09** 737 Ziff. 44, R. **09** Ziff. 3674. Durch die im § 4 DepotG. vorgeschriebene Aufforderung wird zugleich die Inverzugsetzung des Kommissionärs im Sinne dieses Paragraphen begründet. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1279. Vertragswidriger Bierbezug aus einer anderen Brauerei verpflichtet zum Schadensersatz aus dem Gesichtspunkte positiver Vertragsverletzung, nicht wegen Verzugs.

§ 285. 1. **RG.** BayRpflZ. **09** 391, R. **09** Ziff. 2922. Bei einem Grundstückskauf ist vereinbart, daß der Vertrag seine Gültigkeit verliere, wenn die Auflassung durch Schuld des Käufers über den 1. Mai hinaus verzögert werde. Daß die Auflassung bis zum 1. Mai nicht erfolgt war, hatte der Verkäufer verschuldet durch die unbegründete Weigerung vom 30. April, die bedungene Anzahlung von einem anderen als dem Käufer persönlich anzunehmen und das Grundstück dem Käufer allein — statt beiden Eheleuten — aufzulassen. Hiernach hatte der Käufer keine Veranlassung, am 1. Mai der bloßen Aufforderung, zur Auflassung zu kommen, Folge zu leisten. Er durfte vielmehr die Erklärung erwarten, daß der Verkäufer die unbegründeten Forderungen aufgebe, und konnte verlangen, daß ihm die zu erneuter Anschaffung der anzuzahlenden Summe erforderliche Zeit gelassen werde.

2. ElsLothJZ. **09** 589 (Colmar). § 279 schließt bei Gattungsschulden nur die Berufung des Schuldners auf Unvermögen, nicht auf andere in seiner Person liegende, die Leistung hindernde Umstände, z. B. entschuldbaren Irrtum, aus.

§ 286. Literatur: Fischer, Können die Kosten eines auf Widerspruch des Schuldners hin ordnungsgemäß zurückgenommenen Zahlungsbefehls im Prozeß als Verzugsschulden geltend gemacht werden? SeuffBl. **09** 345—347.

1. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 762. Abs. 1 gilt auch für die Verpflichtung zum Schadensersatze, wenn aus einem zweiseitigen Vertrage der eine Teil mit einer ihm obliegenden Nebenleistung in Verzug kommt. S. a. u. zu § 326 Ziff. 2.

2. **RG. 70** 127 ff. über das Verhältnis des Schadensersatzanspruchs aus § 286 Abs. 1 zu demjenigen aus § 326 bei gegenseitigen Verträgen: s. u. zu § 326 Ziff. 5aα.

3. Fischer aaO. In dem bei dem Gericht eines vereinbarten Erfüllungsorts anhängig gemachten Prozesse können die Kosten eines bei dem Domizilgerichte des Schuldners erwirkten, auf den Widerspruch des Schuldners zurückgenommenen Zahlungsbefehls als Verzugsschaden geltend gemacht werden.

4. NaumburgAK. **09** 25 (LG. Magdeburg). Der Gläubiger kann von dem Schuld-

ner, der sich in Leistungsverzug befunden und erst auf die Mahnung des vom Gläubiger beauftragten Rechtsanwalts die Schuld tilgte, die Erstattung der Anwaltsgebühren verlangen.

§ 288. KGBl. **09** 83 (KG.). Anspruch der beklagten Bank auf einen höheren als den gesetzlichen Zinsfuß und auf Provision nach Lage des Falles begründet.

§ 291. PosMSchr. **09** 67, R. **09** Ziff. 2625 (Königsberg). Der Wechselverpflichtete hat die Wechselschuld von der Klagezustellung an zu verzinsen, auch wenn ihm der Wechsel nicht vorgelegt ist.

§ 293. 1. *Lesser, Der Inhalt der Leistungspflicht 115/16. Es kann nicht gleichzeitig Gläubigerverzug und (vom Schuldner nicht zu vertretende) Unmöglichkeit der Leistung vorliegen, ebensowenig wie gleichzeitig Schuldnerverzug und (vom Schuldner zu vertretende) Unmöglichkeit der Leistung vorliegen kann. Wenn die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt und dieser Umstand vom Schuldner nicht zu vertreten ist, so liegt, falls die Modalität Zeit zum Gegenstande der Leistung gehört, von keinem Teile oder vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vor, da dann nur die Verlegung in bezug auf den Gegenstand der Leistungspflicht in Betracht kommt, falls aber die Modalität Zeit nicht zum Gegenstande der Leistung gehört, Gläubigerverzug.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 465 ff.: über Annahmeverzug bei Gesamtschuldverhältnissen. Verzugsbewilligung, erfolgend gegenüber dem in Annahmeverzug Setzenden wirkt objektiv, erfolgend gegenüber dessen Mitschuldner nur subjektiv. Alle Gesamtschuldner werden frei, wenn der Tatbestand des § 300 Abs. 2 in der Person des Offerenten gegeben ist; § 424.

§ 295. 1. *Klein, ABürgR. **33** 253/254: Natur des wörtlichen Angebots des Schuldners.

2. *Klein, ABürgR. **33** 269/270. Die Erklärung des Gläubigers, er werde die Leistung nicht annehmen, ist widerruflich. Die Zurücknahme der Erklärung wirkt nicht zurück. Einmal eingetretene Verzugsfolgen werden nicht beseitigt.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1656. Die Entscheidung bezeichnet es mit Rücksicht auf die Fassung und die Entstehungsgeschichte (Prot. bei Mugdan **2** 539) des § 295 als zweifelhaft, ob ein wörtliches Angebot eines bloßen Dritten zur Herbeiführung des Annahmeverzugs genügt. Jedenfalls aber kann der Eigentümer eines für die Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks unter denselben Voraussetzungen wie der persönliche Schuldner den Gläubiger durch wörtliches Angebot in Annahmeverzug setzen (arg. §§ 1141, 1142).

4. **a) RG.** JW. **09** 722 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 3756. Es kann dahingestellt bleiben, ob der ohne rechtlichen Grund entlassene Dienstverpflichtete, um die Vergütung nach Maßgabe des § 615 verlangen zu können, seine Dienste nochmals gemäß § 295 anbieten muß. Jedenfalls besteht eine solche Verpflichtung nicht, wenn die Entlassung in der Form erfolgt ist, daß der Berechtigte den Verpflichteten aus dem Hause gewiesen hat, wo er die Dienste zu leisten hatte, und ihm somit die fernere Dienstleistung unmöglich gemacht hat. **b) RG.** R. **09** Ziff. 1474. Hat der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten zu verstehen gegeben, daß er dessen Dienste nicht mehr wolle, so genügt zur Inverzugsetzung ein wörtliches Angebot der Dienste.

§ 300. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 468: vgl. o. zu § 243 Ziff. 1.

2. **RG.** BayRpflZ. **09** 392, R. **09** Ziff. 2626. Nachdem der Käufer eines Grundstücks im Auflassungstermin unentschuldigt ausgeblieben ist, hat ein Dritter, der zunächst seine Ansprüche auf Bestellung eines Nießbrauchs fallen zu lassen bereit war, sich dessen geweigert und eine Vormerkung eintragen lassen. Darin, daß der Verkäufer die Bereitwilligkeit des im Termin erschienenen Dritten, gegen Zahlung von 1500 M. auf sein Recht zu verzichten, nicht benutzt hat, wird vom RG. entgegen dem OLG. grobe Fahrlässigkeit nicht gefunden.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung: Dem Vorschlag v. Blumes (JDR. 7 zu § 305), eine neue Kategorie der Gefälligkeitsverträge aufzustellen, tritt Krückmann unter Hinweis darauf entgegen, daß die denkbaren Formen von Gefälligkeitsverträgen den im BGB. anerkannten Kategorien zu unterstellen seien. — Aus dem Material zu § 313 sei auf die Arbeiten von Lewandowski und Meißner hingewiesen, die für die Formfreiheit des Vorkaufsrechts eintreten, ferner auf die Entscheidung des PrOVG. vom 7. Jan. 09, die sich unter Aufgeben des früheren Standpunkts der Auffassung des RG. (**65** 227 ff., **68** 410 ff.) über das Anwachsungsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft anschließt.

§ 305. Literatur: Cohen, Enthält die Klagerhebung eine Offerte? R. **09** 443—444. — Schleyer, Enthält die Klagerhebung eine Offerte? R. **09** 476—477. — Krückmann, Gefälligkeitsverträge, SeuffBl. **09** 113—120, 153—160.

1. Gefälligkeitsverträge (s. JDR. **7** Ziff. 1). Krückmann aaO.: Die von v. Blume (JDR. **7** Ziff. 1 a) geforderte Aufstellung einer besonderen Vertragskategorie der Gefälligkeitsverträge ist unnötig. Den denkbaren Möglichkeiten der Art und Weise, in der Gefälligkeiten erwiesen werden können, entsprechen die 4 Verträge des BGB.: Schenkung, Leihe, Auftrag, Verwahrung, neben denen der Begriff der gemischten Verträge zur Anwendung kommt. Demgegenüber kann, wie für die einzelnen Vertragsgruppen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ausgeführt wird, ein Bedürfnis zur Annahme einer Mittelgruppe nicht anerkannt werden.

2. **a)** Cohen aaO.: Die Klage des Vermieters auf Räumung und Feststellung, daß das Mietverhältnis am 1. Oktober ende, ist abgewiesen. Am 1. Oktober, vor Rechtskraft des Urteils, räumt jedoch der Mieter und erkennt schriftlich den Klaganspruch an. Hierdurch ist das Mietverhältnis beendet. Denn die Erhebung der Klage enthält die Abgabe einer Offerte, welche, solange der Prozeß schwebt, einseitig und auch durch konkludente Handlung angenommen werden kann. **b)** Hiergegen Schleyer aaO.: Der Beklagte kann den in der Klagerhebung liegenden Antrag bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung annehmen, auf welche das Urteil ergeht. Hat er beim Schlusse dieser Verhandlung den Antrag auf Klagabweisung gestellt, so hat er den Antrag des Klägers abgelehnt und zum Erlöschen gebracht. Erkennt er nachträglich vor Rechtskraft den Klaganspruch an, so liegt darin ein neuer, mit Rücksicht auf die Kosten des schwebenden Rechtsstreits abweichender, Antrag. Der Kläger kann durch Einlegung der Berufung seinen früheren Antrag wiederholen.

3. Bestimmbarkeit (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2). **a) RG.** R. **09** Ziff. 1979. Für die Gültigkeit eines Vorvertrags zu einem Lieferungsvertrag ist erforderlich, daß die Einzelheiten für den abzuschließenden Vertrag aus dem Vorvertrag insoweit ersichtlich sind, daß sie im Streitfall in Anwendung des § 315 gerichtlich festgestellt werden können. Der Umstand, daß eine Geltungsdauer für den Vorvertrag nicht ausdrücklich bestimmt ist, steht dessen Zulässigkeit nicht entgegen. **b) RG.** BayRpflZ. **09** 454, R. **09** Ziff. 2222. Ein Darlehnsvorvertrag kann wirksam sein, auch wenn die Höhe des zu eröffnenden Kredits nicht fest bestimmt, sondern von dem Geldbedürfnisse des Empfängers abhängig gemacht ist. **c) RG.** R. **09** Ziff. 2614. Ein Versprechen, dem Gegner das gesamte Mobiliar zu verkaufen und die Außenstände abzutreten, ermangelt nicht ohne weiteres der erforderlichen Bestimmtheit. **d)** SeuffA. **64** 221 (Augsburg). Die in einem Kaufvertrag enthaltene Abrede, daß zur Tilgung des Kaufpreises der Verkäufer dem Käufer „ein gutes Pferd im Werte von 700 bis 800 Mark" abkaufen müsse, ermangelt der erforderlichen Bestimmtheit. **e)** ElsLothJZ. **09** 470 (Colmar) s. bereits JDR. **7** Ziff. 2 c.

4. **RG.** LeipzZ. **09** 67 Ziff. 2: s. bereits JDR. **7** Ziff. 3.

§ 306. 1. Ursprüngliches Unvermögen. **RG. 69** 355 ff. s. brecits JDR. **7** Ziff. 2.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 190. § 306 schließt die Zulässigkeit einer Garantiezusage wegen einer in Wahrheit unmöglichen Leistung nicht aus.

3. Verhältnis des § 306 zu § 437 Abs. 1 (s. JDR. **7** Ziff. 3). **a) RG.** R. **09** Ziff. 1667. § 437 enthält für den Verkauf — Tausch — einer Forderung eine Ausnahme von § 306. Der Verkäufer ist, auch wenn die Forderung nicht besteht, zu deren Beschaffung verpflichtet und haftet, wenn er hierzu nicht imstande ist, auf Schadensersatz, dessen Betrag dem Werte gleich ist, den die Forderung zur Zeit der Abtretung gehabt haben würde. **b) RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 1977. Ein Vertrag, durch den jemand einen ihm nicht zustehenden Anteil an einer Gesellschaft mbH. verkauft, ist nicht nach § 306 nichtig, begründet vielmehr nach §§ 437 Abs. 1, 433 Abs. 1, 440 Abs. 1 nur den Anspruch auf Verschaffung und die Gewährleistungsansprüche. **c)** BayRpflZ. **09** 29 (Nürnberg). Der Verkauf eines Gebrauchsmusters, dessen Entstehung in Ermangelung der Voraussetzungen des § 1 GebrMG. objektiv unmöglich ist, ist nach § 306 nichtig. § 437 Abs. 1 findet keine Anwendung, da ihm die Auffassung eines Garantieversprechens zugrunde liegt und ein solches auf den Fall des Verkaufs eines Rechtes, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist, nicht zu erstrecken ist.

4. Aus der Rechtsprechung (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 2, 5—1 zu § 306). **a) RG.** LeipzZ. **09** 471 Ziff. 30. Der Beklagte hat dem Kläger einen Geschäftsanteil an einer GmbH. formgerecht abgetreten, aber die zur Wirksamkeit der Abtretung erforderliche Genehmigung der Gesellschaft nicht beigebracht. Hiernach hat der Beklagte nicht nur einen Teil seiner Verpflichtung nicht erfüllt, es handelt sich vielmehr, da die Abtretung wirkungslos war, um eine Nichterfüllung schlechthin. Konnte die Genehmigung nicht beschafft werden, so kommt die Frage der Unmöglichkeit in Betracht: §§ 306, 308, 323 ff. **b) RG.** LeipzZ. **09** 685 Ziff. 5. Kläger ist von der Beklagten zur Einführung eines von ihm erfundenen Verfahrens als Ingenieur angenommen worden. Nach Feststellung des BG. haben die Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses auch mit der Möglichkeit der praktischen Unbrauchbarkeit der Erfindung gerechnet. Die Ansicht der Revision, der Vertrag sei nach § 306 als nichtig anzusehen, wenn sich später die Unbrauchbarkeit des Verfahrens nachweisen ließe, ist hiernach unrichtig.

§ 310. **RG.** R. **09** Ziff. 2372. Eine Verabredung, nach der ein Vertragsteil, der die in seinem Eigentume verbleibenden, zum Fabrikbetriebe des anderen Vertragsteils erforderlichen Materialien geliefert, auch Eigentümer der mit den Materialien hergestellten Erzeugnisse werden soll, untersteht dem § 310 weder in unmittelbarer noch in entsprechender Anwendung und verstößt, falls nicht eine Täuschung Dritter beabsichtigt ist, auch nicht gegen die guten Sitten.

§ 311. 1. *Rutz, SeuffBl. **09** 269. Zum gegenwärtigen Vermögen zählen nur ändernd befristete (sog. „betagte") Rechte, nicht aber aufschiebend befristete.

2. **RG. 69** 416 ff. (420), LeipzZ. **09** 142 Ziff. 18, JW. **09** 11 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1106. Die Bestimmung des § 311 ist nur auf Verträge zu beziehen, in denen sich jemand verpflichtet, die Gesamtheit seines gegenwärtigen Vermögens oder einen Bruchteil davon einem anderen zu übertragen. Die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, welche die Veräußerung eines einzelnen Vermögensstücks oder einer Mehrheit von solchen zum Gegenstande haben, wird durch § 311 nicht berührt. Sie sind, sofern die sonstigen etwa in Betracht kommenden Formvorschriften beobachtet sind, gültig, auch wenn die einzelnen veräußerten Gegenstände tatsächlich das ganze

Vermögen des Veräußerers ausmachen und die Beteiligten sich dessen bewußt sind. Wohl aber kommt im letzteren Falle die Bestimmung des § 419 zur Anwendung.

3. **RG.** JW. **09** 725 Ziff. 21, R. **09** Ziff. 3534. Ein Schuldner hat, um seinen vollständigen wirtschaftlichen Zusammenbruch abzuwenden, sich durch Vertrag zeitweilig der freien Bestimmung über die Art der Verwendung der Nutzungen seines Vermögens begeben, indem er einem Gläubigerausschusse „die Verwaltung und den Nießbrauch an seinem ganzen Vermögen" einräumte. Dieser Vertrag enthält nicht die Einräumung eines Nießbrauchs im Sinne des § 1030 und ist einer solchen auch nicht gleichzustellen, da nicht beabsichtigt ist, die Nutzungen wirtschaftlich dem Schuldner zu entziehen; an dieser Beurteilung ändert nichts, daß nach Absicht der Beteiligten die dem Gläubigerausschuß eingeräumte Befugnis den Charakter eines dinglichen Rechtes hat erlangen sollen. Auf einen derartigen Vertrag ist daher § 311 nicht anwendbar.

4. R. **09** Ziff. 436 (Marienwerder): s. bereits JDR. **7** Ziff. 2.

§ 313. Literatur: Hallbauer, Ein juristischer Tric — oder: wie umgeht man den § 313 BGB.? BayRpflZ. **09** 165—166. — Lewandowski, Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks der Formvorschrift des § 313 BGB.? Gruchots Beitr. **53** 565. — Meißner, Bedarf der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einzuräumen, einer besonderen Form? Diss. (Berlin 06) — Wünschmann, Kann man sich zum Erwerb eines Grundstücks formlos verpflichten? ZBlFG. **10** 15—21.

I. Hallbauer aaO. behandelt folgenden Fall: A. schloß mit B. einen Grundstückskauf, setzte eine von beiden Teilen unterschriebene Vertragsurkunde und in unmittelbarem Anschluß daran eine Vollmacht auf, in der er sich von B. ermächtigen ließ, in dessen Namen mit sich selbst einen notariellen Vertrag mit dem Inhalte des soeben abgeschlossenen Kaufvertrags abzuschließen. Darauf vollzog er den notariellen Vertrag als Bevollmächtigter des B. mit sich selbst. — Dieser Vertrag ist wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 313 nichtig. Die Bestimmung des § 181 kann nicht dazu führen, den durch die Spezialbestimmung des § 313 vorgezeichneten Zweck, wonach die Beteiligten vor Übereilung und Übervorteilung geschützt werden sollen, zu vereiteln.

II. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht. a) Vollständigkeit der Urkunde (s. insbes. JDR. **7** zu II Ziff. 1 a, **6** zu I Ziff. 1 a δ, **5** zu II Ziff. 2, **4** zu II Ziff. 2, **3** zu I Ziff. 4). α. HessRspr. **10** 59 (Darmstadt). Der Formzwang des § 313 bezieht sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. β. **RG.** LeipzZ. **09** 232 Ziff. 22, R. **09** Ziff. 807. Der Formzwang des § 313 trifft nur die Abreden über den obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag. Sind im Vertrage noch andere Vereinbarungen getroffen, die nicht die Eigentumsübertragungspflicht und deren Gegenleistungen betreffen, so sind sie nicht Bestandteile des Veräußerungsvertrags und unterliegen nicht der Formvorschrift. Dies letztere trifft bei dem privatschriftlich mitbeurkundeten Mäklervertrage zu, der schon vorher abgeschlossen und nur der Beweislichkeit wegen mitaufgenommen wurde. γ. **RG.** JW. **09** 457 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 2627. Bei einem formlos abgeschlossenen Hauskauf ist vereinbart, daß eine alsbald vom Käufer geleistete Anzahlung vom Verkäufer zur Bezahlung der Mäklergebühr und zu Herstellungsarbeiten am Hause zu verwenden sei. Das über diese Anzahlung Vereinbarte betrifft unmittelbar die Eigentumsübertragungspflicht des Verkäufers und die Gegenleistungen des Käufers, und zwar auch insoweit, als etwa nach der Vereinbarung dem Verkäufer — wie dieser behauptet — das Recht zustehen sollte, den bezahlten Betrag auch dann zu behalten, wenn das Geschäft nicht durchgeführt werden sollte. Die Abrede bedarf daher der Form des § 313. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 20. Hat der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer ein Darlehen zur Zahlung der städtischen Umsatzsteuer zugesichert und ist daraufhin der Kauf zum Abschlusse gekommen, so ist das Darlehnsversprechen nicht

ohne weiteres als Bestandteil des Kaufvertrags anzusehen. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 1280. A. hat an B. ein Grundstück verkauft, und zur teilweisen Deckung des Kaufpreises hat C. an A. eine ihm zustehende Forderung abgetreten. In der notariellen Vertragsurkunde wurde zwecks Kostenersparung ein niedrigerer als der vereinbarte Kaufpreis angegeben und die Abtretung nicht erwähnt. Der Kauf ist wegen Formmangels nichtig, da die Urkunde die Vereinbarungen über Höhe und Berichtigung des Kaufpreises nicht enthält. Hiernach ist auch die Abtretung nichtig; denn sie ist Bestandteil des einheitlichen Vertrags zwischen A., B. und C. ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 3737. Die Verpflichtung des Käufers, eine mitaufgelassene Parzelle alsbald hypothekenfrei zu stellen, ist ein wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags. η. HessRspr. **10** 89 (Darmstadt). Ein Zahlungsversprechen an einen Dritten, ohne das der Grundstückskauf nicht zustande gekommen wäre, ist nicht notwendig Bestandteil des Grundstückskaufs. ϑ. SchlHolstAnz. **09** 186 (Kiel). Die Bestimmung in dem notariellen Vertrag über ein Grundstück, daß der Kaufpreis durch „Verrechnung" getilgt werden soll, macht wegen dadurch herbeigeführter Unbestimmtheit des Kaufpreises den Vertrag nichtig. **b)** Parteiwille und Urkundsinhalt (s. insbes. JDR. **7** zu II Ziff. 1 b, **6** zu I Ziff. 1 b, **3** zu I Ziff. 4). α. **RG.** JW. **09** 653 Ziff. 1, SeuffBl. **09** 734, R. **09** Ziff. 2923. Dem Formzwange des § 313 unterliegt die Beurkundung des vereinbarten Kaufpreises. Fehlt es hieran, etwa weil der Kostenersparung halber ein geringerer als der wahre Kaufpreis beurkundet worden ist, so ist der Vertrag nichtig. β. **RG.** R. **09** Ziff. 643. Unrichtige Preisangabe in einem Grundstücksvertrage zieht Nichtigkeit des Vertrags nach sich. Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn unrichtigerweise an Stelle eines Tauschvertrags ein Kaufvertrag beurkundet ist. Jedoch tritt mit der Grundbucheintragung die heilende Wirkung der Auflassung ein. γ. BadRpr. **09** 237 (Karlsruhe). Beurkundung eines höheren Kaufpreises als des vereinbarten macht den Grundstückskauf nicht nichtig. δ. **RG.** LeipzZ. **09** 390 Ziff. 12. Nach der Auslegung des BG. läßt die Vertragsbestimmung, daß das Haus „nebst Bestandteilen" verkauft sei, unbestimmt, welche Bestandteile, insbesondere ob ein bestimmter Garten mitverkauft sei. Unter Heranziehung der mündlichen Vorberedungen hat das BG. sodann ermittelt, daß die Parteien unter jenem Ausdrucke den Garten nicht mitverstanden haben. Danach ist der Vertragsgegenstand in der Urkunde nicht unrichtig angegeben. ε. **RG.** JW. **09** 47 Ziff. 8. Parteien haben unter einer in der Vertragsurkunde als mitverkauft aufgeführten Parzelle x sowohl diese Parzelle als auch ein Grundstück, das die Parzellenummer y führte, verstanden. Hiernach handelt es sich lediglich um eine falsa demonstratio hinsichtlich des mit einer unrichtigen Parzellennummer bezeichneten Grundstücks. ζ. ElsLothJZ. **09** 179 (Colmar). Die falsche Bezeichnung eines Grundstücks in der Kaufvertragsurkunde ist unschädlich, wenn sich sonst feststellen läßt, auf welches Grundstück der Vertragswille sich bezieht. η. PosMSchr. **09** 67 (Stettin). Unschädliche falsa demonstratio in einem Falle, in dem der Verkauf des ganzen Grundstücks beurkundet, aber der Ausschluß einer Parzelle vereinbart war. ϑ. WürttJ. **21** 141, R. **09** Ziff. 219 (Stuttgart). Sind Parzellen notariell verkauft, „wie sie die bisherigen Eigentümer besessen haben", so kann darin der genügend beurkundete Wille gefunden werden, daß auch ein vertragsmäßig zu einer Nachbarparzelle gehöriger Streifen, der durch einen Zaun als zu dem verkauften Areal gehörend gekennzeichnet war, Gegenstand des Kaufes sein solle. ι. **RG.** SeuffA. **64** 58 s. bereits JDR. **7** Ziff. II 1 b γ. κ. S. auch oben bei a ε. **c)** Abänderung, Aufhebung des Vertrags (s. JDR. **7** zu II Ziff. 1 c, d, **6** zu I Ziff. 1 d, g, **5** zu I Ziff. 1 l, m, n, **4** zu II Ziff. 1 i k, **3** Ziff. 6 a, **2** zu 1 Ziff. 2 c, **1** zu I Ziff. 20). α. **RG.** SchlHolstAnz. **09** 23 s. bereits JDR. **7** Ziff. II 1 c δ. β. BadRpr. **09** 185 (Karlsruhe). Der Verzicht auf ein blos mündlich vereinbartes Vorkaufsrecht bezüglich eines Grundstücks bedarf nicht der Form des § 313. **d)** Vollmacht, Auftrag zur Grundstücksveräußerung

(s. JDR. **7** zu II Ziff. 1 e, **5** zu II Ziff. 1 d, **2** zu I Ziff. 3, 9, **1** zu I Ziff. 3, 10). SchlHolstAnz. **09** 346 (Kiel). Ein Geschäft, welches die Veräußerung eines Grundstücks bezweckt, kann der Formvorschrift des § 313 nicht dadurch entzogen werden, daß es in eine Vollmacht oder einen Auftrag eingekleidet wird. **e)** Auftrag zum Grundstückserwerbe (s. JDR. **7** zu II Ziff. 1 e, **4** zu II Ziff. 1 g, h, **3** zu I Ziff. 5 e, **2** zu I Ziff. 8). **RG.** JW. **09** 722 Ziff. 11. Ein Auftragsvertrag bedarf nicht deshalb der Form des § 313, weil der Beauftragte ein Grundstück für den Auftraggeber erwerben sollte (GruchotsBeitr. **52** 660 [JDR. **7** Ziff. II 1 f]). S. auch unter Ziff. h β. **f)** Bindendes Verkaufsangebot (s. JDR. **5** zu II Ziff. 1 c). α. ElsLothNotZ. **09** 65, JW. **09** 11 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 218. Eine Abmachung, durch welche der Eigentümer sein Grundstück einem anderen bis zu einem bestimmten Zeitpunkte bindend zum Kaufe anbietet, der andere dagegen sich verpflichtet, eine bestimmte Summe zu zahlen, welche im Falle der Annahme des Angebots auf den Kaufpreis angerechnet werden, im Falle der Nichtannahme dem Eigentümer verfallen soll, enthält eine — wenn auch bedingte — Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke. Der Beurkundung in der Form des § 313 bedarf daher der Vertrag, also alle Bestandteile des Veräußerungsgeschäfts, insbesondere auch die Gegenverpflichtungen (vgl. **RG. 62** 411 [JDR. **5** zu II Ziff. 1c]). β. **RG.** LeipzZ. **09** 468 Ziff. 16, R. **09** Ziff. 1657. Ein Vertrag, durch welchen der Antragsempfänger sein Recht, den auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrags gerichteten Vertragsantrag anzunehmen, auf einen Dritten überträgt, und durch den der Antragsteller seinen Antrag dem Dritten gegenüber aufrechterhält, unterliegt dem Formzwange des § 313. **g)** Vorkaufsrecht (s. JDR. **7** zu II Ziff. 1 g, **6** zu I Ziff. 1 h, **5** zu II Ziff. 1 a, **4** zu II Ziff. 1 a, b, **3** zu I Ziff. 5 h, **2** zu I Ziff. 2 a, **1** Ziff. 11, 12). α. Über die Formfrage bei dem persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechte vgl. zu § 505: *Lewandowski, GruchotsBeitr. **53** 565 ff. β. *Meißner aaO.: αα) NotVerein **02** 315 ff., **RG. 16** 155, **60** 233 u. **60** 320, Johow **15** 402, JW. **01** 393. Der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einzuräumen, bedarf nicht der Form des § 313. Die Vorkaufsvereinbarung ist weder als bedingter Kauf aufzufassen noch als ein Vorvertrag. Sie enthält auch nicht einmal die bedingte Verpflichtung zu einer Eigentumsübertragung. Die Vorkaufsvereinbarung begründet vielmehr nur einen vertragsmäßigen Kontrahierungszwang oder stellt eine Vertragsofferte dar, die unter Umständen in Zukunft erzwungen werden kann. ββ) Entgegengesetzter Meinung: **RG. 59** 133, **10** 122, OLG. **2** 73, **1** 293, JW. **00** 889. γ. **RG.** V 9. 11. 07, SeuffA. **64** 8 f. schon JDR. **7** Ziff. II 1 g α. **h)** Gesellschaftsverhältnis (s. insbes. JDR. **7** zu II Ziff. 1 h, **6** zu I Ziff. 1 i, **5** zu II Ziff. 1 k, **4** zu II Ziff. 1 e, **3** zu I Ziff. 5 f, **1** zu I Ziff. 16). α. Anwachsungsrecht. αα. PrOVG. SeuffA. **64** 357, JW. **09** 207, SchlHolstAnz. **09** 114, PrVerwBl. **30** 443, RheinNotZ. **54** 50. Werden beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft die sämtlichen Aktiva und Passiva von dem anderen Gesellschafter übernommen und die Fortführung des Geschäfts durch diesen vereinbart, so geht das Eigentum an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücken ohne Auflassung unmittelbar auf Grund der getroffenen Übereinkunft durch Akkreszenz über (**RG. 65** 227 ff. [JDR. **6** zu I Ziff. 1 i], **68** 410 ff. [JDR. **7** zu II Ziff. 1 h β], PrOVG. **31** 43 ff., **41** 79 ff.; nicht aufrechterhalten: PrOVG. **48** 166 ff.). ββ. RJA. **9** 220, RheinNotZ. **54** 212 (KG.): Wenn die Gesellschafter einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft, die eine Hauptniederlassung und eine Zweigniederlassung hat, bei Auflösung der Gesellschaft sich dahin auseinandersetzen, daß einem Gesellschafter die Hauptniederlassung und ein deren Zwecken dienendes, bisher der Gesellschaft gehöriges Grundstück, dem anderen Gesellschafter die Zweigniederlassung überwiesen wird, so ist zum Übergange des Eigen-

tums an dem Grundstücke die Auflassung erforderlich. γγ. RJA. **9** 7 (KG.). Die Umschreibung des Eigentums an einem Grundstück ist ohne Auflassung zulässig, wenn bei der Auflösung einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat und das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt. δδ. **RG.** V 23. 5. 08, SeuffA. **64** 237, RJA. **9** 193, FrankfRdsch. **42** 54 s. schon JDR. **7** Ziff. II 1 h β. β. Gesellschaft zwecks Erwerb und Weiterveräußerung von Grundstücken. αα. **RG.** JW. **09** 722 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 3535. Ein Auftrags- oder ein Gesellschaftsvertrag bedarf nicht deshalb der Form des § 313, weil der Beauftragte ein Grundstück für den Auftraggeber, der einzelne Gesellschafter ein solches für die Gesellschaft erwerben sollte (**RG. 54** 75, GruchotsBeitr. **52** 660 [JDR. **7** Ziff. II 1 f]). — Bei einem zwecks gemeinschaftlicher Grundstücksspekulation geschlossenen Gesellschaftsvertrage kann unter Umständen als Parteiwille angesehen werden, daß derjenige, der im Interesse beider Teile tätig wurde, nicht nur die Grundstücke im eigenen Namen erwerben, sondern sie auch bis zum Weiterverkaufe, der Durchführung der Spekulation, behalten und nur verpflichtet sein sollte, nach Abwickelung des Geschäfts dem anderen dessen Anteil am Gewinne herauszuzahlen. ββ. **RG.** JW. **09** 656 Ziff. 6. Ein Gesellschaftsvertrag, der zu dem Zwecke geschlossen ist, ein Bauerngut zu kaufen und in Parzellen zu verkaufen, ist der Formvorschrift des § 313 nicht unterworfen (**RG. 68** 262 [JDR. **7** Ziff. II 1 h γ], **RG.** I 30. 1. 09). γγ. **RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 11. Verträge, welche auf den gemeinschaftlichen Erwerb von Grundstücken zwecks späterer Verwertung gerichtet sind, fallen nicht unter die Vorschrift des § 313 (**RG. 68** 260 ff. [JDR. **7** Ziff. II 1 h γ]). δδ. **RG.** SeuffA. **64** 308, JW. **09** 160 Ziff. 6, ElsLothNotZ. **09** 151, Holdheims MSchr. **09** 217, LeipzZ. **09** 396 Ziff. 1, BankA. **8** 273, R. **09** Ziff. 970. Ein Gesellschaftsvertrag, der zu dem Zwecke geschlossen wird, Dritten gehörige Grundstücke zu erwerben und mit Gewinn weiter zu veräußern, unterliegt, wie im Anschluß an **RG. 68** 260 (JDR. **7** II Ziff. **1** h γ) ausgeführt wird, nicht der Formvorschrift des § 313. γ. Unterbeteiligung beim Gewinnbezuge. **RG.** JW. **09** 721 Ziff. 10, R. **09** Ziff. 3536. Ein Vertrag, durch welchen ein Gesellschafter, der mit einem anderen Gesellschafter Grundstücke zum Zwecke der Verwertung als Bauterrain erworben hat, einem Dritten eine Unterbeteiligung gewährt, bedarf nicht der Form des § 313. Denn mit einer solchen Vereinbarung ist nicht notwendig das Abkommen verbunden, daß der Gesellschafter dem Unbeteiligten gegenüber verpflichtet ist, seine Gesellschaftsrechte in einem bestimmten Sinne auszuüben, insbesondere darauf hinzuwirken, daß das den Gegenstand der Gesellschaft bildende Grundeigentum auch wirklich zur Veräußerung gelangt. Vielmehr steht an sich die Erledigung des Gesellschaftszwecks nach wie vor im Ermessen der Gesellschafter, und in der Unterbeteiligung liegt nur die Verpflichtung, dem Unterbeteiligten die auf ihn entfallenden Früchte der Gesellschaft zukommen zu lassen. Soll eine weitergehende Verpflichtung, insbesondere eine solche, die die Anwendung des § 313 erfordern würde, angenommen werden, so muß dieselbe besonders vereinbart werden. δ. OLG. **18** 3, R. **09** Ziff. 437 (Dresden). Der Gesellschafts- und Auftragsvertrag zur Erwerbung eines alsdann an die Genossen aufzuteilenden Grundstücks bedarf nicht der Form des § 313. i) Verpflichtung zum Erwerb ohne Verpflichtung zur Veräußerung. Wünschmann aaO.: Ein Vertrag, durch den lediglich der Erwerber zum Erwerbe, nicht aber der Veräußerer zur Veräußerung des Grundstücks verbunden wird, unterliegt der Formvorschrift des § 313. k) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 928, LeipzZ. **09** 544 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 1978. Der Vertrag, durch welchen der Meistbietende das Recht aus seinem auf ein Grundstück im Vollstreckungsverfahren gemachten Meistgebot abtritt (§ 81 Abs. 2 ZVG.), unterliegt nicht dem Formzwange des § 313 BGB. l) **RG.** LeipzZ. **09** 544 Ziff. 8,

BayRpflZ. **09** 208, R. **09** Ziff. 1281. Die Rüge, daß das mündlich zu einem notariellen Tauschvertrage getroffene Abkommen, wonach auf dem Gute 2300 Zentner Kartoffeln verbleiben, und der Kläger nur den darüber hinausschießenden Vorrat erhalten solle, wegen Formmangels ungültig sei, ist nicht berechtigt. Auflassung ist zwar nicht erfolgt, so daß eine Heilung anzunehmen wäre; allein das Abkommen bezog sich auf Sachen, die vom Vertrag ausgeschlossen waren und wurde getroffen, um Streitigkeiten über die Vertragserfüllung zu beseitigen. Ob danach das Abkommen überhaupt Teil des Veräußerungsvertrags war, kann unentschieden bleiben; jedenfalls hatte es die Natur eines Vergleichs und unterlag deshalb dem Formzwange des § 313 nicht. **m)** BadRpr. **09** 16 (LG. Offenburg). Ein Vergleich, in dem eine Partei sich verpflichtet, das Eigentum an einem streitigen Grundstücke für den Fall, daß sie und nicht die andere Partei Eigentümerin ist, auf die andere zu übertragen, unterliegt der Form des § 313. **n)** DJZ. **09** 1154, R. **09** Ziff. 3040 (Dresden). Ein Werklieferungsvertrag, der für den Unternehmer die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in sich schließt, unterliegt der Form des § 313.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 420, DJZ. **09** 321. Ein wegen Formmangels unwirksamer Vertrag über unentgeltliche Abtretung einer Grundfläche zur Straße kann gemäß § 140 BGB. nach Lage des Falles als ein Vertrag über die Bestellung einer öffentlichrechtlichen Servitut, daß die Grundfläche als Straßenland dienen solle, angesehen werden. Daß die Parteien beim Vertragsabschluß einen unmittelbar hierauf gerichteten Willen gehabt haben, ist nicht erforderlich. S. a. o. § 140 Ziff. 2b.

3. Vorbehaltenes Landesrecht. **a)** **RG. 70** 45 ff., JW. **09** 62 Ziff. 35 EisenbE. **25** 311, R. **09** 37. Die Anwendung der eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des § 313 BGB. begründenden Bestimmung des Art. 12 § 1 Abs. 2 Pr. AGBGB. setzt, wie sich aus der Stellung der §§ 16, 17 EnteignG. ergibt, voraus, daß ein Enteignungsverfahren bereits eingeleitet ist. Diese Voraussetzung liegt jedenfalls so lange nicht vor, als die nach § 2 EnteignG. die Grundlage für die Enteignung bildende königliche Verordnung noch nicht ergangen ist. Auf Rechtshandlungen, welche vor diesem Zeitpunkte vorgenommen sind, übt die Verleihung des Enteignungsrechts auch keine rückwirkende Kraft. Abtretungsverträge über Grundstücke, die vorher abgeschlossen worden sind, unterliegen daher der Formvorschrift des § 313 BGB. **b)** **RG.** DJZ. **09** 321 erklärt für fraglich, ob die Vorschrift des Art. 12 § 1 Abs. 2 PrAG. nicht auf Verträge über die freiwillige Abtretung von Grundstücken, die von einer Fluchtlinienfestsetzung betroffen wurden, zu erstrecken sei.

4. Übergangsvorschriften. **RG.** SeuffBl. **09** 734, JW. **09** 653 Ziff. 1. Die Vorschrift des Art. 189 EGBGB., wonach der Erwerb des Eigentums an einem Grundstück auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen erfolgt, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bezieht sich auf den dinglichen Vertrag, nicht auf den den Rechtsgrund des Erwerbes bildenden Vertrag. Für diesen ist, wenn er nach Inkrafttreten des BGB. geschlossen wird, § 313 maßgebend.

III. Satz 2. Heilung (s. JDR. **7** zu Satz 2, **6** zu II, **5** zu III, **4** zu III, **3** zu II, **2** zu II, **1** zu II). 1. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 552 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1116. Es spricht regelmäßig keine Vermutung dafür, daß die in der notariellen oder gerichtlichen Kaufurkunde nicht enthaltenen formlosen Vereinbarungen auch noch zur Zeit der Auflassung gewollt waren. Wer die Fortdauer behauptet, trägt die Beweislast. **b)** **RG.** JW. **09** 191 Ziff. 5. Das BU. läßt eine Feststellung darüber vermissen, ob, wie zur Heilung des Formmangels erforderlich gewesen wäre, auch noch zur Zeit der Auflassung von den Parteien an der angeblichen mündlichen Vereinbarung festgehalten worden ist.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3041. Ein formungültiger Grundstückskauf wird auch dann

gültig, wenn die Auflassung unter Überspringung des ersten Erwerbers an einen weiteren Abkäufer erfolgt (**RG. 31** 230, JW. **04** 169 Ziff. 10 [JDR. **3** Ziff. II 3], R. **07** Ziff. 1290 [JDR. **6** Ziff. II 3]). Voraussetzung ist allerdings, daß durch das Vollzugsgeschäft nicht nur der formgerecht oder formlos abgeschlossene zweite Veräußerungsvertrag, sondern auch der erste erfüllt werden soll.

3. a) **RG.** JW. **09** 15 Ziff. 8, BayRpflZ. **09** 70, R. **09** Ziff. 2094. Sind die in einem formungültigen Vertrage veräußerten Grundstücke aufgelassen worden, so ist durch die Auflassung auch eine für einen bestimmten Fall übernommene, einen Bestandteil des einheitlich gewollten Veräußerungsvertrags bildende Verpflichtung zur Rückauflassung gewisser Flächen formgültig geworden. **b)** SeuffA. **64** 222 (Dresden). Sind als untrennbare Bestandteile eines Grundstückskaufs formlose Mietvereinbarungen getroffen, so wird durch die Auflassung auch der Formmangel des § 566 geheilt.

4. OLG. **18** 3 (Stettin) s. bereits JDR. **7** zu Satz 2 Ziff. 6.

5. BadRpr. **09** 16 (LG. Offenburg). § 313 Satz 2 ist auf die Eigentumsübertragung nach Art. 25 BadAGBGB. nicht entsprechend anwendbar.

6. Übergangsvorschriften (s. JDR. **7** zu Satz 2 Ziff. 8). a) **RG.** SeuffBl. **09** 734, JW. **09** 653 Ziff. 1. Die im § 313 Satz 2 zur Heilung des Formmangels verlangte Eintragung im Grundbuche kann durch die nach bayerischem Rechte erfolgte Umschreibung des Besitztitels im Hypothekenbuche nicht ersetzt werden. Die Frage, ob etwa Heilung dadurch eingetreten sei, daß mit dem Zeitpunkte, zu dem demnächst das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, das Hypothekenbuch zum Grundbuche geworden ist und die Eintragungen als solche im Grundbuche gelten, bedarf nicht der Erörterung, da zu jener Zeit der Käufer nicht mehr als Eigentümer eingetragen war. **b)** BadRpr. **09** 92 (Karlsruhe). Im Gebiete des bad. Landrechts ist während der Übergangszeit eine Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. ausgeschlossen.

IV. ➸ Auch außer den gegebenen Verweisungen findet sich zu den meisten der für § 313 in Betracht kommenden Tatbeständen Material in den früheren Jahrgängen des JDR. Red. ⟵

§ 314. PosMSchr. **09** 65, R. **09** Ziff. 2628 (Königsberg). Beim Verkauf eines landschaftlich beliehenen Grundstücks besteht keine Vermutung, daß das landschaftliche Amortisationsguthaben mitverkauft sei.

§§ 315, 316. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 371 ff.: Über Bestimmungsrecht des Schuldners und des Gläubigers bei Gesamtschuld. Jeder Gesamtschuldner trifft selbständige Bestimmung, arg. § 425; der Gläubiger kann allen Schuldnern gegenüber nur eine und dieselbe Bestimmung treffen. — Ebenda 372: Eine unbillig erschwerende Bestimmung des Leistungsumfanges durch den Hauptschuldner bindet den Bürgen nicht; arg. § 767 Abs. 1 Satz 3.

2. Verpflichtung aus einem Besserungsscheine (s. auch JDR. **7** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). a) R. **09** Ziff. 424 (Hamburg). Hat der Schuldner versprochen, nach Kräften abzuzahlen, sobald seine Vermögensverhältnisse sich entsprechend gebessert haben, so ist unter Verbesserung der Vermögensverhältnisse auch die bloße Verbesserung des Einkommens zu verstehen. **b)** R. **09** Ziff. 1272 (Hamburg). Ein außergerichtlicher Akkord, wonach dem Schuldner ein Teil der Schulden erlassen wird und die Restschuld von ihm nachzuzahlen ist, „sobald ihm seine Vermögensverhältnisse dies gestatten", ist dahin auszulegen, daß die in Zukunft entstehenden Verbindlichkeiten den alten Restschulden vorgehen, und zwar einerlei, ob sie in naher oder ferner Zukunft, ob sie vor oder nach dem Tode des Schuldners zu befriedigen waren.

3. a) **RG.** R. **09** Ziff. 221. § 315 findet keine Anwendung, wenn nach der Parteiabrede das völlig freie, unbeschränkte Ermessen des Bestimmenden entscheiden soll. **b) RG.** R. **09** Ziff. 220. Die Vorschrift des § 315 ist nicht anwendbar, wenn in

einem mit mehreren Gegenkontrahenten geschlossenen Vertrage sich der eine Teil die Verteilung der feststehenden Leistung unter die Gegenkontrahenten vorbehalten hat. c) **RG.** R. **09** Ziff. 808. Der Fall der §§ 315, 316 liegt nicht vor, wenn als Vergütung die „Durchschnittspreise anderer Konkurrenzfirmen" vereinbart sind. d) **RG.** JW. **09** 451 Ziff. 2, LeipzZ. **09** 854 Ziff. 19, R. **09** Ziff. 2793. Ist der Endpunkt der Vertragszeit eines Pachtvertrags auf den vollendeten Abbau des verpachteten Steinlagers festgesetzt und soll es der subjektiven Bestimmung des Pächters überlassen bleiben, in welchem zeitlichen Fortschreiten er den Abbau zu bewirken hat, so ist gemäß § 315 der Abbau nach billigem Ermessen zu betreiben, nötigenfalls durch den Richter zu regeln (**RG. 64** 116 [JDR. **6** Ziff. 3]).

4. **RG.** JW. **09** 15 Ziff. 8. Die Auffassung des BG., daß der auf eine unbestimmte Leistung gerichtete Vertrag rechtsunwirksam sei, weil sich aus dem Vertragsinhalte nicht ergebe, ob die Leistung von dem einen oder anderen Vertragsteil oder einem Dritten bestimmt werden solle, ist rechtsirrig. Nach § 316 steht die Bestimmung dem Gläubiger zu, gleichviel ob dies als besonders gewollt aus dem Vertragsinhalte zu entnehmen ist, wenn nur nicht aus dem Vertrag oder den Umständen des Falles ein entgegenstehender Parteiwille sich ergibt.

§ 317. 1. SeuffA. **64** 380 (Cassel). Ein Schiedsvertrag im Sinne der ZPO. setzt voraus, daß eine Rechtsstreitigkeit, d. h. über Ansprüche der Parteien entschieden werden soll. Wenn dagegen auf Grund sachverständiger Kenntnis nur Tatsachen ermittelt, z. B. ein Schaden geschätzt, ein angemessener Preis bestimmt, die Ursächlichkeit eines Ereignisses oder die Erwerbsfähigkeit einer Person geschätzt werden soll, so liegt kein Schiedsvertrag vor.

2. HansGZ. **09** (Hptbl. 277) (Hamburg). Die §§ 317—319 sind im Falle einer Arbitrage über die Qualität und den Wert einer gelieferten Ware anwendbar.

3. ThürBl. **56** 18, R. **09** Ziff. 1459 (Jena). Sieht ein Vertrag die Feststellung der Höhe eines Schadens durch „Taxatoren" vor, so sind diese im Zweifel Schiedsgutachter.

§ 319. Offenbare Unbilligkeit (s. auch JDR. **7** Ziff. 3). a) **RG.** R. **09** Ziff. 438. Eine Bestimmung ist nur dann offenbar unbillig, wenn die augenfällige Unrichtigkeit von jedem zu einer sachgemäßen Nachprüfung Befähigten ohne weiteres erkannt werden kann. Von dem mit Feststellung eines Schadensbetrags betrauten Dritten kann nicht mehr verlangt werden als gewissenhafte Benutzung der ihm zu Gebote stehenden Beweismittel. Seine Bestimmung ist daher nicht schon deswegen offenbar unbillig, weil sich im Prozesse durch eidliche Vernehmung zahlreicher Zeugen ein anderer Schadensbetrag dartun ließe. b) **RG.** JW. **09** 325 Ziff. 30. Wenn auch die offenbare Unbilligkeit eines Schätzungsergebnisses im Sinne einer sich dem Blicke eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängenden Unrichtigkeit (JW. **08** 711 Ziff. 3 [JDR. **7** Ziff. 3 a]) nicht ohne weiteren Beweisantritt schon aus der Abschätzung selbst zu erhellen braucht, so reichen doch auch verschiedene Begutachtungen allein zum Nachweise der Unbilligkeit nicht aus. Es bedarf vielmehr der Aufklärung, ob die Differenz zwischen den angefochtenen Taxen der Schätzer und dem vom BG. als richtig anerkannten Gutachten nur auf einer an sich nicht sachwidrigen anderen Auffassung der Schätzer beruht oder ob dieselben von so wesentlichen Irrtümern geleitet worden sind, daß daraus die offenbare Unbilligkeit des von ihnen gewonnenen Ergebnisses folgt. c) **RG.** SeuffA. **64** 433, SeuffBl. **09** 172 s. bereits JDR. **7** Ziff. 3 a.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung: Aus dem von der Rechtsprechung gelieferten Material sei auf die grundlegende Entscheidung des **RG.** (**71** 188 ff.) über die teils von der einen, teils von der anderen Vertragspartei zu vertretende Unmöglichkeit aufmerksam gemacht (s. zu §§ 324,

325). Aus der Literatur ist die Arbeit von Frankenburger (zu § 326) zu erwähnen, der im Anschluß an die Rechtsprechung den Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, zur Darstellung bringt. Förtsch (das.) tritt für die Wirkung einer unberechtigten Rücktrittserklärung als Vertragsantrag ein.

§ 320. Literatur: Gmelin, Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Sache? R. **09** 768, 769. — Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäfte. Ein Beitrag zur Kausallehre, JheringsJ. **56** 86—146. — Oertmann, Sachmängel und Abnahmepflicht, R. **09** 617—626. — Derselbe, Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Kaufsache? R. **09** 801, 802.

1. Haymann aaO., Der Begriff des Entgelts (92 ff.): Eine Leistung ist entgeltlich oder unentgeltlich, je nachdem der Leistende mit der Leistung die Anforderung einer ihm vom Leistungsempfänger zu gewährenden Leistung, d. h. einer Gegenleistung, verknüpft oder nicht. Auf das Motiv des Leistenden sowie auf eine objektiv oder nach der Wertung der Parteien bestehende Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung kommt es nicht an. Der Parteiwille kann auch dahin gehen, daß nur ein Teil der Leistung mit Anforderung einer Gegenleistung verknüpft ist (negotium mixtum cum donatione).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 400 ff., über die Einreden und Einwendungen aus dem Synallagma im Blicke auf den Fall der kumul. Übernahme einer synallagmatischen Schuld handelt.

3. Sachmängel und Abnahmepflicht. **a)** Oertmann, R. **09** 617—626: Der Käufer ist nicht berechtigt, die Abnahme der ihm vom Verkäufer angebotenen, mit Mängeln behalteten Kaufsache schlechthin abzulehnen. Er kann sich, auf Abnahme und Zahlung verklagt, dagegen je nach Wahl durch die einredeweise (§ 478) — und zwar schon vor der Übergabe — geltend zu machende Berufung auf Wandlung oder Minderung schützen; beim Gattungskaufe kann er ebenmäßig nach § 480 die Annahme der angebotenen Stücke unter Begehren der Nachlieferung anderer, vertragsmäßiger Stücke verweigern. Neben diesen besonderen Gewährschaftsrechten ist für die Einrede des nicht oder nicht vollständig erfüllten Vertrags (§ 320) kein Raum. **b)** Hiergegen Gmelin, R. **09** 768 f., der eine Pflicht des Käufers zur Abnahme einer mangelhaften Sache unter Berufung auf **RG. 53** 70 (JDR. **1** zu § 433 Ziff. 5 e) verneint. **c)** Gegen Gmelin Oertmann, R. **09** 801 f.

4. **RG.** BadRpr. **09** 192. Zur Begründung der Einreden des nicht erfüllten Vertrags und des Zurückbehaltungsrechts können nur Ansprüche dienen, die sich zu einer Erfüllung Zug um Zug eignen und eine solche Verurteilung zulassen. (Behauptung einer Vertragsverletzung ohne Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs.)

5. **RG.** R. **09** Ziff. 1980. Ein dem Verpächter im Falle vorzeitiger Aufhebung der Pacht vertragsmäßig zustehender Anspruch auf Ersatz des Pachtzinsausfalls steht zu einem Anspruche des Pächters auf Auszahlung des Überschusses aus dem Pfanderlös eingebrachter Sachen im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung im Sinne der §§ 320, 321.

6. **RG.** BayRpflZ. **09** 472. Die Bürgschaftsübernahme kann, wenn auch der Bürgschaftsvertrag an sich ein einseitiger Vertrag ist, Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags sein.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 3738. Es ist fraglich, ob die bei Verkauf eines Geschäfts dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung zur Unterlassung eines Konkurrenzbetriebs als eine Gegenleistung im Sinne des § 320 oder nicht vielmehr als einseitige Nebenverpflichtung anzusehen ist (**RG. 54** 123 [JDR. **2** Ziff. 2]). Wäre aber auch die letztere Annahme die zutreffendere, so würde doch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 begründet sein.

8. a) **RG.** JW. **09** 309 Ziff. 4. Die Frage, ob ein Vertrag, in welchem der eine Vertragsteil sich zur Gewährung eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek seitens des anderen Teiles verpflichtet, als ein gegenseitiger anzusehen sei, ist nach dem einzelnen Falle zu entscheiden. Erscheint die Darlehnshingabe wirtschaftlich als ein Kapitalanlagegeschäft, rechtlich als Kauf einer Hypothek — Beleihungen von Grundstücken durch Bankinstitute —, so ist an dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung für die beiderseits übernommenen Leistungen nicht zu zweifeln. Dient das Darlehen dagegen altruistischen Zwecken, will der Darlehnsgeber wirtschaftliche Unternehmungen des Darlehnsempfängers unterstützen, wobei ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Förderung des fremden Unternehmens als Beweggrund mit im Spiele sein kann, so erscheint die Bestellung einer Hypothek oder einer anderen Sicherheit regelmäßig als die Voraussetzung, unter der der Darlehnsgeber das Darlehen überhaupt zu gewähren verspricht. Der Darlehnsgeber will hier nicht einen klagbaren Anspruch auf Bestellung der Hypothek erwerben, er verpflichtet sich vielmehr zu der Darlehnshingabe nur unter der Bedingung, daß zu der vereinbarten Zeit die als Sicherheit bedungenen Unterlagen bereit sind. Der Vertrag selbst bleibt hier ein einseitig verpflichtender, auf den § 610 anwendbar ist. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2786. Auf den Darlehnsvertrag, durch den ein Bauunternehmer sich für einen Bau die nötigen Baugelder sichert, ist, da beide Teile zu ihrem Vorteile das Darlehnsgeschäft schließen wollen, § 326 anwendbar (Verzug des Unternehmers mit Herstellung des die Fälligkeit der ersten Rate bestimmenden Rohbaues).

9. **RG.** R. **09** Ziff. 222. Der Käufer kann die Entgegennahme der Auflassung bis zur Beseitigung grundbuchmäßiger Belastungen auch dann verweigern, wenn die Grundbucheintragungen ohne materielle Grundlage sind und ihn nur durch ihr formelles Bestehen beschweren. Ist zwischenzeitlich ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen, so kann der Käufer dessen Beseitigung auch dann verlangen, wenn die Versteigerung infolge der Nichtzahlung von Hypothekenzinsen angeordnet ist, die der Käufer nach dem Vertrage zu übernehmen hatte.

10. SeuffA. **64** 263 (Hamburg) s. bereits JDR. **7** Ziff. 1.

11. **RG.** LeipzZ. **09** 61 Ziff. 16, 77 Ziff. 12 s. bereits JDR. **7** Ziff. 3 a.

12. **RG. 69** 381 ff. s. bereits JDR. **7** Ziff. 4 a.

§ 321. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3219. Wie in **RG. 60** 56 anerkannt ist, liegt es in der Natur des Versicherungsgeschäfts, daß es vom Versicherten aufgelöst werden kann, wenn der Versicherer selbst unsicher wird. Ein Unsicherwerden kann aber nicht allein aus der Tatsache der Fusion der Versicherungsgesellschaft mit einer anderen entnommen werden.

2. OLG. **18** 59 (KG.). Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners infolge einer durch revolutionäre Verhältnisse hervorgerufenen allgemeinen Unsicherheit im Lande seiner gewerblichen Tätigkeit.

3. R. **09** Ziff. 966 (Naumburg): clausula rebus sic stantibus: s. u. zu § 346 Ziff. 3.

§ 322. Literatur: S. Cohn, Zug-um-Zug-Erfüllung bei Frachtgeschäften mit mehrtägiger Ausladung, JW. **09** 185—186.

1. *Boethke, GruchotsBeitr. **53** 317. Begriff der Zug-um-Zug-Erfüllung vgl. o. zu § 274 Ziff. 1.

2. S. Cohn aaO. behandelt die Durchführung des Prinzips der Erfüllung Zug um Zug bei Frachtgeschäften mit mehrtägiger Ausladung mit dem Ergebnisse, daß der Schiffer nach Ausladung der ganzen Fracht auch das gesamte Frachtgeld, bei Löschung und Annahme nur eines Teiles die auf den angenommenen Teil entfallende Teilfracht fordern darf, daß dagegen bei Weigerung der Teilannahme durch den Empfänger ein Anspruch auf Frachtgeld nicht begründet wird und somit auch ein Pfandrecht an der im Schiffe befindlichen Ware nicht entsteht.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1658. Die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug hat auch dann zu erfolgen, wenn der Kläger einen ihm abgetretenen Anspruch geltend macht, ohne selbst zur Bewirkung der Gegenleistung verpflichtet zu sein.

4. SeuffA. **64** 170 (Dresden). Bei einer gemäß § 322 Abs. 2 erfolgten Verurteilung wird der zur Zwangsvollstreckung nach §§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB., 726 Abs. 1 ZPO. erforderliche Nachweis, daß der Schuldner sich im Verzuge der Annahme befindet, durch die im Urteile getroffene Feststellung erbracht; ein nochmaliges Angebot der Gegenleistung ist nicht erforderlich.

§§ 323, 324. *Lesser: Über den Unterschied von Gläubigerverzug und Unmöglichkeit der Leistung, die auf einem von keinem Teile oder vom Gläubiger zu vertretenden Umstände beruht, siehe o. zu § 293 Ziff. 1.

§ 324. 1. Unmöglichkeit, die teils von der einen, teils von der anderen Vertragspartei zu vertreten ist. **RG. 71** 188 ff., JW. **09** 413 Ziff. 9, LeipzZ. **09** 776 Ziff. 13, R. **09** Ziff. 1975. § 254 BGB. bezieht sich zwar seinem Wortlaute nach nur auf Fälle der Schadensersatzpflicht. Die darin enthaltenen Rechtsgrundsätze sind aber auch auf anderen Rechtsgebieten anzuwenden, wenn es sich um die nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelte Frage des Vorliegens eines rechtlich in Betracht kommenden Verschuldens von zwei oder mehr Personen handelt (vgl. **RG. 56** 267, JW. **04** 140 Ziff. 6 [vgl. JDR. **3** zu § 351 Ziff. 1]). Hiernach ist, wenn die Unmöglichkeit der Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage von jeder Vertragspartei teilweise zu vertreten ist, die Frage, wessen Verschulden als das die Gesetzesanwendung bestimmende anzusehen ist und ob hiernach sich eine vollständige oder teilweise Anwendung der Vorschriften des § 325 oder des § 324 rechtfertigt, nach den sich aus § 254 ergebenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 932, LeipzZ. **09** 544 Ziff. 9. Der Beklagte vereinbarte mit dem Kläger, der gewerbsmäßig die Herbeiführung von Akkorden besorgt, daß er alles tue, was zur Herbeiführung eines Zwangsvergleichs in seinem Konkurse nötig sei, daß er die nötigen Gelder auslege, das Warenlager erwerbe usw. Für alles dies war dem Kläger eine Vergütung von 5000 M. zugesagt. Dieser Vertrag ist kein Mäklervertrag, sondern ein eigenartiger unbenannter Vertrag, so daß der Kläger die Vergütung zu fordern hat, wenn ihm eine Leistung durch den Beklagten unmöglich gemacht ist (§ 324). Nimmt man einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Werkvertrag an, so führt § 649 zum gleichen Ergebnisse.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 859 Ziff. 3. Unmöglichkeit der Vertragserfüllung infolge des vertragswidrigen Verhaltens — anderweite Deckung, Verweigerung der Mitwirkung — des Käufers.

4. **RG.** LeipzZ. **09** 232 Ziff. 23. Kläger war vom Beklagten zu einem Unternehmen, dessen Inslebentreten der Beklagte nicht durchzusetzen vermochte, auf 10 Monate für 15 000 Mark engagiert und klagt die Gage für 2 Monate mit 3000 Mark ein. Er muß, da die ganze Vertragszeit eine wirtschaftlich nicht trennbare Einheit darstellt, sich auf die 15 000 Mark den ganzen Erwerb anrechnen lassen, den er während der Engagementszeit anderweit gemacht hat, so daß ihm wegen der 2 Monate, während deren er anderweit nichts verdiente, ein Anspruch nicht zusteht, wenn er während der übrigen Engagementszeit 15 000 Mark verdient hat.

5. SächsOLG. **30** 166 (Dresden). Wenn ein Gastwirt einen Singspielunternehmer engagiert und die Behörde die nach § 33 a GewO. zu der Veranstaltung erforderliche Genehmigung verweigert, so ist die hierdurch herbeigeführte Leistungsunmöglichkeit von dem Gastwirte zu vertreten.

§ 325. 1. *Lesser: Über den Unterschied zwischen Schuldnerverzug und Unmöglichkeit der Leistung, die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, s. o. zu § 275 Ziff. 1.

2. **RG. 71** 188, Unmöglichkeit, die teils von der einen, teils von der anderen Vertragspartei zu vertreten ist, s. o. zu § 324 Ziff. 1.

3. **RG. 71** 188, JW. **09** 413 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 1981. Die Anwendbarkeit von Satz 2 ist dadurch bedingt, daß die in Satz 1 bestimmten allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind, namentlich also dadurch, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Es kann nicht umgekehrt daraus, daß im einzelnen Falle objektiv die besonderen Voraussetzungen des Satzes 2 vorliegen, daß nämlich bei teilweiser Unmöglichkeit die teilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hat, ein Grund für die Anwendung des § 325 überhaupt, namentlich des für die Ausübung des Rücktrittsrechts maßgebenden Satzes 1 hergeleitet werden. Der Satz, daß eine teilweise vom Schuldner, teilweise vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit der teilweisen Unmöglichkeit, gleichzustellen sei, ist daher rechtlich unhaltbar.

4. **RG.** über den Begriff des Interesses an teilweiser Erfüllung: s. o. zu § 326 Ziff. 12 a, 15 b.

5. **RG.** LeipzZ. **09** 233 Ziff. 26. Der Verkäufer eines Hauses hat dem Käufer zugesichert, das Haus werde so umgebaut werden, daß es für den Bäckereibetrieb tauglich sei. Zu den danach erforderlichen, beim Kaufabschlusse bereits ausgeführten Änderungen wurde die baupolizeiliche Genehmigung versagt, so daß das Haus in dem Zustande nicht belassen werden konnte. Die Zusicherung ging hiernach dahin, daß das Haus auch nach dem Umbau so für die Dauer bestehen bleiben könne. Eine solche Zusicherung, daß eine zur Zeit des Gefahrüberganges vorhandene Eigenschaft auch in Zukunft fortdauere, ist Gegenstand eines Garantievertrags, der nicht den §§ 459 ff. untersteht. Es liegt vielmehr eine nachträgliche vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit (§ 325) vor.

6. **RG.** LeipzZ. **09** 471 Ziff. 30. Der Beklagte hat dem Kläger einen Geschäftsanteil an einer GmbH. formgerecht abgetreten, aber die zur Wirksamkeit der Abtretung erforderliche Genehmigung der Gesellschaft nicht beigebracht. Hiernach hat der Beklagte nicht nur einen Teil seiner Verpflichtung nicht erfüllt, es handelt sich vielmehr, da die Abtretung wirkungslos war, um eine Nichterfüllung schlechthin. Kann die Genehmigung nicht beschafft werden, so kommt die Frage der Unmöglichkeit in Betracht: §§ 306, 308, 323 ff.

7. NaumbAK. **09** 74 (Naumburg). Hat der Käufer in Ausübung des ihm gemäß § 325 zustehenden Wahlrechts den Rücktritt vom Vertrag erklärt, so steht ihm ein Anspruch auf Ersatz der Vertragskosten nicht zu.

8. SeuffA. **64** 404, R. **09** Ziff. 3316 (Rostock). Die durch Zwangsversteigerung herbeigeführte Unmöglichkeit einer Hypothekenbestellung hat der Schuldner zu vertreten.

§ 326. Literatur: Förtsch, Ist die unberechtigte Rücktrittserklärung ein Vertragsantrag? LeipzZ. **09** 801—803. — Frankenburger, Erfüllungsverzug bei Handelsgeschäften, die nicht Fixgeschäfte sind, und die Rechtsprechung, SeuffBl. **09** 725—728, 757—762.

1. *Lesser, Unterschied zwischen Schuldnerverzug und Unmöglichkeit der Leistung, die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, s. o. zu § 275 Ziff. 1.

2. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 726 ff. Unter Verzug im Sinne der §§ 325, 326 ist nicht Saumsal in allen nach dem Vertrag einem Teile obliegenden Leistungen (z. B. nicht mit Zahlung und Abnahme), sondern Saumsal mit der Hauptleistung zu verstehen. § 326 hat dispositiven Charakter, kommt auch bei wahlweisen Schuldverhältnissen (§§ 262 f.) zur Anwendung (728). — Die zur Wahrung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt vom Vertrag abzugebenden (empfangs-, aber nicht annahmebedürftigen) Erklärungen

müssen deutlich, wenn auch nicht mit dem Gesetzeswortlaut übereinstimmend sein (760), können unter Umständen auch stillschweigend gegeben werden, müssen Gesamtschuldverhältnissen gegenüber jedem Gesamtschuldner geäußert werden, und sind nur bei ernstlicher und bestimmter Erfüllungsweigerung des leistungspflichtigen Vertragsgegners unnötig. Der Ausdruck der Erfüllungsweigerung kann sehr mannigfach sein, auch in dem Setzen unzulässiger Bedingungen bestehen. Ob er gegeben ist, ist strenge auszulegen. Er ist nicht anzunehmen, wenn auch der andere Teil selbst vertragswidrig gehandelt hat oder wenn die Erfüllungsweigerung wegen obwaltender Differenzen oder nur bedingt geäußert wurde. — Die gesetzte Frist (Verweigerung derselben verursacht Verlust des Wahlrechts) muß angemessen sein; Entscheidung hierüber ist nicht bloß Tat-, sondern auch Rechtsfrage. Die Angemessenheit ist danach zu beurteilen, ob dem Schuldner zur Beschleunigung und Vollendung der bereits ins Werk gesetzten Erfüllung Zeit gelassen ist. Der Säumige muß Verlängerung der von ihm für zu kurz bemessenen Frist erbitten. Versäumung der Frist nimmt auch dem Nichtsäumigen das Recht auf Erfüllung. Die mit einer zu kurz bemessenen Nachfrist abgegebene Erklärung tritt erst mit Ablauf der angemessenen Frist in Wirksamkeit. Die Erklärung braucht nicht die beabsichtigte Wahl näher zu bezeichnen, sondern nur die Äußerung zu enthalten, daß nach Ablauf der Frist Annahme der Leistung abgelehnt werde (757). Eine ungebetene Verlängerung der Frist muß der Säumige nicht gegen sich gelten lassen. Die Fristsetzung kann für Lieferung von Saisonartikeln überflüssig werden. oder wenn der Nichtsäumige infolge Verzugs des anderen Teiles kein Interesse an der Erfüllung hat, soweit diese noch möglich ist (758). Die Setzung einer Frist ohne die Erklärung, die Annahme der Leistung nach deren Ablauf zu verweigern, ist wirkungslos, insofern der Nichtsäumige dann immer noch Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern, aber auch der Säumige noch erfüllen kann. Dagegen ist nach formgerechter Inverzugsetzung der Anspruch beider Vertragsteile auf Erfüllung ausgeschlossen (761). Ist auch für die Ausübung des Wahlrechts im Sinne des § 326 keine zeitliche Grenze gesetzt, so darf doch nicht in unbilliger und illoyaler Weise dessen Geltendmachung hinausgeschoben werden (760). — Die Anwendung der Grundsätze der §§ 326, 325 ist nicht auf die Folgen der Inverzugsetzung mit einer Leistung beschränkt, sondern sie enthalten den Ausdruck eines allgemeinen Prinzips, kommen deshalb in allen Fällen schuldhafter Nichterfüllung eines Vertrags wegen Gefährdung des Vertragszwecks, also wegen positiver Vertragsverletzung zur Anwendung, hauptsächlich bei Lieferungs- und ähnlichen auf eine längere Dauer berechneten Verträgen (also z. B. nicht auf Dienst-, Miet- oder Pachtverträge oder Grundstückskauf) (761), wenn und weil die Vertragsverletzung sich als so wesentlich darstellt, daß dem vertragstreuen Teile bei billiger loyaler Beurteilung nach den Umständen des Falles die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hier ist der seltene Fall gegeben, daß Vertragsklage und die sonst nur subsidiäre Bereicherungsklage konkurrieren. — Verzug eines Vertragsteils mit einer Nebenleistung, z. B. mit der Abnahme oder mit Vornahme einer Probe, macht nicht gemäß § 326, sondern gemäß §§ 286, 320 oder 280 BGB. schadensersatzpflichtig. Diese Nebenleistung kann aber im Großhandel mit Massenprodukten oder Massenartikeln oder bei Verkäufen ab Schiff und ähnlichen Vertragsverhältnissen zur Hauptleistung und damit § 326 anwendbar werden (762).

3. Förtsch aaO.: Die unberechtigte Rücktrittserklärung einer Vertragspartei ist zwar kein Vertragsantrag, aber nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte muß sich der Erklärende gefallen lassen, daß der andere sie als solchen auffaßt und behandelt. Die Vorschriften der §§ 146, 147 finden keine Anwendung. Der den Rücktritt widerrechtlich Erklärende muß sich vielmehr jene Behandlung so lange gefallen lassen, als er die Rücktrittserklärung nicht widerruft, und zwar auch

dann, wenn der andere Teil der Rücktrittserklärung zunächst widersprochen und erst nachträglich, ehe die Erklärung zurückgenommen ist, sein Einverständnis erklärt hat.

4. *Reichel, Schuldmitübernahme 411: Stehen auf der Gegenseite Gesamtschuldner, so kann Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt erst geltend machen, wenn er alle Schuldner vergeblich auf Erfüllung gemahnt hat.

5. Verzug (s. JDR. **7** Ziff. 3, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1). a) Verhältnis des § 326 zu § 286 Abs. 1. α. **RG. 70** 127 ff., R. **09** Ziff. 223. Durch die Bestimmungen der §§ 320 ff., einer lex specialis, wird für die gegenseitigen Verträge die Anwendung der im ersten Abschnitte des 2. Buches für alle Schuldverhältnisse gegebenen allgemeinen Vorschriften, insbesondere auch der des § 286 insoweit ausgeschlossen, als die besonderen Bestimmungen maßgebend sind. Deshalb findet § 286 Abs. 1 auf gegenseitige Verträge, soweit es sich um einen unter Ablehnung der Erfüllung geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags handelt, nur mit der im § 326 enthaltenen Maßgabe Anwendung, daß, sofern nicht ein Fall des § 326 Abs. 2 vorliegt, der Anspruch an die vorgängige, mit der vorgeschriebenen Erklärung verbundene Bestimmung einer angemessenen Frist zur Bewirkung der Leistung und an den fruchtlosen Ablauf dieser Frist geknüpft ist. Wird aber wegen des Verzugs ein akzessorischer Schadensersatzanspruch neben dem Erfüllungsanspruch erhoben, so ist auch bei gegenseitigen Verträgen § 286 Abs. 1 anwendbar, ohne daß die Voraussetzungen des § 326 vorzuliegen brauchen. β. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 726: §§ 320 ff. gestatten als lex specialis die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über den Verzug nur mit der im § 326 gegebenen Einschränkung. **b)** Kauf auf Abruf (vgl. JDR. **7** Ziff. 2). α. LeipzZ. **09** 951, R. **09** Ziff. 1931 (Colmar). Ein Kauf auf Abruf ist nicht derartig bedingt, daß der Verkäufer nur im Falle rechtzeitigen Abrufs zu liefern hätte; die Abrufsklausel bedeutet nur, daß der Käufer innerhalb der im Vertrage bestimmten Grenzen die Lieferungszeit bestimmen kann. — Der Käufer darf den Abruf nicht beliebig hinausschieben. Aus dem Ablauf einer übermäßig langen Zeit kann auf einen Verzichtswillen des Käufers geschlossen werden. In solchem Falle ist, wenn der Verkäufer nicht auf Abnahme gedrängt hat, der Vertrag stillschweigend aufgelöst. — Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt, zumal wenn der Verkäufer nicht zweifeln konnte, daß der Käufer beim Steigen der Preise auf Lieferung bestehen werde, nicht darin, daß der Käufer erst nach eingetretener Preissteigerung die Lieferung verlangt. β. **RG.** LeipzZ. **09** 61 Ziff. 14: Das OLG. läßt dahingestellt, ob der Abruf des Restes der Waren an dem Tage, zu dem der Verkäufer von § 326 BGB. Gebrauch gemacht hat, aus Schuld des Verkäufers oder des Käufers noch nicht stattgefunden hatte, da es meint, es genüge zur Annahme eines schuldhaften Verzugs des Käufers, daß nach dem Vertrage sämtliche Raten schon im Vorjahre hätten geliefert sein sollen. Diese Auffassung ist rechtsirrig. Denn wenn der Käufer abgerufen, der Verkäufer aber nicht geliefert hat, wie es der Vertrag verlangte, so ist die Abwickelung des Vertrags durch sein Verschulden verzögert worden, er kann nun nicht plötzlich verlangen, daß der Käufer unter Verzicht auf sein Recht ratenweisen Abrufs den ganzen Rest auf einmal abrufe. γ. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 134: Wenn die Abwickelung eines Sukzessivlieferungskaufs sich durch Schuld des Verkäufers über die vorgesehene Zeit hinauszieht, so kann dieser nicht verlangen, daß der Käufer den ganzen Rückstand auf einmal abrufe und beziehe (§ 242). **c) RG.** R. **09** Ziff. 3042. Wenn ein Vertragsteil es ablehnt, den Vertrag, den er als nichtig ansehen wolle, weiter zu erfüllen, so ist auch der andere Teil berechtigt, die von ihm noch geschuldete Leistung zurückzubehalten. **d) RG.** R. **09** Ziff. 1460. Hat ein Sortimentsbuchhändler vertraglich das Recht, daß ein Verlagsbuchhändler ihm die Verlagswerke zu den üblichen Bedingungen liefere, so ist bei einer Lieferungsweigerung der Umstand, daß der Verlagsbuchhändler irrtümlich, aber nicht ohne Grund angenommen hat,

der Sortimenter gehöre zu den Schleuderern, zwar geeignet, die Annahme zu begründen, daß er nicht lediglich den Zweck verfolgt habe, dem Sortimenter zu schaden (§ 226) und daß die Lieferungseinstellung an sich nicht gegen die guten Sitten verstoße (§ 826), nicht aber kann jener Umstand eine Schadensersatzpflicht aus dem Vertrag ausräumen. e) **RG.** R. **09** Ziff. 3318. Ist der Verkäufer — infolge Zwangsversteigerung der Kaufsache — in die Unmöglichkeit versetzt, den Vertrag zu erfüllen, so kann es ihm nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht gestattet sein, mit nachträglicher Berufung auf einen früheren Verzug oder frühere Erfüllungsweigerung des Käufers dessen Rechten aus § 326 entgegenzutreten.

6. Leistung im Sinne des § 326 (Hauptleistung) (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2). a) **RG.** LeipzZ. **09** 155 Ziff. 6: s. bereits JDR. **7** Ziff. 4 a. b) **RG.** LeipzZ. **09** 390 Ziff. 13. Der Verkäufer verpflichtete sich, dem Käufer eine Hypothek auf das verkaufte Grundstück zu beschaffen. Diese Verpflichtung war hier ein Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistung, so daß bei Verzug in Beschaffung der Hypothek § 326 anwendbar ist. Da jedoch die Hypothekenbeschaffung nur ein Teil der Leistung ist, kann der Käufer vom ganzen Vertrage nur bei mangelndem Interesse an der teilweisen Erfüllung zurücktreten.

7. Positive Vertragsverletzungen (s. auch oben § 276 Ziff. 6) JDR. **7** zu § 326 Ziff. 5, zu § 276 Ziff. 4 c, **6** zu § 326 Ziff. 1, zu § 276 Ziff. 4, **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 4, 6, 10, zu § 326 Ziff. 4 u. JDR. **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 5). a) **RG.** LeipzZ. **09** 311 Ziff. 14. Beklagter hat wegen positiver Vertragsverletzung trotz weit überwiegender eigener Verfehlung den Rücktritt erklärt, um von einem ihm aus sonstigen Gründen lästigen Vertrage loszukommen. Die Zulassung eines unter solchen Umständen erklärten Rücktritts wäre mit dem Zwecke des Rücktrittsrechts unvereinbar. Sie hätte nicht die Bedeutung eines Schutzes gegen ein unhaltbares Vertragsverhältnis, sondern würde dem Zurücktretenden zu unbilligem Vorteile verhelfen. b) Gesellschaftsvertrag (s. auch JDR. **7** Ziff. 5 f). **RG.** R. **09** Ziff. 2785. Bei positiven Vertragsverletzungen eines Gesellschafters sind nicht die §§ 325, 326 entsprechend anzuwenden, vielmehr lediglich § 723 maßgebend. c) α. **RG.** LeipzZ. **09** 476 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 22. Nach Inhalt des Bierlieferungsvertrags hatte der beklagte Wirt „bei einem allgemeinen Bierpreisaufschlag" diesen unweigerlich zu zahlen. Die klagende Brauerei ist auf einem Preisaufschlage bestanden, der nach Feststellung des BG. kein allgemeiner war, vielmehr eine bewußte und gewollte, die Konkurrenzfähigkeit des Beklagten erheblich gefährdende Vertragsverletzung („Überrumpelung") enthielt. Hiernach ist der Rücktritt des Beklagten wegen positiver Vertragsverletzung gerechtfertigt. β. **RG.** LeipzZ. **09** 682 Ziff. 4. Positive Vertragsverletzung durch einseitige Erhöhung des Bierpreises seitens der Brauerei im Bierkriege. Nach einwandfreier Annahme des BG. war der beklagte Wirt durch das vertragswidrige Verhalten der Brauerei in eine Lage versetzt worden, die bei Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse seines Gewerbebetriebs eine empfindliche Beeinträchtigung seiner Interessen enthielt und die alsbaldige und endgültige Lösung des geschlossenen Vertrags rechtfertigte. γ. **RG.** LeipzZ. **09** 783 Ziff. 3, positive Vertragsverletzung durch unberechtigte Erhöhung des Bierpreises seitens der Brauerei: wie JW. **08** 325 Ziff. 6, 327 Ziff. 7 (JDR. **7** zu § 242 Ziff. 3 d aE.).

8. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 2, **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 2—10, § 326 Ziff. 3, **4** zu § 326 Ziff. 3, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6). a) **RG.** R. **09** Ziff. 439. Die bloße Möglichkeit, daß bei einem Lieferungsvertrage der Lieferant, der früher einmal zur Herstellung seines Fabrikats nicht ganz einwandfreie Stoffe verwendet hat, vertragswidrig ungeeignete Stoffe zur Herstellung der zu liefernden Ware verwenden werde, kann dem Vertragsgegner keinen Grund zum Rücktritte geben. b) **RG.** R. **09** Ziff. 3740. Beim Handelskaufe kann aus der Mangel-

haftigkeit der bisherigen Teillieferungen die Annahme einer den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzung nur dann hergeleitet werden, wenn wenigstens nicht alle mangelhaften Lieferungen gemäß § 377 HGB. als genehmigt gelten. c) **RG.** R. **09** Ziff. 3739. Eine den Vertragszweck gefährdende positive Vertragsverletzung kann beim Sukzessivlieferungsgeschäfte darin gefunden werden, daß der Verkäufer die bisherigen mangelhaften Teillieferungen nicht als vertragswidrig hat gelten lassen wollen und somit der Käufer mit Grund zu befürchten hat, auch weiterhin unbrauchbare Ware zu erhalten. d) **RG.** LeipzZ. **09** 672 Ziff. 1. Die Ausführung des OLG., daß die Klägerin mangels rechtzeitiger Mängelanzeige (§ 377 HGB.) sich auf die angeblich schlechten Lieferungen nicht berufen könne, steht im Einklange mit der Rechtsprechung. e) **RG.** LeipzZ. **09** 405 Ziff. 2. Das Recht des Käufers, wegen der in fortgesetzt mangelhafter Lieferung liegenden positiven Vertragsverletzung zurückzutreten, ist ausgeschlossen, wenn die Ware gemäß § 377 HGB. als genehmigt gilt. f) **RG.** LeipzZ. **09** 233 Ziff. 25. Der Käufer hat die fernere Erfüllung eines Sukzessivlieferungsvertrags endgültig verweigert, dann aber auf die Erfüllungsklage des Verkäufers hin noch 1 ½ Jahre unter Festhalten an seiner Erfüllungsweigerung zum Zwecke der Schadensminderung eine vereinzelte Bestellung aufgegeben. Auf diese Bestellung braucht sich der Verkäufer unter diesen Umständen nicht einzulassen. Dem Verkäufer war mit der einzelnen Bestellung nicht gedient, da er seinerseits, wie dem Käufer bekannt war, einen Deckungsvertrag abgeschlossen hatte, um seinem Käufer (dem Beklagten) liefern zu können.

9. Fristsetzung (s. JDR. **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 8). a) OLG. **18** 60 (KG.). Die Aufforderung zur sofortigen Bewirkung der Leistung enthält keine Fristsetzung. b) **RG.** SächsRpflA. **09** 484. Außerkraftsetzung einer Nachfristbestimmung durch Eingehen auf Vergleichsverhandlungen. c) Die zu kurz bemessene Nachfrist (s. JDR. **7** Ziff. 7 b, **6** Ziff. 4 a, **5** Ziff. 5 a, **4** Ziff. 5 a, **3** Ziff. 5 a, **2** Ziff. 8 a). OLG. **17** 380, R. **09** Ziff. 442 (Marienwerder). Der Verkäufer, dem eine zu kurz bemessene Nachfrist gesetzt ist, muß innerhalb der hierdurch in Lauf gebrachten angemessenen Frist die Ware auch dann anbieten (§ 295), wenn der Verkäufer erklärt hat, daß er nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist nicht mehr annehme. d) Frist zur Entgegennahme der Auflassung (s. JDR. **7** Ziff. 7 d, **6** Ziff. 4 b ζ, **5** Ziff. 10, **2** Ziff. 8 d). HansGZ. **09** Beibl. 141, R. **09** Ziff. 1758 (Hamburg). Die Beklagten hätten mit Rücksicht darauf, daß sie nicht stets in der Lage waren, das Grundstück mit vertragsgemäßer Belastung aufzulassen, den Kläger zur Entgegennahme der Auflassung vor das Grundbuchamt laden müssen mit der Erklärung, daß sie dann ihrerseits leistungsbereit seien. e) Art der Nachfristsetzung im einzelnen (s. JDR. **7** Ziff. 7e, **6** Ziff. 4b). α. **RG.** R. **09** Ziff. 2232. Die Aufforderung, „binnen 14 Tagen mit der Lieferung zu beginnen und sie in angemessener Frist zu Ende zu führen", enthält die Bestimmung einer angemessenen Frist, über deren Erstreckung im Streitfalle der Richter zu entscheiden hat. β. **RG.** LeipzZ. **09** 61 Ziff. 18. Mit Rücksicht auf den kaufmännischen Sprachgebrauch kann unter Umständen eine Nachfristsetzung zur „Abnahme" dahin ausgelegt werden, daß eine Nachfrist zum Abrufe gesetzt sei. γ. **RG.** LeipzZ. **09** 155 Ziff. 6: s. bereits JDR. **7** Ziff. 7 e γ.

10. Erfüllungsweigerung. Wegfall der Nachfristsetzung (s. JDR. **7** Ziff. 8, **6** Ziff. 4 c, **5** Ziff. 5 b, **4** Ziff. 5 b, **3** Ziff. 5 b, **2** Ziff. 8 c). a) **RG.** LeipzZ. **09** 544 Ziff. 10. Das BG. hat, ausgehend von den in **RG. 66** 419 ff. (JDR. **6** Ziff. 4 c) hervorgehobenen Grundsätzen, festgestellt, daß eine die Nachfristsetzung erübrigende Erfüllungsweigerung nicht vorliege, da die Möglichkeit nicht ausgeschlossen gewesen sei, daß bei Setzung einer Nachfrist die Klägerin doch noch geliefert haben würde; sie habe keineswegs die Verhandlungen schroff abgebrochen, sondern erneut eine Einigung angestrebt. b) **RG.** R. **09** Ziff. 1283. Der Setzung einer Frist bedarf

es nicht, wenn der andere Teil sich endgültig und bedingungslos vom Vertrage losgesagt hat, also eine ganz bestimmte Erfüllungsweigerung in dem Sinne vorliegt, daß demgegenüber die Fristsetzung als leere Form erscheinen und, ohne Aussicht auf Erfolg zu bieten, die Möglichkeit anderweiter Deckung nur zwecklos hinausschieben würde. Im Streitfalle lag eine derartige Weigerung nicht vor, vielmehr hat der Beklagte erwarten dürfen, daß der Kläger sich zunächst darüber erkläre, was er denn geliefert haben wolle. **c)** R. **09** Ziff. 1850 (Hamburg). Die Erklärung des Verkäufers, nicht weiter liefern zu wollen, bis die früheren Lieferungen bezahlt seien, enthält keine endgültige Erfüllungsweigerung; der Verkäufer hat sich nicht endgültig vom Vertrage losgesagt, sondern nur der irrigen Auffassung Ausdruck gegeben, daß der Käufer im Verzuge sei.

11. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **7** Ziff. 9, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 11). **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 478 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 3317. Unter Marktpreis bei abstrakter Schadensberechnung ist der Preis zu verstehen, den der Verkäufer bei einem Weiterverkaufe hätte erzielen können. Er bestimmt sich durch den Durchschnittspreis, der sich aus der Vergleichung einer erheblichen Anzahl an einem bestimmten Orte zu der maßgebenden Zeit über Ware der betreffenden Art und Güte geschlossenen Kaufverträge als der gemeine Wert dieser Art ergibt. Unerheblich ist, ob amtliche Preisnotierungen stattfinden oder nicht. Bestehen amtliche oder zuverlässige private Preisnotierungen, so können diese der Regel nach ohne weiteres als Grundlage der Entscheidung dienen, so daß derjenige, der sich auf sie beruft, eines weiteren Beweises überhoben ist; unbedingte, den Beweis ihrer Unrichtigkeit ausschließende Geltung können sie aber nicht beanspruchen. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 143 Ziff. 19. Nach der Rechtsprechung kann der Käufer über die Fälle des Fixgeschäfts hinaus von dem säumigen Käufer den abstrakten Schaden fordern. Hiermit ist eine Verpflichtung zur Eindeckung mit billigerer Ware, die angeblich am Wohnorte des Verkäufers zu beschaffen gewesen sein soll, nicht vereinbar. Dadurch wird die Anwendung des § 254 nicht ausgeschlossen, wenn die Verhältnisse mit Rücksicht auf die im kaufmännischen Verkehr erforderliche Sorgfalt dringend darauf hinweisen, einer Ausdehnung des Schadens vorzubeugen. Die bloße Behauptung, der Käufer habe sich die Ware billiger verschaffen können, ist daher nicht zu beachten. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 3524. Beim Vorliegen der „besonderen Umstände" im Sinne des § 252 kann der abstrakten Schadenberechnung auch der Marktpreis zu einer späteren Zeit als dem Ende der gemäß § 326 gesetzten Nachfrist zugrunde gelegt werden. (Absicht der Parteien, daß der Käufer mit den Kuxen auf eine nach der Lieferung zu erwartende Kurssteigerung spekulieren sollte.) **d)** **RG.** LeipzZ. **09** 321 Ziff. 4, HoldheimsMSchr. **09** 216, R. **09** Ziff. 446. Bei Berechnung des abstrakten Schadens bei marktgängiger Ware besteht an sich keine Pflicht zur Vornahme eines Deckungskaufs; dem Käufer steht der Anspruch auf den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis oder dem Verkäuflichkeitspreise zu. Unter besonderen Umständen, wenn es sich um einen außerordentlichen, vom Gegner nicht vorauszusehenden Schaden handelt, kann jedoch dem Käufer die Vornahme eines Deckungskaufs angesonnen werden (§ 254 Abs. 2) (Schadensberechnung unter Zugrundelegung eines kraft besonderer Umstände [Absatz im kleinen] ausnahmsweise hohen Verkäuflichkeitspreises). **e)** **RG.** LeipzZ. **09** 320 Ziff. 3. Der Käufer kann den Schaden abstrakt nach dem Unterschiede zwischen dem Verkäuflichkeitspreise der Ware und dem Vertragspreis auch dann berechnen, wenn er die Ware zur Verwendung in seinem Betriebe gekauft hatte, nach zutreffender Vertragsauslegung aber auch zum Weiterverkaufe berechtigt gewesen wäre. **f)** **RG.** LeipzZ. **09** 854 Ziff. 18. Ein Urteil, das, soweit es den Schadensersatz nach § 326 BGB. zugesprochen hat, nicht haltbar ist, kann in der Revisionsinstanz nicht gemäß § 563 ZPO. bezüglich des Verzugsschadens nach § 286 BGB. aufrechterhalten werden. **g)** R. **09** Ziff. 646 (Hamburg).

Der Verkäufer, der wegen Zahlungsverzugs Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, ist berechtigt, die noch nicht gelieferte Ware zur Schadensdeckung zu verkaufen. Doch geht dieser „Selbsthilfeverkauf" nicht auf Rechnung des Käufers, sondern des Verkäufers, und dieser ist nicht verpflichtet, einen etwaigen Überschuß an den Käufer abzuliefern. **h)** OLG. **19** 396 (Hamburg). Ob der Verkäufer, der zum Selbsthilfeverkaufe sowohl aus § 373 HGB. wie aus § 326 BGB. berechtigt ist, im einzelnen Falle dieses oder jenes Recht ausgeübt hat, ist Tatfrage. **i)** R. **09** Ziff. 1284 (Braunschweig). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nur auf Geldentschädigung, nicht auf nachträgliche Vertragserfüllung gerichtet werden. **k)** R. **09** Ziff. 1461 (Hamburg). Hat der Verkäufer beim Annahmeverzuge des Käufers diesen auf Grund eines gemäß § 373 HGB. vollzogenen Selbsthilfeverkaufs in Anspruch genommen, so stellt der Übergang zu einem gemäß § 326 BGB. erhobenen Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung eine Klagänderung dar.

12. Teilweise Nichterfüllung. **a) RG.** SeuffA. **64** 260, Gruchots Beitr. **53** 941, JW. **09** 71 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 232 Ziff. 24, R. **09** Ziff. 4444. Für die Anwendung des § 325 bei teilweiser Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob der andere Teil kein Interesse daran hat, daß der Vertrag erfüllt wird, soweit seine Erfüllung möglich geblieben ist. Die entsprechende Anwendung für den Verzugsfall (§ 326) führt dahin, daß der nicht säumige Teil nachweisen muß, daß die Erfüllung des Vertrags, soweit sie bewirkt worden ist, beim Ausbleiben der Resterfüllung für ihn kein Interesse hat. **b) RG.** R. **09** Ziff. 443. Satz 3 hat auch den Fall im Auge, wo die Teilerfüllung schon vor Setzung der Nachfrist bewirkt war (**RG. 50** 141 [JDR. **1** Ziff. 13]). **c) RG.** R. **09** Ziff. 1282. Ein Vertrag, durch den sich jemand zur Abtretung eines Teiles des Geschäftsanteils an einer GmbH. verpflichtet, ist nicht nur teilweise, sondern im ganzen nicht erfüllt, wenn der Schuldner zwar die Abtretungserklärung abgibt, aber die Genehmigung der Gesellschaft zu beschaffen unterläßt. **d) RG.** R. **09** Ziff. 659. Die Frist aus §§ 326, 634 ist auch dann versäumt, wenn vor ihrem Ablaufe die Lieferung zwar angeboten wurde, aber nicht so, wie sie zu bewirken war, so daß durch ihre Zurückweisung der andere Teil nicht in Gläubigerverzug kommt. Freilich sind Fälle denkbar, wo es Treu und Glauben widersprechen würde, wenn der Besteller aus einem völlig geringfügigen Mangel den Vorwand zur Zurückweisung des Werkes entnehmen wollte.

13. Rücktritt von einem Teile des Vertrags (s. JDR. **7** Ziff. 11). **RG.** GruchotsBeitr. **53** 945, JW. **09** 191 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 1107. Die Entsch. **RG. 67** 103 ff. (JDR. **7** Ziff. 11) stützt sich im wesentlichen auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß gewöhnlich ein einheitlicher Vertrag auch nur einheitlich stehen und fallen soll, und die daraus gezogene Folgerung, daß auch in den Fällen der §§ 325, 326 bei teilweiser Nichterfüllung eines einheitlichen Vertrags nicht von einem Teile zurückgetreten, bei einem anderen stehen geblieben werden könne. Die Anwendung dieses Grundsatzes beschränkt sich nicht auf Bierlieferungsverträge; sie wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der zurücktretende Teil durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles zum Rücktritte bewogen worden ist.

14. Anspruch auf Erfüllung (s. JDR. **7** Ziff. 13). **RG.** R. **09** Ziff. 21. Die Annahme, daß der Schuldner sich nach Fristablauf oder gar nach Klagezustellung noch zur Erfüllung erbieten könne und der Gläubiger durch Nichtannahme des ihm nachträglich gemachten Erfüllungsangebots seinen Schadensersatzanspruch verwirkt habe, ist rechtsirrig. Hat der Gläubiger gemäß § 326 Schadensersatz wählen zu wollen erklärt, so braucht er Erfüllung nicht mehr anzunehmen. Von Arglist des Klägers (Gläubigers) oder Anwendung des § 254 kann nicht die Rede sein.

15. Kein Interesse (s. JDR. **7** Ziff. 14, **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 8). **a) RG. 70** 127 ff. (131), R. **09** Ziff. 225. Der Fall des § 326 Abs. 2 liegt nicht vor, wenn das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung zwar infolge der Nicht-

erfüllung von seiten des Schuldners, aber schon vor der Inverzugsetzung desselben in Wegfall gekommen ist. Die Vorschrift setzt vielmehr voraus, daß das Interesse infolge des Verzugs weggefallen ist. **b)** **RG.** SeuffA. **64** 260, SeuffBl. **09** 665, Gruchots Beitr. **53** 941, R. **09** Ziff. 440. Das Interesse an der Erfüllung des Vertrags deckt sich nicht mit dem Interesse an der Leistung des anderen Teiles. Lediglich auf das erstere Interesse, nämlich dasjenige an der Leistung gegen die Gegenleistung kommt es in den Fällen des § 325 Abs. 1 Satz 2 und des § 326 Abs. 1 Satz 3 an. **c)** **RG.** **70** 127 ff., R. **09** Ziff. 224. Ein mit alten Maschinen Handel treibender Käufer hatte eine Lokomotive zum Zwecke des Weiterverkaufs an einen Dritten angesteigert. Infolge Verzugs des Verkäufers war der Dritte von dem mit dem Käufer geschlossenen Vertrage zurückgetreten. Der Einwand des Käufers, daß infolge dieses Rücktritts die Lieferung der Lokomotive für ihn kein Interesse habe, ist rechtlich einwandfrei für unbegründet erklärt, da für den Käufer vermöge seines Geschäftsbetriebs die naheliegende Möglichkeit bestand, einen vorteilhaften anderweiten Verkauf der Maschine zustande zu bringen. **d)** OLG. **18** 4 (Dresden). Nicht erforderlich ist, daß der Leistungsverzug die einzige Ursache des Fortfalls des Interesses sei, vielmehr wird Abs. 2 nicht dadurch ausgeschlossen, daß andere Umstände, auch eigene Handlungen des nicht Säumigen, mitgewirkt haben. (Wegfall des Interesses infolge des Verzugs und eines nachher eingetretenen Brandes.)

16. **RG.** LeipzZ. **09** 853 Ziff. 14. Ist beantragt, den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung für nichtig zu erklären, so ist gemäß § 308 ZPO. das Gericht nicht befugt, den Vertrag in dem Sinne für verbindlich zu erklären, daß dem Kläger statt der sich aus der Nichtigkeit des Vertrags ergebenden Rechte die Befugnisse der §§ 326, 327, 346—356 BGB. zustehen sollen.

17. **RG.** JW. **09** 486 Ziff. 6. Das Rücktrittsrecht des § 326 ist im Verhältnisse zu dem Anfechtungsrechte der §§ 123, 142 nicht ein minus, sondern ein aliud. Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung schließt daher nicht die Geltendmachung eines dem Getäuschten etwa zustehenden Rechtes, wegen Verzugs des Gegners von dem Vertrage zurückzutreten, in sich.

18. **RG.** R. **09** Ziff. 645. In einem vom Fideikommißbesitzer über Einräumung der Salzgewinnung geschlossenen Vertrag ist bestimmt, daß, falls der Verpflichtung des Fideikommißbesitzers zur Beschaffung der Genehmigung der Fideikommißberechtigten und der Behörden nicht nachzukommen sein sollte, der Vertrag erlöschen solle. Hiernach soll nicht schon die Nichterfüllung, sondern die Nichterfüllbarkeit jener Verpflichtung den Vertrag hinfällig machen. Bloßer Verzug des Fideikommißbesitzers kann erst unter den Voraussetzungen des § 326 zur Auflösung des Vertrags führen.

19. BayRpflZ. **09** 153 (Zweibrücken). Art. 42 BayAGBGB. ist dahin auszulegen, daß für den Leibgedingsvertrag das durch § 326 BGB. gewährte Rücktrittsrecht schlechthin ausgeschlossen ist.

§ 327. Rücktritt vom Vergleiche: s. u. zu § 346 Ziff. 1.

§ 328. Literatur: Heinsheimer, Zum Prozesse der Radboder Witwen, DJZ. **09** 422—424.

1. Heinsheimer aaO. behandelt im Anschluß an einen Einzelfall die Frage, nach dem rechtlichen Verhältnisse zwischen den Veranstaltern einer öffentlichen Sammlung und deren Destinatären, insbesondere die Frage, ob den Destinatären ein Anspruch auf bestimmungsmäßige Auszahlung der Gelder den Sammlern gegenüber zusteht. Ein solcher Anspruch ist nur dann begründet, wenn nach Lage des Falles ein von den Sammlern abgegebenes, gemäß § 328 Abs. 2 die Destinatäre unmittelbar berechtigendes Versprechen der Leistung an einen Dritten (Auftrag der Spender an die Sammler) als vorliegend angenommen werden kann.

2. Josef, DJZ. **09** 761—763 behandelt die Versicherung von Kundenwaren durch Handwerker (vgl. OLG. Colmar, JDR. **7** Ziff. 5) unter der Geltung des

Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag. Die Rechtsverhältnisse entscheiden sich nach den Vorschriften über die Versicherung für fremde Rechnung mit unbestimmten Berechtigten (§§ 74—80 VVG.).

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 149 ff., 164 ff.: Übernimmt ein Dritter gegenüber dem Schuldner die Verpflichtung, den Gläubiger zu befriedigen und soll hierdurch dem Gläubiger ein eigener Anspruch eingeräumt sein, so liegt Erfüllungsübernahme, verbunden mit gesamtschuldnerischem Eintritt in die Urschuld (kumulative Schuldübernahme) vor. Maßgeblich auch für die letztere sind solchenfalls die §§ 328 ff., vor allem 333, 334.

4. **RG. 71** 184 ff. (187), JW. **09** 388 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 1871. Hat der Schuldner nach Vereinbarung mit dem Gläubiger ein Schuldanerkenntnis unter Nichterwähnung seiner Gegenforderungen zu dem Zwecke gegeben, damit die anerkannte Forderung an einen Dritten verpfändet werde und dieser sich daraus bezahlt mache, so ist als Willensmeinung der Vertragschließenden anzunehmen, daß der anerkennende Schuldner zugunsten des Dritten auf die Aufrechnung von Gegenforderungen verzichtet hat, die ihm zur Zeit des Anerkenntnisses zur Seite standen, und deren Geltendmachung das dem Dritten zu verschaffende Recht auf Einziehung der Forderung vereiteln würde. Aus dieser Vereinbarung erwirbt der Dritte gemäß § 328 das Recht, selbständig dem Schuldner diesen Verzicht auf die Aufrechnung entgegenzusetzen. S. auch u. zu §§ 387, 388 Ziff. 4 b.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2374. Ist vereinbart, daß die Raten eines Baudarlehns nicht an den Bauherrn selbst, sondern zwecks Sicherung der sachgemäßen Förderung des Baues an einen Treuhänder auszuzahlen seien, so ergibt sich daraus noch nicht, daß die Bauhandwerker ein direktes Klagrecht gegen den Treuhänder haben sollen.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 23. Die Abmachung zwischen einem Angestellten und einem Dritten auf Deckung einer von ersterem unterschlagenen Darlehnsvaluta durch Zahlung an den Darlehnsgeber gegen Abtretung des Darlehnsanspruchs ist kein Vertrag zugunsten des geschädigten Geschäftsherrn.

7. RJA. **9** 263, SeuffBl. **09** 248, R. **09** Ziff. 955 (KG.). Durch einen gemäß § 328 geschlossenen Vertrag kann ein Wiederkaufsrecht auch zugunsten einer anderen Person als des Verkäufers, und zwar auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, bedungen werden.

8. R. **09** Sp. 519 (KG.). Ist in einem Grundstückskaufvertrage gemäß § 328 Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten vereinbart, so ist der Abtretungsstempel der Tarifstelle 2 PrStStG. selbst dann nicht zu erheben, wenn der wirtschaftliche Erfolg des zugunsten des Dritten geschlossenen Vertrags sich mit dem einer Abtretung des Kaufpreises an den Dritten deckt.

9. SächsRpflA. **09** 593, R. **09** Ziff. 3537 (Dresden). Dadurch, daß jemand in der Absicht, nach seinem Tode einem anderen einen Betrag zuzuwenden, diesen Betrag in ein auf den Namen des anderen ausgestelltes Sparkassenbuch einzahlt, erlangt der andere noch keine Rechte auf die Aushändigung des Buches und die Auszahlung des Betrags.

10. Übergangsvorschriften. **RG.** JW. **09** 10 Ziff. 1. Soweit nach früherem Rechte (ALR.) der Dritte ein eigenes Recht erst durch den Beitritt zum Vertrag erwirbt, bedarf es bei einem früher geschlossenen Vertrage dieses Beitritts auch nach dem Inkrafttreten des BGB. Die Beitrittserklärung bedarf gemäß der Regel, daß in Ansehung der Form jedes Rechtsgeschäfts nach dem zur Zeit der Vornahme geltenden Rechte zu beurteilen ist, nach dem Inkrafttreten des BGB. keiner besonderen Form.

§ 329. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 310 ff. Von der Erfüllungsübernahme war zu scheiden das dem Schuldner (A.) von seinem Schuldner (B.) gegebene Versprechen, die dem ersteren (A.) geschuldete Leistung an dessen Gläu-

biger (G.) abführen zu wollen. Verf. nennt diesen Vertrag „Drittgläubigerleistungsvertrag", weil die ursprüngliche Schuldleistung an dem Gläubiger des Gläubigers, also einem Dritten, bewirkt wird. Nicht Erfüllungsübernahme, vielmehr Drittgläubigerleistungsvertrag ist im Zweifel dann beabsichtigt und anzunehmen, wenn der Promittent dem Versprechensempfänger vom Hause aus eine mit der vom letzteren dessen Gläubiger geschuldeten Schuld wesentlich gleichartige Schuld schuldet, und wenn Bestand und Umfang der ursprünglichen Schuld des Promittenten unter den Vertragsparteien mehr oder weniger gewiß sind.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 149 f., 164 ff.: s. o. zu § 328 Ziff. 3.

Zu §§ 330 ff. Literatur: Berliner, Die Lebensversicherung zugunsten Dritter, LeipzZ. **09** 115—129, 198—204, 283—293, 366—379. — Emminghaus, Die Lebensversicherung zugunsten Dritter; Schenkung? LeipzZ. **09** 454—455. — Gößmann, Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten bei der Lebensversicherung auf Todesfall, ZVers. Wiss. **9** 139 ff., 331 ff. — Harrer, Die Lebensversicherungen der Ehegatten und ihre erb- und güterrechtlichen Wirkungen, BadNotZ. **09** 1—12.

1. Lebensversicherungsverträge (s. JDR. **7** zu §§ 330 ff., **6** zu §§ 330 ff., **5** zu § 330 Ziff. 3, 4, **4** zu § 330 Ziff. 1—3, **3** zu § 330 Ziff. 1—6). Berliner aaO. behandelt die Lebensversicherung zugunsten Dritter unter zusammenfassender Darstellung des deutschen VVG., des schweizerischen Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag von 1908, des französischen Projet de loi, relatif au Contrat d'assurance, 1. Entw. 1904, 2. Entw. 1906, und des österreichischen Entwurfes eines VVG. von 1907. Er geht von folgenden Fragen aus: A. Unter welchen Voraussetzungen wird eine Verfügung des Versicherungsnehmers als Bezeichnung eines bestimmten Begünstigten angesehen? B. Welche Rechtsstellung wird dem Begünstigten zuerkannt und welche Beschränkungen der Rechte des Versicherungsnehmers hat diese Rechtsstellung zur Folge? C. Welches sind die Wirkungen der unter A und B dargestellten Rechtsverhältnisse des Lebensversicherungsvertrags zugunsten Dritter gegenüber anderen an dem Vertrage mittelbar interessierten Personen, namentlich den Gläubigern des Versicherungsnehmers und den Nachlaßgläubigern? — Zu A. (Bezeichnung des Begünstigten) (121—129) wird die Form erörtert, in der die Bezeichnung des Begünstigten zu erfolgen hat, und der Inhalt, den die Erklärung aufweisen muß, um als Bezeichnung eines Dritten zu gelten. Insbesondere: Verfügung zugunsten des Ehegatten, der Kinder, der Hinterbliebenen, der Erben, der Rechtsnachfolger. Verf. gelangt — abgesehen vom französischen Rechte — zu dem Ergebnisse: Jede Lebensversicherung gilt im Zweifel als zugunsten Dritter genommen, wenn der Versicherungsnehmer den Anspruch auf die Leistung des Versicherers nicht selbst erwirbt; als bezugsberechtigt sind, sofern kein bestimmter Begünstigter bezeichnet oder der versicherte Anspruch von diesem nicht erworben wurde, in der Regel die Erben des Versicherungsnehmers anzusehen (129). — Zu B. (Rechtsstellung des Begünstigten und deren Einwirkung auf die Rechte des Versicherungsnehmers) (198—204). Nach dem in der Hauptsache übereinstimmenden Rechte der zur Darstellung gebrachten Kodifikationen erwirbt der Begünstigte im Zweifel 1. bei Fälligkeit des Versicherungsanspruchs ein selbständiges, unmittelbar auf den Versicherungsvertrag gegründetes Recht auf die versicherte Leistung, dagegen besitzt er 2. vor der Fälligkeit des Versicherungsanspruchs keinerlei Rechte, sondern eine bloße Hoffnung oder Anwartschaft. Schon vor der Fälligkeit kann der Begünstigte ein selbständiges Recht gegen den Versicherer erwerben durch den Ausschluß der Widerruflichkeit oder den Verzicht des Versicherungsnehmers auf den Widerruf der Begünstigung; denn diese Verfügungen entkräften die gesetzliche Auslegungsregel, nach welcher der Rechtserwerb des Begünstigten im Zweifel erst mit der Fälligkeit des Versicherungsanspruchs eintritt. Die Form des Verzichts (nach deutschem Rechte formlose Erklärung gegen-

über dem Versicherer oder dem Begünstigten) (202) und seine Wirkungen hinsichtlich der Rechtsstellung des Begünstigten und derjenigen des Versicherungsnehmers (202—204) werden näher dargestellt. Zu C. (Rechte der Gläubiger des Versicherungsnehmers und der Nachlaßgläubiger) (283—293, 366—379). Zu den Fragen des Interessenkonflikts zwischen den Gläubigern des Versicherungsnehmers und dem Begünstigten haben die neuen Kodifikationen keine einheitliche Stellung genommen. Mit Rücksicht hierauf gibt Verf. eine Übersicht über die in der bisherigen Theorie und Praxis hervorgetretenen Auffassungen, nämlich 1. den Vorschlag der Scheidung zwischen privilegierten — namentlich zugunsten von Angehörigen geschlossenen — und nicht privilegierten Versicherungsverträgen (284—286), 2. die Forderung, daß dem Zugriffe der Gläubiger nie mehr und nie weniger als die Prämienreserve — praktisch betrachtet der Rückkaufpreis — offen stehen müsse (286—288), 3. die mit Rücksicht auf den Versorgungszweck der Versicherung erfolgte einseitige Betonung der Interessen des Begünstigten (288—290). Im Anschluß an jede dieser Auffassungen wird unter Heranziehung des allgemeinen Anfechtungsrechts die in den neuen Kodifikationen gegebene Regelung untersucht (290 ff., 366 ff., 376 ff.).

2. *Gößmann, ZVersWiss. **9** 139 ff., 331 ff. Bei Lebensversicherung zugunsten der Kinder, der Witwe, „der Erben", eines nasciturus oder nondum conceptus erwerben diese als Dritte, nicht als Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme. Anders bei der Lebensversicherung ohne Begünstigtenbezeichnung. Lebensversicherung zu eigenem Gunsten. Dazu gehört auch die auf den Inhaber gestellte Lebensversicherung, bei der der stillschweigenden Selbstbezeichnung nur noch die Legitimationsklausel des § 808 BGB. angefügt ist. Die Begünstigtenbezeichnung kann im Zweifel durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung vorgenommen, widerrufen, ersetzt werden. Auch in der Verpfändung liegt ein Widerruf. Pfändung des Widerrufsrechts ist möglich; es ist kein höchstpersönliches Recht.

3. Harrer, BadNotZ. **09** 1 ff., behandelt die Lebensversicherung der Ehegatten unter Zugrundelegung der Bestimmungen des VVG.

4. Emminghaus aaO.: Die mit animus donandi geschlossene Lebensversicherung zugunsten eines Dritten ist nicht Schenkung, sondern eine unentgeltliche Zuwendung sui juris. Denn die Zuwendung erfolgt nicht „aus dem Vermögen" des Versicherungsnehmers, und ferner tritt eine „Bereicherung" des Dritten nicht durch die zu seinen Gunsten geschlossene Versicherung ein, sondern erst in deren Folge, wenn die Versicherung zur Zahlung führt.

5. ElsLothJZ. **09** 131 (Colmar). Die Bestimmung eines Lebensversicherungsvertrags, daß die Versicherungssumme an die „ayants droit" des Versicherungsnehmers zu zahlen sei, enthält nicht die Bezeichnung eines bezugsberechtigten Dritten.

6. KGBl. **09** 46 (KG.). Auslegung der Bedingung einer Lebensversicherung, daß die Zahlung „an die Erben" erfolgen solle. Da für die Versicherungsgesellschaft die Person des Bedachten regelmäßig unerheblich ist, ist in erster Linie der Wille des Versicherungsnehmers zu erforschen.

7. **RG.** SeuffA. **64** 258, LeipzZ. **09** 244 Ziff. 5 s. bereits JDR. **7** Ziff. 2, 3.

§ 330. **RG.** R. **09** Ziff. 1285. In einem Gutsübergabevertrage hat sich der übernehmende Sohn seinen Eltern gegenüber verpflichtet, als Abfindung für seine minderjährige Schwester an die Eltern bestimmte Beträge zu zahlen. Hierin ist regelmäßig ein Vertrag zugunsten der Schwester zu finden.

§ 331. 1. **RG. 71** 325 ff., JW. **09** 458 Ziff. 13, DJZ. **09** 1145, R. **09** Ziff. 2629. Ist eine Lebensversicherung zugunsten eines Dritten mit der Klausel „unwiderruflich" genommen, so ist als Willensrichtung der Kontrahenten anzunehmen, daß der Dritte das Recht bereits mit dem Abschlusse des Vertrags erwirbt.

2. **RG. 71** 325 ff., JW. **09** 458 Ziff. 13, DJZ. **09** 1145. Hat der bei einem Lebensversicherungsvertrag unwiderruflich begünstigte Dritte dem Versicherungsnehmer die Zustimmung zu einer Verpfändung der Forderung aus der Versicherung erteilt, so kann hierin nicht ohne weiteres eine Vereinbarung der Aufhebung der Begünstigung gefunden werden.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1942. Da bei einer Lebensversicherung der begünstigte Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt, ist dieser bis dahin zur Verfügung über die Forderung aus der Versicherung, insbesondere zur Abtretung, berechtigt.

§ 332. Berliner, LeipzZ. **09** 122 Anm. 13, 199: Die Vorschrift ist auf den Fall analog anzuwenden, daß im Vertrage kein Begünstigter bezeichnet war.

§ 339. 1. Allgemeines (vgl. JDR. **7** Ziff. 2). **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 796. Eine allgemein gefaßte Konventionalstrafbestimmung greift dann nicht Platz, wenn das Interesse des Gläubigers durch die Vertragsverletzung nicht oder nur ganz unerheblich berührt wird (JW. **04** 139). Es ist aber Sache des Schuldners, darzutun, daß hiernach eine begangene Vertragsverletzung nach Treu und Glauben nicht unter die Strafbestimmung subsumiert werden darf. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2788. Ist der Verfall einer Vertragsstrafe an die Überschreitung einer bestimmten Ziffer — anderwärtiger Warenbezug — geknüpft, so verstößt es regelmäßig nicht gegen die guten Sitten, wenn die Strafe auch bei einer geringfügigen Überschreitung begehrt wird. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 199 (Hamburg). Hat der Verkäufer eines Grundstücks für den Fall, daß er seine Verpflichtung nicht prompt erfülle, eine Konventionalstrafe versprochen, so trifft, da die Vertragsstrafe ein zukünftiges Tun oder Unterlassen sicherstellen soll, das Strafversprechen nicht den Fall, daß dem Grundstücke die zugesicherten Eigenschaften fehlen.

2. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 2). **a)** Konkurrenzverbot. α. **RG.** R. **09** Ziff. 3029. Die Verpflichtung, sich nicht an einem Konkurrenzgeschäfte zu beteiligen, ist nicht notwendig im Sinne einer rechtlichen Beteiligung zu verstehen. Eine Zuwiderhandlung kann darin liegen, daß der Verpflichtete unentgeltlich das Konkurrenzgeschäft seines Sohnes unterstützt. β. **RG.** LeipzZ. **09** 311 Ziff. 15. Ein Rechtssatz, daß Konkurrenzklauseln niemals ausdehnend ausgelegt werden dürften, besteht nicht. Auch bei Vertragsstrafen ist ohne Haften am buchstäblichen Sinne der wirkliche Wille zu erforschen und eine Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte geboten. γ. R. **09** Ziff. 3741 (Braunschweig). Ob unter der verbotenen Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft auch eine unentgeltliche Beteiligung zu verstehen ist, muß nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. δ. LeipzZ. **09** 82 Ziff. 1 (Colmar). Auslegung einer Klausel, in welcher „für jeden Fall der Zuwiderhandlung" gegen ein Versprechen der Unterlassung von Reklame eine Vertragsstrafe vereinbart ist; Reklame durch Rundschreiben an eine Mehrheit von Interessenten. **b)** R. **09** Ziff. 226 (Dresden). Wird ein Vertragsformular, in dem eine bis auf den Strafbetrag vollständige Strafbestimmung enthalten ist, in blanco unterzeichnet und die Ausfüllung dem vermittelnden Agenten überlassen, so gilt der Agent als ermächtigt, den Betrag der Strafe in üblicher Höhe einzusetzen. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 2356. Wird bei einem Dienstvertrage für den Fall, daß ein Vertragsteil berechtigten Anlaß zu vorzeitiger Aufhebung des Vertrags gibt, dem schuldigen Teile eine Vertragsstrafe auferlegt, so verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn die Vertragsstrafe anders geregelt wird für den Fall, daß der Arbeitnehmer zu seiner Entlassung Grund gibt, als für den Fall grundloser Entlassung; denn die Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers an Innehaltung des Vertrags sind wesentlich verschieden.

3. Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. a) SeuffA. **64** 30 (KG.). Für Streitigkeiten über eine für den Nichtantritt eines

Arbeitsverhältnisses bedungene Vertragsstrafe sind die Gewerbegerichte zuständig. **b)** OLG. 18 43 (Düsseldorf). Für Streitigkeiten über die Vertragsstrafe aus einem das Verhalten der Handlungsgehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses regelnden Konkurrenzverbote sind die Kaufmannsgerichte zuständig.

Zu §§ 340, 341. 1. Anspruch auf Vertragsstrafe und Anspruch auf Erfüllung bei Unterlassungspflichten. **a)** **RG. 70** 439 ff., JW. **09** 273 Ziff. 6, LeipzZ. **09** 468 Ziff. 17, DJZ. **09** 713, R. **09** Ziff. 1463. Die Bestimmungen der §§ 340, 341 sind grundsätzlich auch auf die Unterlassungspflichten anwendbar. Nun ist mitunter nach Verletzung der Unterlassungspflicht ein Anspruch auf Erfüllung begrifflich ausgeschlossen. In anderen Fällen, in denen sich die Verletzung rückgängig machen läßt (z. B. Versprechen, eine Sache nicht an einen Dritten zu veräußern), würde die Rückgängigmachung mit dem Erfüllungsanspruch gefordert werden können. Aus der Anwendung des § 340 ergibt sich dann, daß die Forderung erlischt, sobald der Gläubiger die Vertragsstrafe verlangt. Überall jedoch, wo ein länger dauerndes Unterlassen geschuldet wird, das die Möglichkeit wiederholter Zuwiderhandlung bietet, — Wettbewerbsverbot —, muß außer § 340 auch § 341 in Betracht gezogen werden, wonach, wer eine Strafe für nicht gehörige Erfüllung bedungen hat, die Erfüllung kumulativ neben der Strafe fordern darf. Welchem der beiden Paragraphen die Verletzung einer derartigen Unterlassungspflicht zu unterstellen ist, hat sich danach zu richten, ob mit der Vertragsstrafe das Interesse an der ganzen Unterlassung gedeckt werden sollte, oder nur das Interesse am Unterbleiben einer einzelnen Zuwiderhandlung. **b)** Die gleiche Entscheidung führt über Anwendung der Grundsätze zu a auf gewerbliche Wettbewerbsverbote aus: Bei einem Wettbewerbsverbote wird oft die Höhe der Strafe den einzigen Anhalt bilden, um zu ermitteln, ob der Tatbestand des § 340 gegeben ist. Dabei bringt es die Eigenart derartiger Stipulationen mit sich, daß bei Bejahung der Subsumtionsfrage doch eine von § 340 abweichende Ausgestaltung der Rechtsfolgen dem Wesen der Sache entsprechen kann. Mitunter wird sich, auch unter anderen Voraussetzungen als denen des § 75 Abs. 2 HGB., als Parteiwille feststellen lassen, daß der Gläubiger bei Verletzung des Konkurrenzverbots nur die verwirkte Strafe verlangen darf (BolzePrax. **16** Nr. 385). Näher wird es noch liegen, das Verhältnis dahin aufzufassen, daß der Schuldner, wie bei einem eigentlichen Reugelde (§ 359), die Befugnis hat, sich durch Entrichtung des Geldes von dem Verbote zu befreien, wobei die Zahlung den Charakter der Vertragsstrafe und die Ermäßigungsmöglichkeiten des BGB. § 343, HGB. §§ 348, 351 nicht einzubüßen braucht. Bei der dispositiven Natur des § 340 BGB. können die Resultate der früheren Rechtsprechung unter dem neuen Rechte festgehalten werden (vgl. **RG. 33** 141, **40** 100, Bolze **19** Nr. 494, JW. **02** Beil. 250 [JDR. **1** Ziff. 7 zu § 339]). — Ist jedoch, wie im vorliegenden Falle, die Vertragsstrafe „für jeden Fall der Zuwiderhandlung" vereinbart, so ist nicht § 340, sondern § 341 BGB. anwendbar, so daß bei einer Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe und daneben Unterlassung weiterer Zuwiderhandlungen, und bei nochmaliger Kontravention die Strafe von neuem verlangt werden kann.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 415 ff.: Über Verwirkung von Vertragsstrafen im Falle des Gesamtschuldverhältnisses.

§ 340. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1109. Eine vertragsmäßig nach „abgelaufenen Wochen" bedungene Vertragsstrafe darf nicht nach Wochenbruchteilen ausgeworfen werden.

2. Zu Abs. 1 Satz 2. **RG.** R. **09** Ziff. 1659. Der Anspruch auf Erfüllung ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er neben der Vertragsstrafe zugleich Vertragserfüllung verlange.

§ 341. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1660. Wie das RG. betreffend die Auslegung unter Konventionalstrafe gestellter gewerblicher Konkurrenzverbote — sei es zwischen selbständigen Gewerbetreibenden, sei es zwischen Prinzipalen und Handlungs- oder Gewerbegehilfen, — für das frühere Recht ständig angenommen hat, kann der Verpflichtete sich von der ihm auferlegten Beschränkung durch die festgesetzte Strafleistung dann freimachen, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen. Diese Auslegung ist bezüglich der Gewerbegehilfen, für die insoweit eine gesetzliche Änderung seit 1900 nicht getroffen ist, weiter zu beachten.

2. Zu Abs. 3. a. **RG.** R. **09** Ziff. 3742. Die Bestimmung des Abs. 3 bezweckt lediglich, daß das Strafversprechen als erledigt gelten soll, wenn der Gläubiger bei der Annahme der Leistung nicht darauf zurückgekommen ist. Dadurch sind aber Vereinbarungen nicht ausgeschlossen, die sich auf die bereits verfallene Strafe beziehen und nähere Bestimmungen über sie treffen. Für die auf solche Weise festgelegten und zum Gegenstande neuer Abreden gemachten Ansprüche wird ein Vorbehalt nicht verlangt. Diese Ansprüche sind nicht mehr Nebenforderungen, die nur durch eine entsprechende Erklärung bei dem Empfange der Hauptleistung erhalten werden können; sie sind vielmehr dieser gegenüber selbständig gemacht und darum auch dann verfolgbar, wenn der Kläger demnächst die Hauptleistung angenommen hat, ohne ihrer zu gedenken. **b)** SchlHolstAnz. **09** 217 (Kiel). Der Vorbehalt einer Vertragsstrafe für verspätete Erfüllung braucht bei der Annahme der Erfüllung dann nicht ausdrücklich wiederholt zu werden, wenn in den der Erfüllung vorangehenden Verhandlungen deutlich zum Ausdrucke gebracht ist, daß die Annahme der verzögerten Erfüllung nur unter Vorbehalt der Vertragsstrafe erfolgen werde. **c)** R. **09** Ziff. 1982 (Hamburg). Annahme im Sinne des Abs. 3 ist Annahme als Erfüllung. Zu einer solchen genügt die — nicht notwendig ausdrückliche — Anerkennung, daß die Erfüllung der Hauptsache nach dem Vertrage entspreche. **d)** R. **09** Ziff. 1982 (Hamburg). Benutzt der Besteller von Maschinen diese nach Ablauf der vereinbarten Probezeit weiter, so nimmt er sie damit in der Hauptsache als Erfüllung an. Er muß sich daher in diesem Augenblick eine Vertragsstrafe wegen verspäteter Lieferung vorbehalten.

§ 342. Literatur: Josef, Das Verhältnis des § 6 des Versicherungsvertragsgesetzes zu den §§ 278, 342 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, GoldschmidtsZ. **65** 191—199.

Josef aaO. gegen Brodmann, GoldschmidtsZ. **63** 577 (Besprechung von Josef, Komm. z. VVG.): Auf Vereinbarungen, nach denen z. B. der Versicherungsnehmer die Entschädigungssumme nur zur Hälfte fordern können oder einen Geldbetrag als Strafe zahlen soll, wenn seine eigenen Dienstboten den Brand verursacht oder das versicherte Tier vernachlässigt haben, findet § 6 VVG. nicht Anwendung, so daß jene Festsetzungen gegen den Versicherungsnehmer gelten, auch wenn ihn an der Handlung seiner Dienstboten kein Verschulden trifft. Denn solche Festsetzungen sind entweder als Vertragsstrafen aufzufassen, denen der Versicherungsnehmer sich ohne Rücksicht auf Verschulden unterwirft, oder als eine zum voraus vereinbarte Begrenzung der Leistungspflicht des Versicherers.

§ 343. 1. **a)** **RG.** JW. **09** 488 Ziff. 9. § 138 Abs. 1 kann unter Umständen auch wegen der Höhe einer Vertragsstrafe angewendet werden (vgl. **RG.** **68** 229 ff. [JDR. **7** Ziff. 1]); er greift jedoch, wie sich aus dem Herabsetzungsrechte des § 343 ergibt, nur dann Platz, wenn zu dem bloßen Mißverhältnisse der Strafhöhe noch etwas weiteres hinzukommt, das dem Vertrag überhaupt den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrückt und ihn im ganzen als vernichtungswürdig erscheinen läßt. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 1651. In der Vereinbarung einer übermäßigen Vertragsstrafe liegt, wie § 343 ergibt, für sich allein nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1607. Wenn ein Gesellschafter beim Ausscheiden aus der

Handelsgesellschaft sich unter Vertragsstrafe verpflichtet, keine Konkurrenz zu machen. so ist eine richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe ausgeschlossen (§ 348 HGB.).

§ 344. R. **09** Ziff. 3319 (Frankfurt). Hat im Anschluß an einen mündlichen Kaufvertrag über ein Grundstück der Verkäufer sich bereit erklärt, die Auflassung noch eine Zeitlang aufzuschieben, während der Käufer sich zur Zahlung einer Geldsumme als Ersatz des dem Verkäufer etwa daraus erwachsenden Schadens verpflichtet hat, daß der Kauf nicht perfekt wird, so liegt ein nach § 344 unwirksames Strafversprechen vor.

Zu §§ 346 ff. Kann aus Abzahlungsgeschäften Herausgabe neben Zahlung verlangt werden? (vgl. JDR. **7** zu §§ 346 ff.). BadRpr. **09** 116 (LG. Freiburg). Bei Abzahlungskäufen ist der Klagantrag des Verkäufers auf Verurteilung zur Zahlung oder Herausgabe unter Rückgängigmachung des Kaufes nicht begründet, da der alternativ geltend gemachte Anspruch die Erklärung des Rücktritts voraussetzt; es hat daher Verurteilung lediglich zur Zahlung zu erfolgen.

§ 346. Literatur: Traumann, Rücktritt vom Vergleiche, R. **09** 62—64.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 366 ff.: Rücktrittsrecht des kumulativen Schuldübernehmers aus der Person des Urschuldners? Grundsatz: Kein eigenes Rücktrittsrecht des Übernehmers um deswillen, weil dem Urschuldner ein solches zusteht; jedoch Überwirkung des vom Urschuldner geltend gemachten Rücktritts auf den Übernehmer. In der selbständigen Geltendmachung des ihm vorbehalten gewesenen Rücktritts wird der Urschuldner durch erfolgende Schuldmitübernahme nicht beschränkt. Ausnahme: S. 369.

2. Traumann aaO.: Erklärt im Falle eines Vergleichs ein Vertragsteil gemäß § 326 den Rücktritt vom Vergleiche, so entsteht für die Vertragsparteien die obligatorische Verpflichtung zur Wiederherstellung des status quo ante. Hat also bei einem Vergleiche, durch welchen auf der einen Seite das Anerkenntnis einer bestimmten Schuld, auf der anderen Seite der Erlaß einer bestimmten Forderung vereinbart ist, eine der Vertragsparteien das Rücktrittsrecht ausgeübt, so hat der Gläubiger das empfangene Schuldanerkenntnis zurückzugewähren und ist berechtigt, seine ursprüngliche Forderung geltend zu machen, der Schuldner dagegen hat den empfangenen Teilerlaß zurückzugewähren und die ganze Schuld zu zahlen.

3. Clausula rebus sic stantibus. R. **09** Ziff. 966 (Naumburg). Einen allgemeinen Rechtssatz, daß eine Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des einen Teiles den anderen zum Rücktritte berechtige, weil der Vertrag als mit der Klausel rebus sic stantibus abgeschlossen anzusehen sei, enthält das BGB. nicht. Nur wenn unter Berücksichtigung des § 157 als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, daß der eine Teil bei Eintritt einer Verschlechterung der Vermögenslage des anderen an den Vertrag nicht gebunden sein soll, kann ein Rücktrittsrecht als begründet angesehen werden.

4. R. **09** Ziff. 1661 (Stuttgart). Bei einem Vertrage, durch den jemand das ausschließliche Recht zur Ausbeutung eines nur ihm bekannten chemischen Verfahrens entgeltlich einem anderen überträgt, gilt für den Fall, daß dem zu gewinnenden Produkt eine beim Vertragsabschlusse zugesicherte Eigenschaft fehlt, ein Rücktrittsrecht als stillschweigend vereinbart.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3028. Der Vorbehalt eines „Rücktrittsrechts" bei einem Sukzessivlieferungsvertrage steht einer Auslegung nicht entgegen, nach welcher der Zurücktretende nur weitere Lieferungen ablehnen darf, die bisherigen aber behalten und bezahlen muß.

6. **RG.** SächsRpflA. **09** 191. Auslegung einer Rücktrittsvereinbarung, wonach der Besteller eines Bauwerks, „wenn er nicht bauen sollte", dem Unternehmer nur eine geringe Entschädigungssumme versprochen hat.

§ 347. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 36. Mit der Wandelungsklage können nach §§ 347, 994 Lagergeld, Untersuchungs- und Unterbringungskosten auch ohne Verschulden des Verkäufers gefordert werden.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 143 Ziff. 20. Bei dem Ausspruche des BG., daß, wenn der Beklagte mit der Wandelung durchdringe, für einen Schadensanspruch kein Raum sei, ist übersehen, daß nach § 467 auch § 347 zur Anwendung kommt und der Wandelungsberechtigte demgemäß Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nach § 994 hat.

§ 351. 1. **RG. 71** 276 ff., JW. **09** 456 Ziff. 11, LeipzZ. **09** 854 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 2631. § 351 setzt voraus, daß die in ihm bezeichneten Umstände eingetreten sind, *bevor* der Rücktritt erfolgt; den Fall *später* eintretender Unmöglichkeit der Herausgabe regelt § 347.

2. **a) RG.** JW. **09** 685 Ziff. 5. Der Käufer, der die Kaufsache als mangelhaft zur Verfügung gestellt hat, verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er sie gleichwohl — insbesondere durch wertmindernde Ingebrauchnahme — wie seine eigene behandelt, und muß sich *regelmäßig* so ansehen lassen, als habe er auf die Wandelung verzichtet. Indessen rechtfertigen besondere die Ingebrauchnahme entschuldigende Umstände eine abweichende Beurteilung. **b) RG.** R. **09** Ziff. 1851. Ein die Wandelung ausschließendes Verschulden ist regelmäßig nicht darin zu finden, daß der Käufer, um einen durch Außerbetriebsetzung der gekauften Sache drohenden größeren Schaden zu vermeiden und bis zur gerichtlichen Entscheidung darüber, ob der Verkäufer die Sache zurücknehmen muß, diese in Benutzung genommen hat. **c) RG.** R. **09** Ziff. 3759. Die Wandelung kann trotz Fortgebrauch und Abnutzung der beanstandeten Maschinenanlagen statthaft sein, wenn die Außerbetriebsetzung großen Schaden verursachen würde. **d)** R. **09** Ziff. 1293 (Colmar). Der wandelungsberechtigte Käufer einer Maschine, der diese zur Verfügung gestellt hat, kann auf die Ausübung der Wandelung tatsächlich verzichten, wenn er die Maschine wie eine eigene benutzt. Daraus jedoch, daß er die Maschine in Ermangelung eines Ersatzes zur Vermeidung geschäftlicher Störungen vorübergehend benutzt, ist dieser Verzichtswille an sich nicht zu folgern.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3749. Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Grundstückskäufer die Zwangsversteigerung dadurch überwiegend verschuldet hat, daß er seine Ansprüche trotz Kenntnis des Mangels (Schwamm) und der infolge Nichtzahlung einer übernommenen Hypothek drohenden Versteigerung dem Verkäufer nicht mitgeteilt und ihm so die Möglichkeit genommen hat, die Versteigerung abzuwenden.

4. SächsOLG. **30** 181 (Dresden). Der Wandelungsanspruch wird gemäß § 351 auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer nach Erhebung der Wandelungsklage im Laufe des Prozesses schuldhaft die Unmöglichkeit der Herausgabe herbeiführt.

5. R. **09** Ziff. 655 (Hamburg). Der Käufer, der die gelieferten Kartoffeln wegen Nässe zur Verfügung gestellt hat, ist verpflichtet, sie so aufzubewahren, daß sie infolge der Feuchtigkeit nicht weiter verderben. Dementgegen hat er eine wesentliche Verschlechterung der Ware verschuldet.

§ 353. RG. R. **09** Ziff. 2632. Der Käufer, der die Kaufsache weiter veräußert hat, würde nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er lediglich, um die Wandelung gegen den Verkäufer durchzusetzen, die Sache durch einen neuen Vertrag von seinem Abnehmer zurückerwerben würde.

§ 359. R. **09** Ziff. 2633 (Hamburg). Durch die Erklärung des Schuldners, daß er den Vertrag nicht erfüllen werde, kann der Anspruch auf Zahlung eines für den vertragsgemäßen Rücktritt des Schuldners bedungenen Reugelds nicht begründet werden.

§ 361. 1. *L e s s e r, Der Inhalt der Leistungspflicht 111 ff. Bei Fixgeschäften im Sinne dieses Paragraphen liegt bei nicht rechtzeitiger Leistung nicht Unmöglichkeit der Leistung vor. Das Zeitmoment gehört bei diesen Fixgeschäften nicht zum

Gegenstande der Leistung, sondern hat nur eine besondere Betonung erfahren, durch welche die Knüpfung besonderer Folgen an die reine Tatsache der nicht rechtzeitigen Leistung begründet erscheint.

2. **RG.** JW. **09** 57 Ziff. 27, ElsLothJZ. **09** 220. Es ist im allgemeinen als rechtlich möglich anzusehen, daß die Parteien einem als Fixgeschäft geschlossenen Kaufvertrage nachträglich diese rechtliche Natur entziehen, indem sie ihren übereinstimmenden Willen dahin kundgeben, daß unter Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen die bedungene Erfüllungszeit nicht weiter gelten oder doch nicht mehr ein so wesentlicher Bestandteil des Geschäfts sein solle, daß eine nachträgliche Erfüllung nicht als Vertragserfüllung anzusehen sein würde. Eine derartige Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden. (Betrifft § 376 HGB.)

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3743. Ein Vertrag, nach dem „schnell möglichst" zu liefern, aber ein bestimmter Termin nicht vereinbart ist, ist kein Fixgeschäft.

§ 362. Literatur: Oertmann, Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, SeuffBl. **09** 573—587.

1. Oertmann aaO. (581 ff.): Eine Leistungshandlung an den geschäftsunfähigen oder -beschränkten Gläubiger ebenso wie eine solche durch den derartigen Schuldner ist in der Regel unwirksam. Dabei bestimmt sich von dem Standpunnkt aus, daß die Erfüllung als solche nicht ein Rechtsgeschäft, sondern nur ein tatsächlicher Vorgang ist (Oertmann, Komm. zu § 362 Ziff. 4, 5) die Frage, ob die Geschäftsfähigkeit der einen oder anderen Partei notwendig ist, nach dem besonderen Inhalt der zu bewirkenden Leistung. Diese hat meist einen rechtsgeschäftlichen Charakter; soweit dies aber nicht der Fall ist, — wie besonders bei den obligationes quae in faciendo consistunt —, ist die Bedeutung des schuldnerischen Verhaltens von der Geschäftsfähigkeit des Leistenden oder des Leistungsempfängers unabhängig.

2. *Klein, ABürgR. **33** 267, 268, erörtert die Frage, ob es einen Erlöschungsgrund „Wegfall des Gläubigerinteresses" gibt, und legt dar, wie der Schuldner in den hier in Betracht kommenden Fällen seine Rechte und Interessen wahren kann.

3. *Lesser: Über den angeblichen Untergang der Obligation durch Zweckerreichung und Wegfall des Interesses siehe o. zu § 275 Ziff. 1.

4. *Adler, GoldschmidtsZ. **64**. 127 ff. Wenn für eine Kausalschuld ein Wechsel begeben wurde, so erlischt die Kausalschuld infolge Zweckerreichung, sobald der Gläubiger für seine Wechselforderung endgültig befriedigt ist.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2789. Wenn der Inhaber eines Bankguthabens, über das er freies Verfügungsrecht hat, das Guthaben auf das bei derselben Bank bestehende Konto eines anderen überschreiben läßt, so ist darin nicht ein Schuldversprechen, sondern eine Zahlung zu erblicken.

6. ElsLothJZ. **09** 360 (Colmar). Ein nach dem 1. Januar 1900 vorgenommenes Erfüllungsgeschäft beurteilt sich auch bei früher entstandenen Schuldverhältnissen nach neuem Rechte.

§ 363. Literatur: Meyer, Zu § 363 BGB., R. **09** 440, 441. — Otto, Zur Anwendung des § 363 BGB., R. **09** 361

1. a) Otto aaO.: A. hat dem B. Vieh nach Lebendgewicht verkauft, B. hat den vom Verkäufer berechneten — bei richtiger Rechnung 572 M. betragenden — Preis bezahlt und das Vieh mitgenommen. A. fordert auf Grund der Behauptung, er habe sich bei der Berechnung geirrt, nachträglich 100 M. — B. muß, um sich auf § 363 berufen zu können, gegenüber der Sachdarstellung des Klägers dartun, daß er einen Geldbetrag, der 572 M. sein sollte, angeboten und der Kläger den Betrag als einen solchen von 572 M. angenommen habe. Andernfalls kann gegen den Kläger nur soviel als festgestellt erachtet werden, daß ihm zur Erfüllung einer geringeren Forderung, die er zwar für die volle Forderung gehalten hat, eine Leistung ange-

boten und von ihm als Erfüllung dieser geringeren Forderung angenommen worden ist. b) Hiergegen Meyer aaO.: Nach § 363 kehrt sich die Beweislast schon dann um, wenn einmal etwas als Erfüllung angeboten und angenommen worden ist.

2. **RG. 71** 23 f., JW. **09** 309 Ziff. 3, LeipzZ. **09** 468 Ziff. 18, R. **09** Ziff. 1662. Der Käufer hat die ihm übersandte Ware als nicht vertragsmäßig beanstandet, demnächst aber, nachdem der Verkäufer auf Annahme der Ware als einer vertragsmäßigen bestanden hat, die Ware unter Vorbehalt etwaiger Gewährleistungsansprüche verarbeitet und für sich verwendet. Damit hat er über die Ware im eigenen Interesse und zum Zwecke des Behaltens verfügt. Hierin liegt eine Annahme als Erfüllung nach § 363. Ein Vorbehalt dahin, daß die Vertragsmäßigkeit der Ware nicht anerkannt werde, ändert nichts; denn durch die Annahme als Erfüllung wird die Ware nicht als eine vertragsmäßige genehmigt. Ein Vorbehalt, der die Anwendung des § 363 ausschließen soll, müßte dahin gehen, daß der Käufer lediglich als Geschäftsführer des Verkäufers aufzutreten und für dessen Rechnung handeln zu wollen erklärt.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 162. Hat der Käufer schuldhaft durch Verarbeiten der Ware dem Verkäufer den Beweis der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Ware unmöglich gemacht, so hat er zu beweisen, daß die Ware nicht dem Vertrag entsprochen habe.

§ 364. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 679 Ziff. 1, R. **09** Ziff. 1759. Die Hingabe von Wechseln auf Schuld erfolgt, wie ROHG. und RG. wiederholt ausgesprochen haben, im Zweifel nur zahlungshalber, nicht an Zahlungs Statt. Auch bei Prolongationswechseln kann eine Novationsabsicht als Regel nicht unterstellt werden (§ 364 Abs. 2). Die im Streitfalle behauptete Abrede, durch die Prolongationswechsel sei der frühere Wechsel „erledigt", kann bei der Mehrdeutigkeit dieses Ausdrucks für ein Novation nichts beweisen (vgl. ROHG. **4** 37, **10** 48). Gegen die Annahme einer Novation spricht im vorliegenden Falle entscheidend, daß der alte Wechsel nicht zurückgegeben oder zurückgefordert und daß er noch nach Ausstellung der neuen Wechsel förmlich protestiert wurde.

2. OLG. **18** 60 (KG.). Ist eine Abtretung zahlungshalber erfolgt, so kann der Gläubiger auf das ursprüngliche Schuldverhältnis schon dann zurückgehen, wenn der debitor cessus die Zahlung weigert.

§ 366. Literatur: Pringsheim, Das Recht des Bürgen zu Bestimmung und Wahl, GruchotsBeitr. **53** 13—28.

1. Pringsheim aaO. (13—19): Das Bestimmungsrecht des Abs. 1 steht auch dem Bürgen zu, der sich für mehrere Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner verbürgt hat (gegen OLG. **16** 373 [JDR. **7** Ziff. 2]).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 473: Die vom Hauptschuldner getroffene Verrechnungsbestimmung muß auch der Bürge gegen sich gelten lassen; § 767 Abs. 1 Satz 3 trifft hier nicht zu.

3. LeipzZ. **09** 711 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 1585 (Hamburg). Ist auf Grund eines Zwangsvergleichs eine Quote der Konkursforderungen bezahlt, der Rest erlassen, so ist in Fällen, in denen einem Gläubiger mehrere Konkursforderungen zustehen, die Zahlung nicht nach Vorschrift des § 366 Abs. 2 zu verrechnen, vielmehr ist — jedenfalls wenn zwischen den Vergleichschließenden nichts Abweichendes ausgemacht ist — jede einzelne Forderung zum Betrage der Vergleichsquote getilgt. Dies ergibt sich aus der Natur und dem Zwecke des Konkursverfahrens und der Bestimmung, die hiernach Gläubiger und Schuldner durch ihren aus den Umständen zu entnehmenden beiderseitigen Willen der Zahlung der Quote gegeben haben.

4. ElsLothJZ. **09** 360 (Colmar). Die Vorschrift bezieht sich nicht auf Leistungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen.

5. PosMSchr. **09** 5 (Königsberg). Eine fällige Schuld im Sinne des Abs. 2 ist auch eine bereits verjährte.

§ 367. *Reichel, Schuldmitübernahme 474: Steht neben dem Leistenden ein Gesamtschuldner, so ist diesem gegenüber die nach § 367 platzgreifende Verrechnung selbständig vorzunehmen (arg. § 425). Eine von der normalen Verrechnungsweise abweichende Verrechnung des Leistenden (Abs. 2) bindet den Mitschuldner nicht.

§ 368. Literatur: Immerwahr, Quittierte Rechnungen, GesuR. **10** 246—249.

1. Immerwahr aaO.: Zum Begriffe des schriftlichen Empfangsbekenntnisses (§ 368). — Der Schuldner hat nicht das Recht, gegen Zahlung eine quittierte Rechnung, sondern nur eine Quittung zu fordern. — Ausschluß des Anspruchs auf Quittung gemäß §§ 242, 226.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 311 Ziff. 16, R. **09** Ziff. 809. Steht fest, daß die in einer Quittung bekannte Zahlung nicht erfolgt ist, so ist der Schuldner, der spätere oder anderweite Tilgung der Schuld behauptet, hierfür ohne Rücksicht auf die Quittung beweispflichtig.

§ 369. **RG.** R. **09** Ziff. 2790. Die Erklärung des Schuldners, er sei „bereit", die Kosten vorzuschießen, ist für sich allein nicht ausreichend, er muß den Kostenbetrag tatsächlich anbieten.

§ 370. 1. *Meyer, Publizitätsprinzip 94 f.: Quittungsüberbringer. Einer der Fälle der nicht nur im Handelsrechte, sondern auch im bürgerlichen Leben (z. B. Abschluß von Geschäften für einen Ehegatten durch den anderen) häufigen Fälle der gesetzlichen Vollmacht. Diese ist Rechtsschein der Vollmacht, auf den man sich im Verkehre verlassen kann.

2. OLG. **18** 36 (KG.). Zahlung an den Überbringer einer Quittung, die von einem bereits entlassenen Angestellten des Gläubigers ausgestellt ist. Schadensersatzpflicht des Gläubigers verneint.

§ 371. *Reichel, Schuldmitübernahme 479. Leistet ein Gesamtschuldner A., so ist der Gläubiger nicht ohne weiteres verpflichtet, diesem den von dessen Mitschuldner B. ausgestellten Schuldschein herauszugeben; er kann vielmehr den Schuldschein an den B. zurückgeben oder, wenn er sicher gehen will, ihn für beide hinterlegen.

§ 372. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 951, BayRpflZ. **09** 253, LeipzZ. **09** 544 Ziff. 11, R. **09** Ziff. 1760. Die Ungewißheit über die Person des Gläubigers kann auch darin bestehen, daß der Schuldner selbst zugleich das Gläubigerrecht an der an sich unstreitigen Forderung für sich in Anspruch nimmt.

2. **RG. 70** 88 ff. (90), JW. **09** 45 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 143 Ziff. 21, R. **09** Ziff. 227. Hat ein Zedent die Abtretung wegen Willensmängel angefochten, so ist die von § 372 erforderte Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers schon mit der Anfechtungserklärung des Zedenten gegeben.

3. SächsOLG. **30** 260. Der Umstand, daß der Gläubiger die Forderung abgetreten hat und die Möglichkeit einer Anfechtung der Abtretung durch Dritte besteht, berechtigt den Schuldner nicht zur Hinterlegung.

Zu §§ 387, 388. Literatur: Breit, Einiges zum Baugeldvertrage nach künftigem Rechte, JW. **09** 349—353. — Dümchen, Schuld und Haftung, JheringsJ. **54** 379. — Friedländer, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Bay. RpflZ. **09** 281—287, 315—321, 346—352. — Schüller, Aufrechnung des Erstehers eines Grundstücks mit der Forderung aus seinem Realrechte, R. **09** 639, 640.

1. *Dümchen, JheringsJ. **54** 379. Die Aufrechnung ist dann unstatthaft, wenn dem Aufrechnenden wegen seiner Forderung nicht das schuldnerische Vermögen verhaftet ist, also bei Grundschulden und Reallasten gegenüber dem nicht zugleich persönlich obligierten Eigentümer.

2. Schüller aaO.: Die Aufrechnung des Erstehers eines Grundstücks mit seinem Realrecht ist nicht zulässig. Die Befriedigung des Gläubigererstehers erfolgt

vielmehr nur durch die gerichtliche Verteilung. Die sog. Aufrechnung des Erstehers erlangt ihre Wirkung erst durch ihre gerichtliche Feststellung, in der regelmäßig eine Übertragung der Forderung gegen den Ersteher enthalten ist, auch wenn sie stillschweigend dadurch erfolgt, daß insoweit eine ausdrückliche Verteilung des Erlöses unterbleibt.

3. Baugeldvertrag. a) Breit aaO. (353): Beim Baugeldvertrage (§ 1 BauSG.) kann der Baugeldgeber, der an einen Privatgläubiger des Bauunternehmers gezahlt hat, einen ihm hieraus gegen den Bauunternehmer zustehenden Ersatzanspruch gegen fälliges Baugeld nicht aufrechnen, da es sich wegen des Zweckcharakters des Baugeldes nicht um gleichartige Forderungen handelt. **b)** Friedländer aaO. (350): Beim Baugeldvertrage kann der Baugeldgeber mit anderen als Bauforderungen nicht aufrechnen, sofern nicht der Baugeldnehmer in Höhe der aufzurechnenden Forderung bereits einen Baugläubiger befriedigt hat (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BauSG.). Jedoch wird, auch soweit § 1 Abs. 1 Satz 2 eingreift, sich nicht selten aus dem Vertrage der Ausschluß der Kompensation von selbst ergeben.

4. Vertragsmäßiger Ausschluß der Aufrechnung. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 71 Ziff. 5: Ist die Aufrechnung vertragsmäßig ausgeschlossen und ist dieser Ausschluß nicht etwa dahin zu verstehen, daß er für den Fall des Konkurses des Aufrechnungsgegners nicht gelten solle, so kann der Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung als solcher nicht die Bedeutung einer das Aufrechnungsabkommen beseitigenden Tatsache beigemessen werden; die Erwägung des BG., daß ein Kaufmann, der seine Zahlungen einstelle, gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehre verstoße und daß aus diesem Grunde das Aufrechnungsrecht wieder in Kraft getreten sei, ist unzutreffend. **b)** Aufrechnung gegen eine Forderung, die der Schuldner, um ihre Verpfändung zu erleichtern, schriftlich anerkannt hatte. **RG. 71** 184 ff., JW. **09** 388 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 775 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 1871 (s. a. o. zu § 328 Ziff. 4). Wenn ein Schuldner ein Schuldanerkenntnis unter Verschweigen seiner Gegenforderungen betrüglich ausstellt, damit die anerkannte Forderung einem Dritten verpfändet werde, so folgt daraus noch nicht, daß er dem Pfandgläubiger gegenüber, der nicht sein Vertragsgegner ist, an das Anerkenntnis gebunden ist und eine Aufrechnungseinrede verliert, sondern nur, daß er gemäß § 823 Abs. 2 oder § 826 dem Pfandgläubiger den Schaden zu ersetzen hat, den dieser erleidet, weil er auf die Richtigkeit und Redlichkeit des Schuldanerkenntnisses vertraute. — Ist aber das Schuldanerkenntnis gemäß Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner zu dem Zwecke gegeben worden, damit die Forderung dem Dritten verpfändet werde und dieser sich daraus bezahlt mache, so ist als Willensmeinung anzunehmen, daß der anerkennende Schuldner zugunsten des Dritten auf die Aufrechnung der Gegenforderungen verzichtet hat, die ihm zur Zeit des Anerkenntnisses zustanden und deren Geltendmachung das dem Dritten zu verschaffende Recht auf Einziehung der Forderung vereiteln würde. Aus dieser Vereinbarung erwirbt der Dritte gemäß § 328 das Recht, diesen Verzicht auf die Aufrechnung selbständig dem Schuldner entgegenzusetzen. **c)** SeuffA. **64** 99 (Bamberg). Beim irregulären Pfandrechte (Pachtkaution) muß, da nach dem Parteiwillen die hingegebene Geldsumme nur zur Sicherung bestimmter Forderungen dienen soll, die Aufrechnung nicht konnexer Forderungen gegen die Forderung auf Rückerstattung der Kautionssumme als vertragsmäßig ausgeschlossen angesehen werden.

¶5. Eventualaufrechnung (s. JDR. **7** Ziff. 4, **6** § 387 Ziff. 3, **5** §§ 387, 388 Ziff. 6). R. **09** Ziff. 1173 (Breslau). Wenn die Klägerin auf Grund einer Forderung von 900 M. und einer weiteren von 600 M. Zahlung von 1500 M. begehrt, das Gericht die erste Forderung für unbegründet, die zweite für noch des Beweises bedürftig erachtet, während die eventuell zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung von 900 M. in Höhe von 600 M. unstreitig ist, so ist die Klage ohne Beweiserhebung

abzuweisen. Damit wird die Frage, ob es zur Aufrechnung gekommen ist, unentschieden gelassen, diese Frage ist der Entscheidung in einem künftigen Rechtsstreite vorbehalten.

6. a) **RG.** R. **09** Ziff. 324. In der Erklärung des Beklagten, er behalte sich vor, gegen die Klagforderung sein Guthaben aufzurechnen, ist die Geltendmachung der Aufrechnungseinrede nicht enthalten. b) **RG.** R. **09** Ziff. 647. Wird widerklagend Vorlegung von Büchern und Rechnungslegung verlangt, aus denen eine Geldforderung erst herausgerechnet werden soll, so liegt eine Aufrechnung dieser Forderung gegen die Klagforderung nicht vor.

7. SächsRpflA. **09** 239 (Dresden). Keine Aufrechnung gegen eine Geldforderung mit einer Forderung auf Gewährung eines Darlehens.

8. Aushändigung der Abtretungsurkunde im Falle der Aufrechnung mit einer durch Abtretung erworbenen Forderung: s. o. zu § 410 Ziff. 2.

9. **RG.** R. **09** Ziff. 998. Die in einem bundesstaatlichen Steuergesetz enthaltene Bestimmung, daß Aufrechnung nicht stattfinde, ist öffentlich-rechtlichen Charakters und daher nicht etwa als dem BGB. und dem EG. Art. 55 widersprechend ungültig.

§ 391. Zu Abs. 2. *Reichel, Schuldmitübernahme 491, s. § 393 Ziff. 1.

§ 392. 1. *Koban, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Rechte (Innsbruck 1909). Der Kompensationsnexus. Im BGB. gilt nicht mehr der Grundsatz „ipso iure compensatur". Wohl aber gelangen kompensable Forderungen mit ihrem Gegenübertreten von selbst in einen Zustand gegenseitiger Gebundenheit, derzufolge die Aufrechnung auch gegen einen Zessionar, sowie gegen denjenigen, der eine Forderung beschlagnahmt hat, stattfinden kann. Für diese durch das bloße Zusammentreffen ipso iure eintretende Verfangenheit schlägt Koban den Namen Kompensationsnexus vor. Trotz der ausdrücklichen Anerkennung des Kompensationsnexus in den §§ 392 und 406 ergeben sich Zweifel in dem Falle, wenn auf Seiten des Kompensationsgegners mehrere Forderungen vorhanden sind. Gegen welche Forderung wirkt der Kompensationsnexus? Ein freies Wahlrecht des Aufrechnenden könnte zu Schikanen und unlauteren Machinationen Anlaß geben. Mehrere Forderungen des Aufrechnungsgegners sind z. B. von verschiedenen Personen beschlagnahmt. Jede derselben hat nun ein Interesse daran, daß nicht gegen die von ihr beschlagnahmte, sondern gegen eine andere Forderung kompensiert werde. Nun überredet eine solche Person, vielleicht unter Gewährung einer besonderen Gabe, den Aufrechnenden, nicht gegen die von ihr beschlagnahmte, sondern gegen eine andere Forderung zu kompensieren. Auf diese Weise wäre hier gleich wie bei der Zession (§ 406 BGB.) unlautere Spekulation ermöglicht. (S. Koban aaO. 47 ff. und 27 ff.) Durch einen Schluß a minore ad maius gelangt nun Koban (aaO. 48 ff.) zu dem Ergebnis, daß das Widerspruchsrecht des § 396 Abs. 1. auch demjenigen zusteht, von dem eine Forderung des Kompensationsgegners beschlagnahmt oder dem eine solche Forderung zediert wurde. Somit steht im Kompensationsnexus nur jene Forderung der Kompensationsgegenseite, welche jeweils nach der Reihenfolge des § 366 Abs. 2 (§ 396 Abs. 1) aufzurechnen ist (aaO. 55). Bei hypothekarisch gesicherten Forderungen greift das Vertrauensprinzip ein (aaO. 62 ff.)

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 918, LeipzZ. **09** 468 Ziff. 15, R. **09** Ziff. 273. Die Anwendung des § 273 ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Voraussetzungen zur Aufrechnung gemäß § 392 nicht gegeben sind. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß ein solches Verhältnis der Abhängigkeit zwischen diesen Gesetzesbestimmungen bestehe.

3. HansGZ. **09** Beibl. 275, R. **09** Ziff. 228 (Hamburg). § 392 bezieht sich, wie der ganze dritte Titel, lediglich auf die einseitige Aufrechnung, nicht auf den Aufrechnungsvertrag.

§ 393. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 491: Das Aufrechnungsverbot der §§ 393, 394, 391 Abs. 2 müssen auch die Dritten gelten lassen, denen das Gesetz gestattet, den Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen (§§ 268, 1142, 1249 u. a.).

2. **RG.** LeipzZ. **09** 310 Ziff. 9, BayRpflZ. **09** 110, HoldheimsMSchr. **09** 263, R. **09** Ziff. 810. Die Anwendung des § 393 ist in den Fällen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unbedenklich, sofern die Täuschung zugleich einen Schadensersatzanspruch nach § 826 begründet. Nach § 249 kann ein Schaden aber nicht einseitig nach Höhe des aus dem Vermögen des Beschädigten in das des Schädigers übergegangenen, sondern nur unter Ausgleichung aller beiderseitigen, aus derselben Wurzel entspringenden Vermögens-Ab- und -Zugänge festgesetzt werden. Die Berufung des Klägers auf § 393 versagt hiernach, soweit der Beklagte nicht seine Gegenforderung auf Leistungen stützt, welche außerhalb des erwähnten Zusammenhanges gemacht sind. (S. a. o. § 255 Ziff. 2 c.)

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1852. Der Täter muß nicht nur das Bewußtsein der schädlichen Folgen der Handlung, sondern auch das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Handlung gehabt haben. Irrtum hierüber schließt den Vorsatz aus.

§ 394. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 491, s. zu § 393 Ziff. 1.

2. R. **09** Ziff. 1110 (Breslau). „Fürsorge und Freigebigkeit" in § 850 ZPO. ist nicht gleichbedeutend mit Fürsorge oder Freigebigkeit. Hat der Vater mit dem Sohne einen Vertrag geschlossen, wonach der Sohn auf eine ihm zustehende Kapitalforderung verzichtet und dafür der Vater ihm eine Rente auf Lebenszeit zu zahlen sich verpflichtet, so liegt Fürsorge, nicht aber Freigebigkeit zu. Daher ist die Rente pfändbar und Aufrechnung zulässig.

§ 397. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3744. Der Verzicht auf einen Anspruch ist innerhalb des Rechtes der Schuldverhältnisse, auch wenn der Verzicht nicht als Erlaßvertrag nach § 397 mit unmittelbarer dinglicher Wirkung auf den Bestand des Schuldverhältnisses erscheint, immer ein Vertrag (§ 305); es bedarf daher der Annahme der Verzichtserklärung durch den Schuldner, das bloße Zugehen der Erklärung genügt nicht. Erfolgt aber die Verzichtserklärung einem Anwesenden gegenüber, so ist regelmäßig schon in dessen Schweigen eine Annahme zu erblicken.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 232 Ziff. 20. Die Zusage des Gläubigers, er werde seinen Schuldner nie verklagen, ist vom BG. bedenkenfrei dahin ausgelegt, daß kein Verzicht, sondern nur eine längere Stundung bewilligt werden sollte.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3552. Wenn ein Käufer, obwohl er weiß, daß er beim Kaufabschlusse vom Verkäufer betrogen worden ist, an diesen vorbehaltslos den Restkaufpreis zahlt, so kann darin ein Verzicht auf seine Schadensersatzansprüche gefunden werden.

4. Pactum de non petendo. **RG.** LeipzZ. **09** 148 Ziff. 1: s. bereits JDR. **7** Ziff. 3.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 1121. Das negative Schuldanerkenntnis des § 397 Abs. 2 bedarf nicht der Form des § 781.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Eccius (zu § 398) hält seinen Widerspruch gegen die logische Möglichkeit der Abtretung einer künftigen Forderung aufrecht; gegen ihn Grünebaum. Die fiduziarische Abtretung ist Gegenstand mehrerer beachtenswerter Entscheidungen; so hat das **RG.** in GruchotsBeitr. **53** 911 die Frage, ob eine Abtretung schon deshalb gegen die guten Sitten verstoße, weil sie lediglich den Zweck verfolgt, dem Zedenten die Eigenschaft als Zeugen zu verschaffen, verneint; vgl. auch Königsberg über die Abtretung zur Umgehung des § 157 Abs. 2 ZPO. Die Abtretbarkeit des Anspruchs auf Auszahlung von Baugeldern ist in mehreren Abhandlungen untersucht (zu § 399). Zu §§ 405, 409 liegen Selbstberichte von Klein vor.

§ 398. Literatur: Eccius, Abtretung künftiger Forderungen, Gruchots Beitr. **53** 1—7. — Grünebaum, Die Verfügung über künftige Forderungen, R. **09** 660—664. — Lentschütz, Ist § 139 BGB. auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte anwendbar? DJZ. **09** 431, 432.

1. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 416 ff. Die Abtretung des verbrieften Kuxes, d. h. also bei Vorhandensein eines Kuxscheins, richtet sich gemäß § 413 BGB. nach §§ 398 ff., jedoch mit der Maßgabe, daß die Abtretung schriftlich (§ 105 AllgBergG.) und die Übergabe des Kuxscheins erfolgen muß. Letzteres ist Tatbestandsmerkmal der Übertragung. Denn „wo immer der Schuldner nur gegen Vorweis des von ihm über ein Recht urkundlich ausgestellten Papiers zu leisten verpflichtet ist, da ist auch die Übergabe dieses Papiers ein Essentiale bei der Übertragung des in ihm verbrieften Rechtes. Oder allgemeiner ausgedrückt: die anderweit nicht ersetzbaren Voraussetzungen der wirksamen Leistungsverpflichtung sind auch die Vorbedingungen einer vollgültigen Rechtsübertragung" (428). Diese Sätze ergeben sich aus dem Prinzipe des Schuldnerschutzes, der seinen Ausdruck für gewisse auf Inhaber, Order oder Namen lautende Papiere (Wertpapiere) in der Formel gefunden hat: Der Aussteller oder Schuldner ist nur gegen Vorweis der das Recht verbriefenden Urkunde zur Leistung verpflichtet (426 ff.).

2. Allgemeines (s. JDR. **7** Ziff. 1, 4, **6** Ziff. 2, 6, **5** Ziff. 1, 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1). Lentschütz aaO.: Ist ein abstraktes Rechtsgeschäft mit einem anderen Rechtsgeschäfte derart verbunden, daß beide sich als Teile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts darstellen (z. B. Abtretung einer Forderung und gleizeitige Bürgschaftsübernahme gegenüber dem Zessionar), so ist das abstrakte Geschäft nicht deshalb nichtig, weil das mit ihm verbundene Geschäft nichtig ist; § 139 ist auf abstrakte Rechtsgeschäfte nach deren rechtlicher Natur nicht anwendbar. **b) RG.** R. **09** Ziff. 3321. Zur Wirksamkeit einer Abtretung braucht nicht der Drittschuldner „bezeichnet" zu werden; es genügt, daß der Gegenstand der Abtretung mit hinreichender Sicherheit bestimmbar ist. **c) RG.** R. **09** Ziff. 811 läßt dahingestellt, ob die Spaltung des Gläubigerrechts derart, daß trotz der Abtretung die prozessuale Geltendmachung des Rechtes beim bisherigen Gläubiger verbleiben soll, zulässig ist. **d) RG. 70** 89, JW. **09** 45 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 143 Ziff. 21, R. **09** Ziff. 229. Die Loslösung der Zession von dem zugrunde liegenden Geschäfte hat nur zur Folge, daß Mängel des Kausalgeschäfts nicht ohne weiteres auch der Zession anhaften. Aber häufig werden die Umstände so liegen, daß der Mangel des Kausalgeschäfts seine Wirkung auch auf die Zession erstreckt (**RG. 57** 95, **69** 16). So ist in dem vorliegenden Falle. in dem im Kaufvertrage der Käufer zur Tilgung des Kaufpreises eine Forderung zediert hat, mit der seitens des Käufers wegen arglistiger Täuschung erklärten Anfechtung des Vertrags auch die Zession vernichtet. **e) RG.** SeuffA. **64** 309, R. **09** Ziff. 961. Nach der Rechtslehre und Rechtsprechung zum früheren und jetzigen Rechte wird — wenn auch nicht einmütig — der Einwand der Scheinübertragung der Forderung dem Schuldner nur beim Nachweis eines Interesses daran gestattet (**RG. 25** 207, **37** 106, **39** 166, **53** 416; **RG.** II v. 3. 6. 04, JW. **99** 835, OLG. **4** 212). Das erforderliche Interesse braucht aber nicht ein prozessuales, es kann ein allgemeines sein. Im vorliegenden Falle würde die Beklagte, wenn sie den Hypothekenbrief an den Kläger herausgeben müßte, die letzte Sicherung ihrer gegen den Zedenten geltend gemachten Ansprüche verlieren; sie ist daher zum Einwande des Scheingeschäfts berechtigt. **f) RG. 70** 90, JW. **09** 45 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 233. Beruft sich der Schuldner gegenüber der Klage des Zessionars darauf, daß die Zession angefochten ist, so bestreitet er die Aktivlegitimation des Klägers. Daraus folgt jedoch nicht, daß nunmehr der Kläger die Unbegründetheit der Anfechtung nachweisen müsse. vielmehr hat er durch Vorlegung einer äußerlich gültigen Zession seiner Beweispflicht genügt. Behauptet der Schuldner, daß die Zession wegen Willensmängel

des Zedenten nichtig sei, so hat er dies zu beweisen. Dazu gehört im Falle einer Anfechtung der Beweis, daß die Anfechtung begründet ist. Will der Schuldner diesen Beweis nicht übernehmen, so kann er die Schuldsumme hinterlegen [vgl. § 372 Ziff. 2]. g) **RG.** R. **09** Ziff. 3322. Werden Vertragsrechte zu einer Zeit übertragen, wo die Leistung bereits infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden war, so ist regelmäßig anzunehmen, daß der Anspruch auf Schadensersatz hat übertragen werden sollen. h) Gesamtschuldverhältnis (vgl. JDR. 7 Ziff. 7). *Reichel, Schuldmitübernahme 451—470, über Abtretung von Gesamtschuldforderungen. Sonderabtretung zulässig, aber nicht vermutet. i) **RG.** JW. **09** 413 Ziff. 8, LeipzZ. **09** 675 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 2096: Anspruch gegen den Vormann des Zedenten auf Beseitigung der Beeinträchtigung einer abgetretenen Sparkassenforderung, s. zu § 241 Ziff. 5 b.

3. Wirkung der Abtretung auf den Prozeß (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 3, **4** Ziff. 1 b, **3** Ziff. 1.b). a) R. **09** Ziff. 1345 (Hamburg). Die Abtretung der Klagforderung während des Rechtsstreits hat zwar keinen Einfluß auf den Prozeß; aber der Kläger kann nur noch verlangen, daß der Beklagte an den Zessionar zahle, und er verfolgt, wenn er auch den Rechtsstreit auf eigenen Namen fortführt, die Rechte des Zessionars. Hieraus folgt, daß der Beklagte nicht mit Gegenforderungen aufrechnen kann, die er erst nach der Abtretung erworben hat. b) WürttJ. **21** 328, R. **09** Ziff. 2816 (Stuttgart). Wird ein Anspruch während des Rechtsstreits abgetreten, so hat der Kläger den Antrag auf Verurteilung zur Zahlung an den Rechtsnachfolger zu stellen. Die Einwilligung des Gegners nach § 827 ZPO. ist nicht erforderlich. c) R. **09** Ziff. 864 (Stuttgart). Der Antrag, den Beklagten zur Zahlung an den Dritten zu verurteilen, dem die Klageforderung nach der Klagzustellung abgetreten ist, enthält gegenüber dem auf Zahlung an den Kläger gerichteten Antrage keine Klagänderung.

4. Abtretung künftiger Forderungen (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** § 398 Ziff. 3, § 399 Ziff. 3). a) Eccius, GruchotsBeitr. **53** 1 ff., hält gegen **RG. 67** 166 (JDR. **7** Ziff. 5 c) seinen Widerspruch gegen die logische Möglichkeit einer wirksamen Abtretung künftiger Forderungen (vgl. GruchotsBeitr. **48** 465 [JDR. **3** Ziff. 2 a ζ]) aufrecht. b) Gegen Eccius, GruchotsBeitr. **53** 1 ff., vertritt Grünebaum, R. **09** 660 ff., den Standpunkt der herrschenden Meinung, daß künftige Forderungen rechtswirksam abtretbar seien. c) *Rutz, SeuffBl. **09** 269. Ändernd befristete (sog. „betagte") Rechte sind abtretbar, aufschiebend befristete nicht. Näheres JDR. **4** zu § 194 Ziff. 2. d) **RG.** V. 3. 2. 09, **70** 278 ff., JW. **09** 167 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 1026, läßt dahingestellt, ob und inwieweit die Übertragung eines künftigen Anspruchs zulässig ist (**RG. 55** 332 [JDR. **3** Ziff. 2 b α, **2** Ziff. 2 a ε], **58** 72, **67** 166 [JDR. **6** Ziff. 7 a, **7** Ziff. 5 c]) und ob nach § 851 ZPO., soweit die Übertragung eines künftigen Anspruchs zulässig ist, auch die Pfändung stattfindet. e) **RG.** SeuffA. **64** 54: s. bereits JDR. **7** Ziff. 5 c, **6** Ziff. 7 a. f) R. **09** Ziff. 25 (Hamburg). Ein Vertrag, durch den sich jemand zur Abtretung aller Forderungen verpflichtet, die er in Zukunft erwirbt, ist wegen mangelnder Individualisierung der als zukünftig gedachten Forderungen unwirksam. g) SeuffBl. **09** 523 (München). Die sog. künftige Eigentümergrundschuld oder Anwartschaft auf die Eigentümerhypothek ist abtretbar und pfändbar. h) BayRpflZ. **09** 173, SeuffBl. **09** 615, R. **09** Ziff. 3320 (München). Die Abtretung künftig anfallender Mietzinsforderungen steht, da es sich nicht um Abtretung bedingt bestehender, sondern künftiger Forderungen handelt, der Aufhebung oder Änderung des Mietvertrags durch Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter nicht entgegen, sofern nicht etwa § 138 eingreift.

5. Fiduziarische Abtretung (s. JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 3, **3** § 117 Ziff. 1, § 398 Ziff. 3, **1** §§ 398, 399 Ziff. 6). a) Begriff. All=

gemeines. Insbesondere vom Inkassomandat (s. insbes. JDR. **7** Ziff. 6 a, **6** Ziff. 8 a, **5** Ziff. 4 a, **4** Ziff. 3 a, **3** Ziff. 3 a, **2** Ziff. 3 a). α. **RG.** R. **09** Ziff. 3781. A. hatte eine für ihn eingetragene Grundschuld fiduziarisch an B. B. hatte sie weiter an C. übertragen. Nach Beendigung des fiduziarischen Verhältnisses kann A. Ansprüche auf Rückübertragung nur gegen B., nicht auch gegen C. erheben, selbst wenn diesem beim Erwerbe der Grundschuld das fiduziarische Verhältnis zwischen A. und B. bekannt war; denn zwischen A. und C. besteht keine vertragsmäßige Beziehung. β. **RG.** JW. **09** 734 Ziff. 38: Verpflichtung zur Sicherungsabtretung auf Grund obligatorischer Verpflichtung zur Verpfändung: s. o. zu § 242 Ziff. 3α. γ. **RG.** DJZ. **09** 1129, R. **09** Ziff. 1853. Der Schuldner hat dem Gläubiger seine Lebensversicherungspolice übersandt, damit der Gläubiger Deckung für seine beim Ableben des Schuldners etwa vorhandenen Forderungen habe; Anzeige gemäß § 1280 ist nicht erfolgt. Der Schuldner wollte nach Feststellung des BG. allgemein das, was erforderlich war, um dem Gläubiger die Sicherung zu verschaffen. Seine allgemein gehaltene Erklärung umfaßt daher auch die Abtretung des Versicherungsanspruchs zur Sicherung der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, falls die Abtretung erforderlich war; es ist auch zulässig, die Höhe des abgetretenen Betrags von der Höhe der Verbindlichkeiten zur Zeit des Todes abhängig zu machen. δ. SchlHolstAnz. **09** 236 (Kiel). Der gemäß §§ 675, 671 erfolgte Widerruf des einer Inkassoabtretung zugrunde liegenden Werkvertrags kann dem Zessionar nicht nur von dem bisherigen Gläubiger, sondern auch von dem Schuldner entgegengesetzt werden. **b)** Verhältnis zum Scheingeschäfte (s. JDR. **7** Ziff. 7 b, **6** Ziff. 8 b, **5** Ziff. 4 b, **4** Ziff. 3 b, c, **3** Ziff. 3 b, c, **2** Ziff. 3 c). **RG.** R. **09** Beil. Ziff. 197. Hat der Inhaber eines Geschäfts in der Absicht, die aus dem künftigen Geschäftsbetrieb erwachsenden Forderungen seinen Gläubigern zu entziehen, das Geschäft auf seinen Bruder mit der Abrede übertragen, daß er, der bisherige Inhaber, das Geschäft nach wie vor für eigene Rechnung führen solle, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß nur ein Scheingeschäft gewollt sei. Vielmehr liegt die Annahme nahe, daß die Abmachung der Brüder, das Geschäft solle von dem bisherigen Inhaber für seine Rechnung fortgeführt werden, nur für das zwischen ihnen bestehende Innenverhältnis von Bedeutung sein sollte. **c)** Der Zedent als Zeuge (s. JDR. **7** Ziff. 7 c, **5** Ziff. 4 c, **4** Ziff. 3 d, **2** Ziff. 3 d). α. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 911, JW. **09** 270 Ziff. 3, HoldheimsMSchr. **09** 188, LeipzZ. **09** 468 Ziff. 13, R. **09** Ziff. 1464. Eine Abtretung, mit welcher der bisherige Gläubiger lediglich den Zweck verfolgt, im Prozesse des neuen Gläubigers gegen den Schuldner als Zeuge auftreten zu können, verstößt nicht schon aus diesem Grunde gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1). Allerdings braucht sich der Schuldner beim Vorliegen eines besonderen rechtlichen Interesses das Auftreten eines anderen als des bisherigen Gläubigers als Prozeßpartei nur bei Wechsel der materiellen Gläubigerschaft gefallen zu lassen. Ein genügendes rechtliches Interesse liegt jedoch nicht in dem prozessualen Interesse, zu verhindern, daß der abtretende Gläubiger Zeuge sei und der neue Gläubiger einen Parteieid in Überzeugungsform leiste (JW. **06** 329 Ziff. 2). Dem Umstande, daß der Beweiswert der Zeugenaussage des bisherigen Gläubigers durch den mit der Abtretung verfolgten Zweck beeinträchtigt sein kann, ist bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen (vgl. **RG.** SächsRpflA. **06** 526 [JDR. **5** Ziff. 4 c], **RG.** **44** 374). Selbstverständlich kann der Zweck, zum Zeugnisse zugelassen zu werden, im einzelnen Falle mit einem weiteren Zwecke von der Art verknüpft sein, — z. B. der Absicht, bei der Vernehmung die Unwahrheit zu sagen —, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben ist. β. **RG.** R. **09** Ziff. 3297. Ein fiduziarisches Geschäft ist zwar nicht schon wegen Ermöglichung einer Zeugenvernehmung, wohl aber dann nichtig, wenn es lediglich die Täuschung der Gläubiger über das Vorhandensein eines Vermögensstücks bezweckt (§ 138 Abs. 1). **d)** Umgehung des § 157

Abs. 2 ZPO. OLG. **18** 96 (Königsberg). Eine Abtretung ist nicht deshalb unwirksam, weil sie lediglich die Umgehung des § 157 Abs. 2 ZPO. bezweckt.

6. Aus der Rechtsprechung (s. JDR. **7** Ziff. 8, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 5). **a)** **RG. 70** 378 f., JW. **09** 233 Ziff. 32, R. **09** Ziff. 1287. Sind Bestandteile oder Zubehörstücke eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks von diesem weggebracht, ohne daß ihre hypothekarische Haftung erloschen ist, so geht durch die spätere Abtretung der Hypothek mangels gegenteiliger Vereinbarung ohne weiteres auch der Anspruch auf Rückschaffung der Gegenstände auf den neuen Gläubiger über. **b)** Abtretung des Gebundenseins an einen Vertragsantrag. **RG.** BayRpflZ. **09** 147, LeipzZ. **09** 231 Ziff. 18, R. **09** Ziff. 648. Das Gebundensein an einen Vertragsantrag — Bindung an einen Kaufantrag über Grundstücke unter Vereinbarung eines Entgelts in Gestalt eines Kaufpreisteils — ist kein Recht, das seitens des Antragsempfängers nach §§ 398, 413 auf einen anderen übertragen werden kann. Damit ist nicht entschieden, ob nicht die Beteiligten vereinbaren können, daß anstatt des Antragsempfängers ein Dritter den Vertrag mit der Wirkung annehmen kann, daß die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten in seiner Person erwachsen.

§ 399. Literatur: Breit, Einiges zum Baugeldervertrag nach künftigem Rechte, JW. **09** 349—353. — Derselbe, Nochmals die Pfändbarkeit der Baugeldforderungen, JW. **09** 403—405. — Friedländer, Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen, BayRpflZ. **09** 281—287, 315—321, 346—352. — Hagelberg, Die Abtretung und Pfändung von Baugeldansprüchen, JW. **09** 446—448. — Kiefe, Zur Frage der Pfändbarkeit der Baugelderforderungen, JW. **09** 382—384.

1. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **1** Ziff. 8). **a)** Breit, JW. **09** 349 ff. (352 f.): Der Zweckcharakter des Baugelderdarlehns (§ 1 BauSG.) ist mit einer Pfändung durch Baugläubiger verträglich, und die Anerkennung der Statthaftigkeit einer solchen Pfändung ist ein wirtschaftliches Bedürfnis. Dagegen widerstreitet die Pfändung seitens eines Privatgläubigers der Zweckbestimmung des Baugelddarlehns und ist daher unstatthaft. Denn der Abtretung des Baugeldes an einen Privatgläubiger des Bauunternehmers steht die Bestimmung im § 399 BGB. entgegen, wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen Dritten nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, und demgemäß ist auch die Pfändung ausgeschlossen. **b)** Kiefe aaO.: Die Pfändung von Baugeldforderungen ist nicht nur für Baugläubiger, sondern für alle Gläubiger des Bauunternehmers zulässig. Die Übertragbarkeit — und damit die Pfändbarkeit — der Baugeldforderung ist nicht durch § 399 ausgeschlossen. Sollte man aber auch, sei es im konkreten Falle, sei es allgemein, eine Unübertragbarkeit nach § 399 annehmen, so ist die Pfändbarkeit trotzdem gemäß § 851. Abs. 2 ZPO. gegeben. — Der Zessionar und der Pfändungsgläubiger haben nach § 1 BauSG. die Verpflichtung, das empfangene Baugeld nach Vorschrift des Gesetzes zu verwenden, und sie haften, wenn sie dieser Verpflichtung nicht nachkommen, den Baugläubigern gemäß § 823 Abs. 2. BGB. auf Schadensersatz. **c)** Hiergegen Breit, JW. **09** 403 ff. **d)** Hagelberg aaO.: (s. a. o. § 273 Ziff. 2 c) Die Abtretbarkeit des Baugeldanspruchs ist zu bejahen. § 1 BauSG. enthält nicht etwa ein Verbot der Abtretung an Unbeteiligte (§ 134 BGB.). Ebenso greift § 399 BGB. nicht ein; die Leistung des Baugeldgebers bleibt die gleiche, auch wenn er die Valuta an einen Dritten abführt. Die Abtretung des Baugeldanspruchs an einen am Bau unbeteiligten Dritten enthält aber, da sie das Geld seinem Zwecke entfremdet, eine positive Vertragsverletzung, die den Baugeldgeber berechtigt, Schadensersatz durch Rückgängigmachung der Zession zu fordern und gemäß § 273 BGB. jede Leistung aus dem Baugeldvertrage zu verweigern, bis die Zession aufgehoben ist. Auf Grund dieser Einrede kann der Baugeldgeber auch dem Zessionar gegenüber die Zahlung verweigern. Das gleiche

Recht steht ihm gemäß §§280, 249, 273 BGB. gegenüber dem am Baue unbeteiligten Pfändungsgläubiger zu. — Die Frage, ob der Zessionar und der Pfändungsgläubiger gemäß § 1 BauSG. verpflichtet sind, das Baugeld zur Befriedigung der am Bau Beteiligten zu verwenden, ist zu verneinen. e) Friedländer aaO. (347ff.): Beim Baugeldvertrage kann nur die Abtretung an Baugläubiger einen Anspruch des Zessionars begründen, es sei denn, daß in Höhe des zedierten Betrags bereits ein Baugläubiger von dem Baugeldnehmer befriedigt ist (§ 1 Abs. 1 Satz 2 BauSG.). Auch nicht jede Abtretung an einen Baugläubiger oder Zession im Falle des § 1 Abs. 1 Satz 2 ist vom Baugeldgeber zu beachten. Abgesehen von den Fällen des pactum de non cedendo kann der Baugeldgeber, wie schon nach früherem Rechte, alle Einreden aus dem Vertrag, insbesondere alle Einreden, welche sich auf spezielle Vorschriften über die Baugeldverwendung stützen, dem Zessionar gegenüber geltend machen. — Die Meinung, daß auch der Zessionar als Empfänger von Baugeld im Sinne des § 1 BauSG. anzusehen sei, ist abzulehnen. f) **RG.** R. **09** Ziff. 1761. Beim Baugeldvertrage hat der Geldgeber ein Recht nicht bloß darauf, daß das von ihm gegebene und zu gebende Geld zu dem Bau verwendet wird, er kann auch verlangen, daß dies in einer den ordnungsmäßigen Fortgang des Baues ermöglichenden und sichernden Weise geschieht, und braucht Verfügungen des Unternehmers über künftig fällig werdende Raten, durch die der Fortgang vereitelt oder gefährdet wird, nicht gegen sich gelten zu lassen (Abtretung eines unverhältnismäßig großen Teiles der Baugelder an einen einzelnen der am Bau Beteiligten). g) S. auch unten Ziff. 2 a.

2. Darlehnsversprechen (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 4). a) **RG.** JW. **09** 309 Ziff. 4, LeipzZ. **09** 545 Ziff. 12, R. **09** Ziff. 1663. Bei einem Darlehnsversprechen kann der Anspruch auf die Zahlung der Darlehnssumme in der Art auf einen Dritten übertragen werden, daß nicht der Zessionar, sondern der Versprechensempfänger der Darlehnsschuldner wird (**RG. 66** 359 [JDR. **6** Ziff. 3 a], **68** 355 [JDR. **7** Ziff. 3 a]. Ist das Darlehen zu einem bestimmten Zwecke versprochen, — Beihilfe zum Bau einer Elektrizitätsanlage —, so darf die Abtretung nicht dazu führen, das Darlehen diesem Zwecke zu entfremden. b) **RG.** SeuffA. **64** 143 s. schon JDR. **7** Ziff. 3 a. c) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 415 s. schon JDR. **7** Ziff. 3 b.

3. Gegenseitige Verträge (s. JDR. **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 5, **3** Ziff. 4). **RG.** R. **09** Ziff. 230. Auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen sind abtretbar. Der Schuldner kann aber nach § 404 dem neuen Gläubiger die aus dem Schuldverhältnisse zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründeten Einwendungen, insbesondere diejenigen aus §§ 320 ff., entgegensetzen.

5. Bürgschaft. Gesamtschuld. a) *Reichel, Schuldmitübernahme 457 ff.: Akzessorische Sicherungsrechte (Bürgschaft ꝛc.) können nicht übertragen werden ohne die gesicherte Hauptforderung. Folge der Sonderabtretung des Nebenrechts: Nichtigkeit; nicht Erlöschen des Nebenrechts. Wird das Hauptrecht gesondert übertragen: Erlöschen des Nebenrechts. Gesamtschuldforderungen sind selbständig abtretbar (ebenda 460). b) **RG.** JW. **09** 685 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 3608. Wie das RG. in den für das Geltungsgebiet des PrALR. ergangenen Entsch. **15** 278, **33** 269 ausgesprochen hat, kann die Forderung aus der Bürgschaft ohne die durch sie gesicherte Hauptforderung wirksam nicht abgetreten werden. Dieser aus dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft hergeleitete Grundsatz gilt auch für die Bürgschaft des BGB.

6. Abtretung des Anfechtungsrechts. **RG.** JW. **09** 657 Ziff. 8, R. **09** Ziff. 3159. Die Abtretung des Anfechtungsrechts und Anfechtungsanspruchs des Konkursverwalters ist mit den Bestimmungen der KO. über den Zweck und die Wirkungen der Anfechtung nicht vereinbar.

7. KGBl. **09** 87 (KG.). Soweit nicht der Mieter auf Grund des Mietvertrags den Gebrauch der gemieteten Räume einem Dritten zu überlassen berechtigt

ist, sind die Rechte aus dem Mietvertrage nicht abtretbar und folgeweise nicht pfändbar.

8. HansGZ. **09** Beibl. 87 (Hamburg). Ist die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen, so ist eine gleichwohl erfolgende Abtretung nur im Verhältnisse zum Schuldner unwirksam.

9. **RG.** HansGZ. **09** Beibl. 257. Ist in einem gemeinschaftlichen Testamente dem überlebenden Ehegatten eine Forderung vermacht und zugleich die Unabtretbarkeit der Forderung bestimmt, so liegt eine die Abtretung ausschließende Vereinbarung im Sinne des § 399 nicht vor, da die gemeinsame Errichtung eines letzten Willens kein Vertrag ist.

10. **a) RG.** R. **09** Ziff. 1814. Ist in den Bedingungen eines Lebensversicherungsvertrags bestimmt, daß eine Abtretung der Ansprüche gegen die Gesellschaft nur mit deren Genehmigung erfolgen darf, so ist es Sache der Auslegung, ob damit ein negatives Abtretungsverbot hat vereinbart, oder nur das Verhältnis der Versicherungsgesellschaft zu einem Rechtsnachfoger des Versicherten geregelt werden sollen. Ist die Bestimmung, im ersteren Sinne auszulegen, so ist aus dem mutmaßlichen Parteiwillen weiter festzustellen, ob die Genehmigung noch nach dem Tode des Zedenten erteilt werden kann. **b) RG.** LeipzZ. **09** 159 Ziff. 9: Auslegung der in den Bedingungen einer Lebensversicherung enthaltenen Bestimmung, daß eine Übertragung der Rechte aus der Versicherung der Gesellschaft gegenüber nur dann rechtliche Geltung erhalte, wenn sie der Gesellschaft innerhalb bestimmter Frist angezeigt und von ihr anerkannt ist. Diese Bestimmung ist nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des BG. nicht als Vereinbarung eines (negativ bedingten) Abtretungsverbots zu verstehen, sie enthält vielmehr nur eine Regelung des Verhältnisses zu der Versicherungsgesellschaft, die im Falle wiederholter Abtretungen gegen die Gefahr mehrfacher Zahlungsansprüche geschützt sein und mit Sicherheit diejenige Abtretung soll berücksichtigen können, bei welcher die in der Bestimmung angegebenen Voraussetzungen erfüllt sind.

11. **a)** KG. R. **09** Ziff. 203. Die Bestimmung in einer Schuldurkunde, daß die Verfügung über das Kapital dem Gläubiger bis zur Vollendung eines bestimmten Lebensjahrs nur in Gemeinschaft mit einem Dritten zustehen solle, enthält kein Abtretungsverbot im Sinne des § 399, sondern eine anderweite, nach § 137 mit dinglicher Wirkung nicht begründbare, und daher nicht eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung. **b) RG.** R. **09** Ziff. 812. Ein Fall des § 399 liegt nicht vor, wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente bestimmt haben, daß die einem Dritten vermachte Forderung nicht abtretbar sei. Es findet daher nicht § 851 Abs. 2, sondern § 851 Abs. 1 ZPO. Anwendung.

§ 400. R. **09** Ziff. 2634 (Hamburg). Ob eine Forderung — Rentenanspruch — pfändbar ist, entscheidet sich nach dem Zeitpunkt, in welchem die Pfändung durchgeführt werden soll. Daraus folgt, daß die Zulässigkeit der Abtretung sich nach dem Zeitpunkte bestimmt, in dem die Forderung eingezogen werden soll.

§ 401. Literatur: Korsch, Eintritt des Zessionars in ein schwebendes Verfahren zum Zwecke der Versteigerung eines Grundstücks, R. **09** 173—174.

1. **a)** *Reichel, Schuldmitübernahme 455: § 401 gilt für alle akzessorischen Sicherungsrechte, insbesondere auch für die Ansprüche auf künftige Sicherstellung (§ 648 usw.). **b)** *Reichel, Schuldmitübernahme, vgl. u. zu § 930 Ziff. I 2.

2. *Tacken, Ausgleichungsanspruch 18 ff., 37 f. Die Akzessorien gehen nur „im Zweifel" mit dem Hauptrecht über, also dann nicht, wenn Gesetz oder Parteiwille ein anderes vorschreiben. Vgl. § 744.

3. Korsch aaO. gegen Brückner, R. **08** 283 (JDR. **7** Ziff. 4 zu § 16 ZVG.): Durch die Beschlagnahme des Grundstücks in der Zwangsversteigerung entsteht für den bisherigen (betreibenden) Gläubiger ein auf den neuen Gläubiger übergehendes

Vorzugsrecht im Sinne des § 401 Abs. 2. Mit der Übertragung der Forderung vollzieht sich mithin ein Wechsel in der Person des betreibenden Gläubigers, ohne daß es eines richterlichen Beschlusses oder einer neuen Vollstreckungsklausel bedarf. Ohne den Willen der zur Zeit als Gläubiger legitimierten Person darf, abgesehen von § 28 ZVG., das Verfahren nicht zum Stillstande gebracht werden.

4. Recht aus § 648 (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3). **a)** FrankfRdsch. **43** 53 (Frankfurt). Der Anspruch aus § 648 ist kein höchstpersönliches Recht des Unternehmers; er geht mit der Abtretung der zugrunde liegenden Forderung ohne weiteres auf den Zessionar über. **b)** S. o. Ziff. 1 a. **c)** S. a. u. zu § 648 Ziff. 4.

5. Anspruch auf Gewährleistung (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). **RG.** R. **09** Ziff. 3538. Bei Übertragung einer Forderung geht ein für die Forderung gegen einen Dritten bestehender Gewährleistungsanspruch nicht ohne weiteres mit über (**RG. 60** 369 [JDR. **4** Ziff. 1 c]).

§ 402. 1. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 419 ff. Der Kuxschein gehört nicht zu den Urkunden des § 402 BGB. Diese Vorschrift verlangt die Übergabe von Dokumenten nur insoweit, als sie sich im Besitze des Abtretenden befinden; beim Kuxscheine dagegen hat der Zedent bei Verlust der Urkunde diese gerichtlich für kraftlos erklären zu lassen (§ 105 AllgBergges.). Die Urkunde des § 402 ist lediglich Beweisstück für den Prozeß, der Kuxschein aber hat eine mehr privatrechtliche Funktion: ohne ihn kann die Ausübung des in ihm verbrieften Kuxrechts nicht erlangt werden. § 105 AllgBergges.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1664. Auch eine Urkunde, die nicht die Begründung der Forderung in vollem Umfange, sondern nur ein Nebenrecht, eine besondere Beschaffenheit der Forderung, beweist (Hypothekenurkunde), ist eine zum Beweise der Forderung dienende.

§ 404. 1. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 479. Die zuerst von Klostermann in der Zeitschr. f. Bergrecht **18** 227 ff. behauptete Einrede, die die Gewerkschaft zufolge der allgemeinen Regeln über die Wirkung der Zession gegenüber dem gesetzmäßig, d. h. unter Vorlegung von Kuxschein und Abtretungsurkunde. gestellten Antrag des Erwerbers auf Eintragung in das Gewerkenbuch habe, ist nicht zulässig nach bürgerlichem Rechte. § 404 erhält dem Schuldner alle Einreden, die ihm zur Zeit der Abtretung gegenüber dem bisherigen Gläubiger zustehen. Die Gewerkschaft ist aber im Augenblicke der Abtretung wegen rückständiger Zubuße nicht Schuldner des bisherigen Gewerken, sondern dessen Gläubiger. § 404 will aber nicht den Gläubiger, sondern den Schuldner schützen. Wegen der Einrede der Aufrechnung siehe unten § 406 Ziff. 2.

2. **RG. 71** 30 ff., JW. **09** 310 Ziff. 5, DJZ. **09** 715, R. **09** Ziff. 1762. Die Bestimmung des § 404 enthält nicht zwingendes Recht. Einer Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner dahin, daß bestimmte, an sich das Wesen der Forderung betreffende Einreden, wie die des nicht erfüllten Vertrags, im Falle einer Abtretung der Forderung dem neuen Gläubiger nicht entgegengesetzt werden dürfen, ist daher die rechtliche Anerkennung grundsätzlich nicht zu versagen. — Eine derartige Vereinbarung bedarf jedoch einer klaren Feststellung.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 469 Ziff. 19, HoldheimsMSchr. **09** 189, R. **09** Ziff. 1288,1289. Zur Zeit der Abtretung ist eine Einwendung nicht erst dann begründet, wenn alle zu ihrer Wirksamkeit erforderlichen Tatsachen schon zur Zeit der Abtretung vorhanden sind, vielmehr genügt es, wenn der Rechtsgrund, auf welchem die Einwendung beruht, in dem Schuldverhältnisse, so wie es zur Zeit der Abtretung bestanden hat, liegt (Planck, Oertmann, Staudinger; Mot. II 128).

4. **RG. 71** 30 ff. (33), JW. **09** 310 Ziff. 5, DJZ. **09** 715, R. **09** Ziff. 1806. Bei einem Orderpapier hat nur das Indossament die im § 364 HGB. bezeich-

neten Wirkungen. Wer ein Orderpapier, insbesondere einen Wechsel durch Zession erwirbt, muß sich alle Einreden aus der Person des Zedenten entgegensetzen lassen.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3323. Bei Übertragung der Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage muß sich der Zessionar alle Einreden gefallen lassen, die sich aus der weiteren Entwickelung des Vertragsverhältnisses ergeben.

6. **RG.** JW. **09** 48 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 231. Die Bedeutung eines vom Schuldner nach der Abtretung dem neuen Gläubiger gegenüber abgegebenen Anerkenntnisses ist nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen. Vorliegend hat das BG. das Anerkenntnis rechtlich einwandfrei als abstraktes Schuldanerkenntnis und -versprechen im Sinne der §§ 780, 781 aufgefaßt, so daß der zedierte Betrag ohne Rücksicht auf die gegen die abgetretene Forderung an sich begründeten Einwendungen zu zahlen ist.

7. OLG. **19** 205, SächsRpflA. **09** 140, R. **09** Ziff. 3156 (Dresden). Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters gemäß § 17 KO. wirkt auch gegenüber dem Zessionar des Gemeinschuldners.

8. OLG. **18** 5 (KG.). Der Schuldner, der sich mit Valutierung einer Hypothek im Verzuge befindet, kann sich gegenüber dem Anspruch des Zessionars auf Zahlung der Valuta nicht darauf berufen, daß infolge einer nach Eintritt des Verzugs angeordneten Zwangsverwaltung das Kapital nach der Schuldurkunde sofort zur Rückzahlung fällig geworden sei. Er muß dem Zessionar das gewähren, was er ohne den Verzug gehabt hätte.

§ 405. Literatur: Klein, Zu BGB. § 405, SeuffBl. **09** 729, 730.

1. *Klein. § 405 findet nur bei freiwilliger Ausstellung und Übergabe der Urkunde durch den Aussteller (Schuldner) an den (vorlegenden) alten Gläubiger Anwendung. Seine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn die Ausstellung und Aushändigung der Urkunde, die der alte Gläubiger dem neuen Gläubiger bei der Abtretung vorlegt und deren Inhalt er in seiner Vorstellungsmitteilung für sich in Anspruch nimmt, nicht freiwillig erfolgten (BGB. § 935!). Der Schutz des § 405 BGB. greift demgemäß nicht ein: a) wenn die Urkunde dem Aussteller (Schuldner) gestohlen wurde oder verloren ging, an den alten Gläubiger gelangte und von diesem dem neuen Schuldner vorgelegt wurde; b) wenn die Urkunde von einem geschäftsunfähigen (geisteskranken) Schuldner ausgestellt oder übergeben wurde; c) wenn die Ausstellung der Urkunde oder deren Übergabe unter dem Eindruck absoluten physischen oder psychischen Zwanges erfolgte. Der Schutz des § 405 greift hingegen ein: a) wenn der Aussteller die Urkunde infolge eines Irrtums aushändigte; b) wenn der Aussteller zur Aushändigung der Urkunde durch Drohung oder Täuschung veranlaßt wurde; c) wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger die Urkunde ausstellte oder aushändigte.

2. **RG. 71** 30 ff., JW. **09** 310 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 1763. Die Vorschrift des § 405 ist eine Sondervorschrift, die keine ausdehnende Anwendung auf Einreden anderer Art als die beiden darin erwähnten zuläßt: nur die Einrede des Scheingeschäfts und die der vertragsmäßigen Ausschließung der Abtretung können dem gutgläubigen Erwerber einer verbrieften Forderung nicht entgegengesetzt werden (vgl. Prot. 2. Lesung (Guttentag) **1** 390, **6** 168).

3. **RG. 71** 186, JW. **09** 388 Ziff. 4. Das Scheinanerkenntnis einer Forderung wird in der Regel zur Voraussetzung haben, daß die Forderung nicht besteht. Die Frage, ob das Anerkenntnis einer Forderung auch dann im Sinne des § 405 als zum Schein erfolgt gelten kann, wenn die Forderung zwar besteht, der Anerkennende aber weiß, daß er eine aufrechenbare Gegenforderung besitzt und des Willens ist, sie gegen die Forderung, sobald das Recht darauf ausgeübt werden sollte, aufzurechnen, bleibt dahingestellt.

§ 406. Literatur: Sohm, Zur Aufrechnung des debitor cessus (§ 406 BGB.), DJZ. **09** 207, 208.

1. Sohm aaO.: Die Gleichartigkeit der zur Aufrechnung zu bringenden Forderungen braucht auch im Falle des § 406 erst im Augenblicke der Aufrechnungserklärung gegeben zu sein; bis zu diesem Augenblicke können die Forderungen verschiedenartig gewesen sein (aM. Planck, Staudinger, Rehbein).

2. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 478 ff. Die Ansicht, daß die Gewerkschaft nach Übertragung des Kuxes eine spätere Ausbeute gegen eine Zubuße eines früheren Gewerken aufrechnen könne, ist irrig. Die Zubuße ist nicht dinglicher Natur, haftet also nicht am Kuxe. Ferner hindert die Entstehung der Einrede der Aufrechnung der Umstand, daß die Gewerkschaft zur Zeit der Abtretung des Kuxes wegen der rückständigen Zubuße nicht Schuldner, sondern Gläubiger war und das bürgerliche Recht nicht diesen, sondern jenen schützen will. Dies Moment gilt selbst dann, wenn man annimmt, daß die spätere Ausbeute die Einrede der Aufrechnung infolge der damaligen Beschaffenheit des Schuldverhältnisses gezeitigt habe. Anders verhält es sich mit einer Zubuße nach Abtretung des Kuxes, wenn der Erwerber sich nicht in das Gewerkenbuch eintragen läßt. Dann bleibt der noch eingetragene Nicht-Gewerke nach § 107 AllgBerggeſ. zur Zahlung der Zubuße verpflichtet, der wirkliche Gewerke aber haftet gemäß § 102 AllgBerggeſ., ja er ist sogar nach § 103 BGB. für die Beiträge Schuldner, die nach dem Erwerbe fällig werden. In diesen Fällen ist die Aufrechnung einer späteren Ausbeute gegen rückständige Zubuße eines „früheren" Gewerken gegeben.

3. HansGZ. **09** Beibl. 202 (Hamburg). § 406 setzt nicht voraus, daß die aufzurechnenden Forderungen schon zu der Zeit gleichartig waren, wo der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erlangt hat; es genügt, daß später die Gleichartigkeit eintritt (aM. Planck, Crome, Rehbein).

§ 407. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme, vgl. o. zu § 278 Ziff. 1, 2.

2. *Klein aaO. Die Worte: „. . . sowie jedes Rechtsgeschäft . . ." beziehen sich auch auf „Mitteilungen" („Rechtshandlungen i. e. S."), z. B.: die „Mitteilungen" im § 25 Abs. 2 HGB., § 416 BGB. — (Gegen **RG. 67** Nr. 4 u. 106.)

3. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 432. Die Vorlegung der Abtretungsurkunde ohne Hingabe des Kuxscheins bei Stellung des Antrags auf Eintragung des Erwerbers in das Gewerkenbuch ist kein Umstand, der die Gewerkschaft verpflichtet, nicht mehr an den bisherigen, im Gewerkenbuche verzeichneten Gewerken zu leisten. Denn die Gewerkschaft darf nach § 106 AllgBerggeſ. nur dem eingetragenen Gewerken die Ausübung der Gewerkenrechte, wie Bezug der Ausbeute, Teilnahme an Gewerkenversammlungen, zugestehen. Die Eintragung aber darf nur nach Vorlegung von Abtretungsurkunde und Kuxschein erfolgen, § 105 AllgBerggeſ.

4. Kenntnis des Schuldners (s. FDR. **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 1). R. **09** Ziff. 29 (Celle). Der neue Gläubiger muß die Zahlung an den alten Gläubiger auch dann gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner zwar nach Absendung, aber noch vor Ankunft des Geldes beim alten Gläubiger von der Abtretung Kenntnis erlangt hat.

5. Bereicherungsanspruch des Schuldners. **a)** OLG. **18** 94, HansGZ. **09** Beibl. 145, R. **09** Ziff. 971 (Hamburg). Dem Schuldner, der gemäß §§ 407, 408 gutgläubig an einen nicht legitimierten Gläubiger gezahlt hat, steht ein Bereicherungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger nicht zu. **b)** RheinA. **106** 52 (Düsseldorf). Dem Schuldner, der in Unkenntnis der Abtretung an den bisherigen Gläubiger gezahlt hat, steht gegen diesen die condictio indebiti zu.

6. OLG. **18** 5 (Cassel) s. schon FDR. **7** Ziff. 6.

§ 408. BraunschwZ. **09** 183 (Braunschweig). Die Kenntnis des Schuldners von der bereits erfolgten Abtretung der gepfändeten Forderung muß eine zweifels-

freie sein und muß nicht nur die Tatsache der Abtretung, sondern auch deren Priorität vor der Pfändung umfassen.

§ 409. Literatur: Klein, Zu BGB. § 409, SeuffBl. **09** 597, 598.

1. *Klein aaO. a) Zu Abs. 1 Satz 1. Kommt dem (alten) Gläubiger, bevor die Abtretung der Forderung erfolgt ist, eine für seinen Schuldner bestimmte schriftliche Abtretungsanzeige unfreiwillig abhanden, und gelangt diese Anzeige an den Schuldner, so treten für den Schuldner, der im Vertrauen auf die Anzeige an den in der Abtretungsanzeige genannten neuen Gläubiger leistet, die Rechtsfolgen des § 409 Abs. 1 Satz 1 nicht ein. Bemerkt der alte Gläubiger den Verlust der Anzeige, so muß er dies unverzüglich dem Schuldner mitteilen. Andernfalls muß der alte Gläubiger die Zahlung an den neuen Gläubiger gegen sich gelten lassen. — b) Zu Abs. 1 Satz 2. Übergibt der alte Gläubiger dem neuen Gläubiger die Abtretungsurkunde mit dem Verbote: sie einstweilen vorzulegen, so muß der alte Gläubiger, wenn der neue Gläubiger die Urkunde dem Verbote zuwider dem Schuldner vorlegt, die Leistung des Schuldners an den neuen Gläubiger gegen sich gelten lassen. Gleiches gilt auch für den Fall, daß der alte Gläubiger, der mit dem neuen Gläubiger in Vorverhandlungen steht, diesem einen Entwurf der Abtretungsurkunde überläßt, der nicht als Entwurf kenntlich gemacht ist. Auch hier muß der alte Gläubiger die Zahlung des Schuldners, der den Entwurf für die Abtretungsurkunde hielt und daher dem neuen Gläubiger leistete, gegen sich gelten lassen. [Vgl. auch Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürg. Recht, 1906, 70 ff.]

2. *Dümchen, JheringsJ. **54** 383 f., 445 f. Dem Gläubiger steht gegen den Scheinberechtigten, um dessen Zustimmung zur Rücknahme der Abtretungsanzeige zu erlangen, eine absolut wirkende Klage zu, die im Konkurs ein Aussonderungsrecht begründet.

3. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 431. Legt der Erwerber eines verbrieften Kuxes der Gewerkschaft bei Stellung des Antrags auf Eintragung in das Gewerkenbuch Kuxschein und Abtretungsurkunde vor, so bedeutet dies Anzeige im Sinne des § 409 BGB. Der bisherige Gläubiger muß die Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist. Diese Wirkung tritt aber nicht ein, wenn die Abtretungsurkunde allein vorgelegt wird. Siehe unter § 407 Ziff. 3. — Der im § 409 dem Schuldner zugesicherte Schutz muß aber beim Kux auch gegenüber dem Erwerber durchgreifen, d. h. auch der neue Gläubiger muß die Abtretung gegen sich gelten lassen, wenn er den Antrag auf Eintragung stellt. Dieser Schuldnerschutz ist wegen der Zubuße erforderlich. Der neue Gewerke, der nach der Einschreibung in das Gewerkenbuch seine Rechte ausübt, darf nicht in dem Augenblicke gegenüber der Gewerkschaft Mängel des Abtretungsgeschäfts geltend machen, wo für ihn eine dem Kuxrecht anhaftende Pflicht eintritt.

4. **RG. 70** 89, JW. **09** 45 Ziff. 4, RheinNotZ. **54** 80, R. **09** Ziff. 232. Die Vorschrift des § 409 ist eine Schutzbestimmung für den Schuldner, die es ihm nicht verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Zession zu berufen (so schon **RG. 53** 416, 420 [JDR. **2** Ziff. 2]).

5. OLG. **18** 7 (KG.). Hat der Schuldner durch sein Verhalten zu erkennen gegeben, daß er von der Befugnis, auf Grund einer — den Tatsachen nicht entsprechenden — Abtretungsanzeige die Aktivlegitimation des Gläubigers zu bestreiten, keinen Gebrauch machen wolle, so stellt eine nachträgliche Berufung auf die erfolgte Anzeige sich als Arglist dar. — Stillschweigende Zurücknahme der Anzeige und stillschweigende Zustimmung des Dritten.

§ 410. 1. **RG. 70** 164, JW. **09** 105 Ziff. 3. Die Bestimmung des § 410 gibt dem Schuldner die Befugnis, seine Leistung so lange zu verweigern, bis ihm die Abtretungsurkunde ausgehändigt wird, gewährt ihm also eine Einrede.

2. **RG. 70** 163 ff., JW. **09** 1405 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 445. Die Vorschrift des § 410 führt in dem Falle, daß ein Schuldner seinem Gläubiger gegenüber mit einer ihm abgetretenen Forderung aufrechnen zu wollen erklärt, an sich dahin, daß jener, der in der durchgeführten Aufrechnung die geschuldete Leistung erhalten würde, die dieser nur gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde zu gewähren braucht, ohne Aushändigung einer solchen Urkunde die Aufrechnung nicht rechtswirksam erklären kann, wenn der abgetretene Schuldner diese Aushändigung fordert. Wie aber im Falle des § 410 der neue Gläubiger die Abtretungsurkunde nur gegen Empfang der geschuldeten Leistung herauszugeben braucht, so kann auch im Falle der Aufrechnung eine Herausgabepflicht nur dann bestehen, wenn der neue Gläubiger die Gewißheit hat, durch die Aufrechnung Befriedigung wegen des ihm abgetretenen Anspruchs zu erhalten. Wenn daher der abgetretene Schuldner das Bestehen der Forderung bestreitet und damit erklärt, daß er seinerseits dem neuen Gläubiger überhaupt nicht leisten will, so kann diesem so wenig wie bei einer Leistungsverweigerung im Falle des § 410 die Aushändigung der Abtretungsurkunde angesonnen werden.

§ 413. RG. BayRpflZ. **09** 147, LeipzZ. **09** 231 Ziff. 18, R. **09** Ziff. 648: Abtretung des Gebundenseins an einen Vertragsantrag: s. zu § 398. Ziff. 6b.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses steht wieder die kumulative Schuldübernahme. Reichel behandelt sie in eingehender monographischer Darstellung als „Schuldmitübernahme"; Wienstein zieht das gemeinrechtliche constitutum debiti alieni für das Recht der Schuldübernahme heran; Schneider untersucht den — auch von Reichel berührten — Interzessionsbegriff im BGB. Die Rechtsprechung hat sich hauptsächlich mit der Abgrenzung der kumulativen Schuldübernahme von der Bürgschaft beschäftigt. Zu beachten ist auch das Material zur Lehre von der privativen Schuldübernahme. Zu §§ 415, 416 liegen mehrere Abhandlungen vor.

§ 414. Literatur: Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme). München 1909. XVIII und 588 S. Bd. 19 von Fischers Abhdlg. z. PrivR. u. ZPr. d. D. Reichs. — Schneider, Das Eintreten neben die Schuld eines anderen (intercessio cumulativa), BayRpflZ. **09** 2—10, 33—39. — „Schuldübernahme", R. **09** 356—357, 432—433 (Bericht über einen Vortrag Strohals). — Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogenannten kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich? SeuffBl. **09** 46—50. — Wienstein, Das Erfüllungsversprechen, GruchotsBeitr. **53** 555—564.

1. Schneider (s. a. u. zu §§ 765 ff. Ziff 1). Das Eintreten neben die Schuld eines anderen (intercessio cumulativa) wird im BGB. nur bruchstückweise (§§ 765 ff., 778, 1143 ff., 1225) behandelt. Es besteht, wie im Anschluß an Arndts Pand. anzunehmen ist: in der sei es auch nur durch Verwendung eines einzelnen Vermögensstücks (auf dingliche Weise) geschehenen Übernahme einer Schuldverbindlichkeit für einen anderen neben diesem, wodurch man sich der Gefahr aussetzt, anstatt dessen, den die Schuldverbindlichkeit eigentlich allein angeht, weil dieser die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirkt, von dem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden und aus seinem Vermögen ihn befriedigen zu müssen (3). Ein solches Eintreten kann insbesondere geschehen durch: 1. Bürgschaft, 2. Kreditauftrag, 3. Eingehung einer Gesamtschuld, 4. Haftungsübernahme für die Leistung eines anderen, soweit sie nicht in Bürgschaft besteht, 5. Darlehnsaufnahme und sonstige Schuldeingehung an Stelle eines anderen, dem allein der Vorteil zukommt, 6. Wechselbürgschaft, 7. Verpfändung oder Sicherheitsübereignung, 8. Verzicht auf ein Vorzugsrecht (3). Des näheren wird unter Ausschluß der gesetzlich geregelten

Rechtseinrichtungen der Bürgschaft und des Kreditauftrags erörtert: A. Das Verhältnis zwischen dem Beitretenden (Drittsicherer) und dem Gläubiger (3—10). a) Ein solches Rechtsverhältnis wird häufig überhaupt nicht bestehen. So, wenn der Gläubiger nicht weiß, daß ein Drittschuldner vorhanden ist (intercessio tacita). In derartigen Fällen liegen dem Gläubiger keine Vertragspflichten ob, er kann aber unter Umständen, wenn auch in beschränktem Maße, von dem beigetretenen Dritten aus dem Eigentume belangt werden. Bei dem Geschäft oben zu 5 wird häufig intercessio tacita vorliegen, sofern der Gläubiger den, der eigentlich Schuldner sein sollte, nicht kennt. — Auch wenn der Gläubiger den Drittsicherer kennt, braucht er mit diesem nicht in vertragsmäßiger Verbindung zu stehen, wofern nicht eine solche nach der Natur der Schuldbeitrittsart (z. B. oben Ziff. 1, 5, auch 7) notwendig ist. b) Ein zwischen Gläubiger und Drittsicherer bestehendes vertragsmäßiges Band wird regelmäßig ein unbenannter zweiseitiger Vertrag sein, wodurch der Dritte gegen Annahme oder Beibehaltung des Hauptschuldners durch den Gläubiger diesem Sicherung mittels persönlichen oder nur dinglichen Schuldbeitritts gewährt. Bei Beurteilung der hieraus gegenseitig erwachsenden Rechte und Pflichten ist auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen, namentlich die aus §§ 157, 242, 276 zu entnehmenden Gebote zurückzugehen; daneben sind die Bürgschaftsgrundsätze entsprechend anzuwenden, wenn dies nicht die besondere Natur der in Rede stehenden Verträge und zwingende Rechtssätze verbieten. Hiernach ergeben sich folgende Einzelsätze (6 ff.): § 765 Abs. 2 gilt für alle Interzessionsarten. § 766 Satz 1 (Form) kann, wie im einzelnen dargelegt wird, auf andere Arten der Drittsicherung nicht durchaus ausgedehnt werden. § 766 Satz 2 (Heilung) wird der Wirkung nach meist bei jeder Schuldbeitrittsart gelten (§ 814). § 767 ist entsprechend anwendbar. Ebenso §§ 768, 770 (Einreden), denn diese Vorschriften bilden nur die Anwendung eines aus §§ 158, 812 hervorgehenden allgemeinen Rechtssatzes. Das Recht auf Vorausklage (§§ 771 ff.) ist anderen Drittsicherern nicht zuzugestehen. § 776 dürfte entsprechend anwendbar sein. Bei zeitlicher Begrenzung des Schuldbeitritts (§ 777) wird man nach Anleitung vom **RG. 68** 141 den Vertragsinhalt, die §§ 163, 158 Abs. 2, zur Ergänzung vielleicht doch auch den sich aus § 777 ergebenden Gesetzgeberwillen zugrunde legen müssen. — Auch den Drittsicherer treffen nach §§ 242, 276 allgemeine Vertragspflichten sowie gesetzlich bestimmte besondere Obliegenheiten. — B. Das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem neben ihn tretenden Dritten. Abgesehen von den Fällen, in denen der Dritte schenkungsweise nur zugunsten des Gläubigers allein eintritt, besteht zwischen dem Dritten und dem Schuldner meist ein auf Schenkung, Auftrag, Geschäftsführung oder beiderseits lästigem Vertrage beruhendes Band. Dem nicht schenkungsweise beigetretenen Dritten steht gewöhnlich aus dem Auftrag oder der Geschäftsführung (§§ 670, 683) der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen zu. In den gesetzlich bestimmten Fällen (§§ 426 Abs. 2, 774, 1143, 1150 u. a.) erwirbt er ferner mit der Zahlung die Forderung gegen den Hauptschuldner. Der dem Bürgen nach § 775 zustehende Befreiungsanspruch wird auch anderen Drittsicherern zuzusprechen sein, denn § 775 ist nur eine Folgerung aus dem allgemeinen Grundsatze der §§ 257, 321. — C. Das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner (34), insbesondere Anspruch des Gläubigers auf Sicherheitsleistung. — D. Das Verhältnis zwischen mehreren die fremde Schuld sichernden Dritten (34—38): Über die Frage, welche Folgen die freiwillige oder zwangsweise Befriedigung des Gläubigers aus dem Vermögen eines der Drittsicherer gegenüber den anderen nach sich zieht, gibt das Gesetz nur für Mitbürgen in den §§ 769, 774 mit 426, 401, 412 feste Grundsätze. Die §§ 769, 774 sind entsprechend anzuwenden, wenn mehrere Dritte neben dem Schuldner die Gesamtschuld übernommen haben, ohne daß sie als Mitbürgen zu gelten

haben. Um den bei anderen Arten der Drittsicherung, insbesondere beim Zusammentreffen verschiedener Arten, sich ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen und Billigkeitserwägungen zum Siege zu verhelfen, ist aber weiter der Grundsatz aufzustellen, daß mehrere Drittsicherer, gleichviel welcher Art, im Zweifel und soweit nicht besondere Gründe (s. oben zu B) entgegenstehen, auch unter sich als Gesamtschuldner nach § 426 unter entsprechender Anwendung der §§ 769, 774 Abs. 2 behandelt werden müssen (36). — Aufrechnung eines Drittsicherers mit Forderungen eines anderen ist nach der Regel des § 422 Abs. 2 verboten. Gläubigerverzug gegenüber einem Drittsicherer wirkt für die anderen (§ 424). Auch § 425 ist entsprechend anwendbar. — E. Das Verhältnis mehrerer durch denselben Dritten gesicherter Gläubiger zueinander (38, 39). Dieses Verhältnis ist im allgemeinen ebenso zu beurteilen, wie das zwischen mehreren Gläubigern, denen ein und derselbe Eigenschuldner Sicherheit geleistet hat. S. insbesondere §§ 1205—1209, 1261, 879—881.

2. *Reichel (s. a. u. zu §§ 765 ff. Ziff. 2) behandelt die kumul. Schuldübernahme, die der Verf. Schuld mit übernahme (im Gegensatze zur privativen Schuldübernahme oder „Schuld nach übernahme") nennt und S. 1 als den „Beitritt als solidarischer Mitschuldner" definiert. Dieser kann beruhen auf Gesetz — gesetzliche Mitübernahme (Fälle 93 ff.: Übernahme eines Vermögens, einer Erbschaft, eines Handelsgeschäfts, Beitritt als kaufmännischer Sozius, Nacherbschaft, Vermögens- und Erbschaftsnießbrauch, Verwaltungs- und Gütergemeinschaft, Untermiete, Erwerb der Rechte aus dem Meistgebote bei der Zwangsversteigerung, Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH., Erwerb eines fremden Verlagsrechts usw.) oder Vertrag; der Vertrag kann geschlossen sein zwischen Übernehmer und Gläubiger — gläubigervertragliche Mitübernahme (141) — oder zwischen Übernehmer und Urschuldner — schuldnervertragliche Mitübernahme (142). Die letztere stellt einen Vertrag zugunsten des Gläubigers als eines Dritten dar (165 ff.). — Der Schuldmitübernahmevertrag ist 1. nie Schenkungsvertrag, nie Schenkungsvollzug; Schenkung kann nur der Regreßverzicht sein (161 ff.); 2. nie abstrakter Vertrag i. S. der §§ 780, 781 BGB; denn er individualisiert seine causa durch Bezugnahme auf die causa der Urschuld; der Mitübernehmer tritt in die causa der Urschuld ein, eignet sie sich an (174 ff.); 3. nie Bürgschaftsvertrag; denn der Mitübernehmer schuldet zwar abhängig, aber nicht akzessorisch (66 ff.). — Der Mitübernahmevertrag erfolgt allenthalben formfrei (191 ff.), insbesondere auch dann, wenn die übernommene Urschuld auf formstrengem Geschäfte fußt (Mitübernahme einer Schenkversprechensschuld). Nicht die Analogie der Bürgschaftsform, sondern die Analogie der Formfreiheit der privativen Schuldübernahme (Nachübernahme) schlägt durch (203). Von einer „Umgehung" der Bürgschaftsform durch Abschluß einer Mitübernahme ist keine Rede (215 ff.). — S. 224—326 wird (unter ausgedehnter Heranziehung gedruckten und ungedruckten Materials) die wichtige und bislang ziemlich ungeklärte Frage erörtert, wann ein seiner Auslegung nach zweifelhafter Vertrag als Nachübernahme, als Bürgschaft, als Mitübernahme oder als Erfüllungsübernahme auszulegen sei. Auf das einzelne kann hier nicht eingegangen werden; im großen und ganzen kommt Verf. zu folgenden Gesichtspunkten: im Zweifel nicht befreiende (Nachübernahme), sondern bestärkende Interzession (Mitübernahme oder Bürgschaft). Mitübernahme im Zweifel bei Totalübergang des „Schuldinteresses" auf den Promittenten oder bei „Schuldinteressengemeinschaft" des Promittenten mit dem Urschuldner. Andernfalls in der Regel Bürgschaft, ein Vertrag mit Gläubiger, Erfüllungsübernahme (§ 329), ein Vertrag mit Schuldner. An einer Fülle kasuistischer Fälle wird dies teils verdeutlicht, teils eingeschränkt, zahlreiche Indizien pro et contra werden geprüft, gegen die schwankende Stellungnahme des RG. wird polemisiert. — Die Stellung des Mitübernehmers richtet sich nach Gesamtschuldrecht (64 ff.), jedoch

mit denjenigen nach Gesamtschuldrecht zulässigen Besonderheiten, welche durch den interzessorischen Charakter der Mitübernahme beanzeigt sind. Da gemeinsame Sätze über Interzession dem BGB. fehlen, so ist anzuziehen bald die Analogie der Nachübernahme (16), bald die der Bürgschaft. In ersterer Beziehung vgl. z. B. § 417. Von den Bürgschaftssätzen sind nur diejenigen anwendbar, die die Abhängigkeit, nicht aber diejenigen, die die Akzessorietät der Bürgen- zur Hauptschuld aussprechen (88); anwendbar z. B. § 770 Abs. 1 BGB. (352), nicht anwendbar § 767 BGB. Denn die Mitübernahmeschuld ist eine zwar abhängige, aber nicht akzessorische im Verhältnisse zur Urschuld. — Unter diesem leitenden Gesichtspunkte wird S. 327 bis 580 das Verhältnis des Übernehmers zum Gläubiger und zum Urschuldner nach allen Richtungen hin, insbesondere auch hinsichtlich des Umfanges, des Inhalts und der Modalitäten der Schuld, der Erstreckung von Einwendungen und Einreden, dann in bezug auf die einzelnen Schuldverhältnisse, in bezug auf Zession, Annahmeverzug, Erfüllung und Erfüllungssurrogate, sowie auf den Regreß des Übernehmers gegen den Urschuldner eingehend dargestellt. S. 515—550 wird die prozessuale Behandlung der Mitübernahmeschuld erörtert.

3. *W i e n s t e i n aaO.: Für die Fälle der sog. kumulativen Schuldübernahme, deren Abgrenzung gegen die selbstschuldnerische Bürgschaft bisher nicht gelungen ist, bietet sich eine zwanglose Erklärung in dem Gedanken des gemeinrechtlichen Erfüllungsversprechens (constitutum debiti alieni). Selbstverständlich ist dieses nicht in der positiven Ausgestaltung, welche es im gemeinen Rechte erfahren hat, zu verwerten, sondern indem nach der geltenden Vertragsfreiheit die Möglichkeit, die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit gültig zu versprechen, erwogen wird. Ein entsprechender Wille wird sich meistens schon durch den Ausdruck ermitteln lassen. Auch die Idee des mit Bezug auf eine eigene Verbindlichkeit abgegebenen Erfüllungsversprechens (constitutum debiti proprii) erweist sich heute noch wirksam in der „Anerkennung", welche nach § 208 BGB. die Verjährung unterbricht.

4. W e s e n d e r — privativen — S c h u l d ü b e r n a h m e (s. JDR. **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 2). **a)** *R e i c h e l, Schuldmitübernahme: „Nachübernahme" (privative Schuldübernahme) stellt Schuldnachfolge dar (3); Schuldnachfolge ist aber keine Rechtsnachfolge (534); doch mag sie im Sinne des § 445 (nicht § 325) ZPO. der Rechtsnachfolge gleichstehen (525). — Wann ein Vertrag zweifelhafter Auslegung als Nachübernahme, wann andererseits als kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft auszulegen, darüber eingehend R e i c h e l, ebenda 241 ff. **b)** S t r o h a l aaO.: Der Schuldübernahmevertrag nach § 414 ist ein eigenartiges Doppelgeschäft. Er enthält, gegen S o h m, eine Verfügung des Gläubigers sofern dieser den bisherigen Schuldner freigibt; der Verfügende erwirbt aber zugleich ein neues Recht (gegen den Übernehmer). Im Schuldübernahmevertrag ist daher wie in der römischen Novation und im Falle der vertragsmäßigen Änderung des Inhalts eines bestehenden Schuldverhältnisses (§ 305) eine sog. Äquivalentverfügung gelegen, deren Eigenart zur Vorsicht bei Anwendung des § 185 BGB. mahnt. — Die durch die Schuldübernahme ausgelöste Verpflichtungswirkung ist, gegen die herrschende Lehre, nicht auf eine Singularsukzession in die Schuld zurückzuführen. Das Wesen der rechtsgeschäftlichen Schuldübernahme, im Gegensatze zu den Fällen der §§ 419, 2382, besteht darin, daß, obschon dasjenige, was der Gläubiger auf Grund seines Kausalverhältnisses zum Altschuldner bekommen soll, das „wofür" der Haftung, dasselbe bleibt (§ 417), an die Stelle der Haftung des Vermögens des Altschuldners die Haftung des Vermögens des Übernehmers tritt; der Gläubiger tauscht für die rechtlich gesicherte Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen des Altschuldners die Anwartschaft auf Befriedigung aus dem Vermögen des Übernehmers, für den jenes Kausalverhältnis nach wie vor ein fremdes bleibt, ein. Das Recht des Gläubigers aus der neuen Haftung des Über-

nehmers ist, wie näher dargelegt wird, ein anderes als dasjenige, welches ihm früher aus der alten Haftung zukam. Für den Altschuldner wirkt die Schuldübernahme sehr häufig so, wie wenn er den Gläubiger befriedigt hätte; in solchen Fällen hat er dem Gläubiger gegenüber ein Recht auf Rückgabe des Schuldscheins, Quittungserteilung und steht ihm dritten Personen gegenüber in gleicher Weise wie im Falle der Zahlung Regreß zu. Die Annahme einer Sondernachfolge in die Schuld entfällt damit. c) **RG. 70** 411 ff., JW. **09** 286 Ziff. 25, R. **09** Ziff. 1290. Die — privative — Schuldübernahme (§ 414) ist nach jetzigem Rechte ein mit der Wirkung der Sukzession in die bestehenbleibende Schuld bekleideter Akt; eine Novation der Forderung steht nicht in Frage.

5. Übernahme der Schuld im Falle der Vereinbarung nach § 91 Abs. 2. ZVG. a) **RG. 70** 411 ff. (414), JW. **09** 286 Ziff. 25, R. **09** Ziff. 1378 Der § 91 ZVG. bezieht sich dem Wortlaute nach nur auf das Erlöschen oder Bestehenbleiben des dinglichen Rechtes, spricht namentlich nicht von einer Übernahme der Schuld, und die Vorschrift des § 53 ZVG. ist auf diesen Fall nicht zu übertragen. Ob infolge einer Vereinbarung nach § 91 Abs. 2. mit der dinglichen Haftung ohne weiteres auch die persönliche Haftung auf den Ersteher übergeht (vgl. Wolff, ZVG., Linckelmann, JW. **03** 336 ff., KG. in OLG. **11** 127), bleibt dahingestellt; ebenso, ob es von dem im Einzelfalle zu ermittelnden Parteiwillen abhängt, ob eine Schuldübernahme mit dem Bestehenbleiben des Rechtes verbunden ist, was bei Hypotheken als Regel angenommen werden dürfe (Reinhard, ZVG., Jaeckel, ZVG., Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Dresden in OLG. **9** 140). Jedenfalls ist die Annahme, daß der Ersteher die persönliche Schuld übernommen habe, unbedenklich, wenn eine darauf gerichtete Willensmeinung der Beteiligten in ihren Verhandlungen erkennbar zum Ausdrucke gekommen ist. b) **RG.** R. **09** Ziff. 1764. Der Ersteher des Grundstücks hat eine ausgefallene Hypothek gemäß einer mit dem Hypothekengläubiger getroffenen Vereinbarung wieder eintragen lassen. Hieraus folgt nicht ohne weiteres, daß auch die persönliche Schuld auf den Ersteher übergegangen ist.

6. Kumulative Schuldübernahme (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 4 b). S. a. u. zu § 765 Ziff. 3. a) Silbermann aaO. gelangt unter Darstellung der Judikatur des RG. zu dem Ergebnisse, daß nunmehr die gemeine Meinung auf Verneinung der Formbedürftigkeit der kumulativen Schuldübernahme geht. b) **RG. 71** 113 ff., JW. **09** 389 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 1854. In dem Eintritt in ein fremdes Schuldverhältnis kann eine selbständige und von der Bürgschaft verschiedene Verpflichtung — kumulative Schuldübernahme — nur gefunden werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Willen auf Begründung einer neben der des Hauptschuldners selbständig bestehenden, von dieser unabhängigen Verbindlichkeit deutlich ergeben. Besondere Umstände in diesem Sinne sind vorhanden, wenn die Vorteile aus dem fremden Vertragsverhältnisse dem Eintretenden wirtschaftlich ganz oder teilweise zugute kommen oder er jedenfalls an den Leistungen der einen oder anderen Seite aus dem Hauptvertrag ein eigenes Interesse hat. Im Zweifel ist die sog. kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen (**RG. 59** 232 [JDR. **4** Ziff. 1 c], **64** 318 [JDR. **6** Ziff. 4 b α], **68** 126, JW. **08** 31 Ziff. 6, 137 Ziff. 5, 676 Ziff. 7 [JDR. **7** Ziff. 3 a α—γ]). c) **RG. 70** 405 ff. (410), JW. **09** 281 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 1465. Daß eine echte Gesamtschuld auch dadurch begründet werden kann, daß jemand nachträglich zu einem schon vorhandenen Schuldner als neuer Schuldner hinzutritt, steht in der Rechtsprechung des RG. fest (**RG. 51** 121 [JDR. **1** Ziff. 4 b], **59** 233 [JDR. **4** Ziff. 1 c], **64** 319 [JDR. **6** Ziff. 4 b α], GruchotsBeitr. **50** 946 [JDR. **5** Ziff. 2 c], JW. **08** 31 Ziff. 6, 137 Ziff. 5 [JDR. **7** Ziff. 3 a α β]). d) **RG.** JW. **09** 459 Ziff. 14. Die Äußerung des Beklagten, wenn der Schuldner nicht zahlen sollte, zahle er, kann eine kumulative Schuldübernahme

enthalten, wenn vorliegende Umstände klar erkennen lassen, daß er ein eigenes Interesse an der Lieferung und an dem Vertrag, aus dem die Hauptschuld hervorgegangen ist, hatte. Aber nicht jedes Interesse genügt in dieser Beziehung; es muß ein sachliches unmittelbares Interesse an der Leistung des Gläubigers in dem Maße vorliegen, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. **e)** **RG.** R. **09** Ziff. 2097. Der Hypothekengläubiger A. hat dem B., dem der Bauunternehmer X. die Übertragung der Ausführung von Tapezierarbeiten am Neubau angetragen hatte, formlos erklärt, er wolle zahlen, wenn B. von X. kein Geld erhalten könne. Eine kumulative Schuldübernahme ist hier nicht anzunehmen. Denn ein eigenes Interesse des A. an der Lieferung (**RG.** JW. **08** 31 Ziff. 6 [JDR. **7** Ziff. 3 a α]) ist nicht zu erkennen, insbesondere ist nicht festgestellt, wieweit A. durch eine Verzögerung der Fertigstellung des Baues eine Beeinträchtigung seiner Interessen als Hypothekengläubiger zu befürchten gehabt hätte. Weiter steht zwar die Erklärung des A., zahlen zu wollen, wenn X. es nicht tun sollte, einer kumulativen Schuldübernahme nicht unbedingt entgegen (**RG.** JW. **08** 137 Ziff. 5 [JDR. **7** Ziff. 3 a β]), sie läßt aber die Annahme einer Bürgschaft als die nächstliegende erscheinen. Schließlich kommt in Betracht, daß ein Vertrag zwischen B. und X. noch gar nicht geschlossen war. **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 1449. In der Fortsetzung von Bauarbeiten auf die Äußerung eines Dritten an der Baustelle „wenn der Bauherr nicht zahle, werde er zahlen" kann die Annahme einer Schuldübernahme gefunden werden. **g)** **RG.** R. **09** Ziff. 2247. Nicht Bürgschaft, sondern kumulative Schuldübernahme liegt vor, wenn der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit übernommen hat, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein sollte (**RG. 64** 319 [JDR. **6** Ziff. 4 b α]). Die Erklärung des neuen Schuldners, er wolle das Geschäft des früheren Schuldners fortführen und dessen Schuld übernehmen, wenn ihm der Gläubiger den Rest des noch laufenden günstigen Schlusses liefere, enthält eine kumulative Schuldübernahme. **h)** KGBl. **09** 87 (KG.). Selbstschuldnerische Bürgschaft, kumulative Schuldübernahme oder prinzipale Verpflichtung bei Abschluß eines Mietvertrags mit einer Minderjährigen? Vertragsauslegung. **i)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 416, LeipzZ. **09** 61 Ziff. 17: s. bereits JDR. **7** Ziff. 3 a γ.

7. LeipzZ. **09** 329 Ziff. 2 (Hamburg): s. bereits JDR. **7** Ziff. 4.

§ 415. Literatur: Hellmann, Zur Kritik des § 123 BGB., R. **09** 589—591. — Mitteis, Zur Kritik des § 123 BGB., LeipzZ. **09** 634—642. — Derselbe, Zur Kritik des § 123 BGB., R. **09** 667—669.

1. **a)** Mitteis aaO. (639 ff.): Welches ist bei einer nach § 415 zustande gekommenen Schuldübernahme, bei welcher der Übernehmer vom Urschuldner (oder auch von einem Dritten unter gleichzeitiger Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Urschuldners) arglistig getäuscht worden ist und den Übernahmevertrag gegenüber dem Urschuldner angefochten hat, die Rechtsstellung des Gläubigers, der in Unkenntnis der Täuschung die Schuldübernahme bereits genehmigt hat? — Wenn man von der herrschenden Auffassung der Schuldübernahme nach § 415 ausgeht, so ergibt sich, daß durch die Anfechtung die Übernahme auch dem Gläubiger gegenüber hinfällig geworden ist. § 417 Abs. 2 setzt eine an sich gültige Übernahme voraus; ist diese nichtig oder durch Anfechtung vernichtet, so ist hierdurch auch dem genehmigenden Gläubiger der Boden entzogen. § 123 Abs. 2 Satz 2 ferner hat nicht etwa den Sinn, daß der Dritte wegen seiner etwaigen bona fides von der Einwirkung der gegenüber dem unmittelbaren Empfänger begründeten Anfechtung geschützt werden soll; diese Bestimmung gewährleistet vielmehr dem Betrogenen auch gegenüber dem bösgläubigen Dritten die selbständige Anfechtung. Die hiernach für den Fall des § 415 sich ergebende Entscheidung ist unbefriedigend, da die Einschränkung der Betrugsanfech-

tung, die § 123 Abs. 2 Satz 1 angestrebt hat, entfällt. — Ein nur teilweise befriedigenderes Ergebnis stellt sich heraus, wenn man der von v o n B l u m e (JheringsJ. **39** 402f.) und H e l l w i g (Verträge zugunsten Dritter 161 f.) vertretenen Anschauung folgt, nach welcher auch die „indirekte" Übernahme des § 415 in Wahrheit stets einen vom Übernehmer mit dem Gläubiger geschlossenen Vertrag darstellt. Danach kann die Übernahme gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 dem in bona fide befindlichen Gläubiger gegenüber n i c h t angefochten werden, wenn der Ü b e r n e h m e r es war, der ihm die Übernahme mitteilte. Keine Abhilfe gewährt dagegen diese Theorie, wenn die Anzeige der Übernahme vom Urschuldner ausging. In diesem Falle wird der zwischen Übernehmer und Gläubiger zustande kommende Vertrag so konstruiert (H e l l w i g), daß der Urschuldner als Stellvertreter des Übernehmers auf Grund einer im Übernahmevertrag enthaltenen Vollmacht die Offerte dazu gemacht hat. Mit Anfechtung des Übernahmevertrags fällt aber die Vollmacht hinweg. — Ein Weg, der Konsequenz des § 123 auszuweichen, ist nicht ersichtlich. **b)** Gegen M i t t e i s H e l l m a n n aaO.: Folgt man der herrschenden Auffassung der Schuldübernahme, nach welcher die Genehmigung des Gläubigers gegenstandslos ist, wenn der Übernahmevertrag zwischen Schuldner und Übernehmer durch Anfechtung des letzteren vernichtet ist, so ergibt sich für den Gläubiger keine weniger befriedigende Rechtslage, als in anderen Genehmigungsfällen. Nach der von H e l l w i g und v o n B l u m e vertretenen Auffassung aber kann der Übernehmer gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 dem Gläubiger gegenüber nicht anfechten, und zwar gleichgültig, ob der Schuldner oder der Übernehmer die Übernahme dem Gläubiger mitgeteilt hat. — Hiergegen M i t t e i s, R. **09** 667 ff.

2. **RG.** BayRpflZ. **09** 51, BadRpr. **09** 80, SeuffBl. **09** 559. Die Genehmigung des Gläubigers im Sinne des § 415 umfaßt die Zustimmung dazu, daß ein neuer Schuldner die Schuld übernimmt, u n d die Entlassung des bisherigen Schuldners aus dem Schuldverbande. Der Ausdruck des Gesetzes „Genehmigung der Schuldübernahme" umfaßt diese Befreiung des bisherigen Schuldners nicht von selbst. Gemäß § 415 ZPO. hätte deshalb der Beklagte die T a t s a c h e n unter Eid stellen müssen, aus denen die Genehmigung der Schuldübernahme im Sinne des Gesetzes folgt.

3. Z u A b s. 3. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 420, PosMSchr. **09** 2, BayRpflZ. **09** 70 Ziff. IV, R. **09** Ziff. 2233: s. schon JDR. **7** Ziff. 3 a, b.

§ 416. L i t e r a t u r: K l e i n, Die Natur der „Mitteilungen" im § 25 Abs. 2 HGB. und § 416 BGB., SeuffBl. **09** 200—203. — S c h e r e r, Die Schuldübernahme bei Grundstücksveräußerungen, BayRpflZ. **09** 123—127.

1. *K l e i n, SeuffBl. **09** 200—203. Die Mitteilung im § 416 BGB. ist „R e c h t s h a n d l u n g i. e. S.", n i c h t R e c h t s g e s c h ä f t. (Gegen **RG. 67** Nr. 106). — (Vgl. auch o. zu § 407 Ziff. 2.)

2. *S c h e r e r, BayRpflZ. **09** 123 ff. Die Genehmigung des Gläubigers bei der Schuldübernahme gemäß § 416 kann erfolgen: a) durch Erklärung derselben auf die erfolgte Mitteilung des Veräußerers; der Gläubiger muß durch erkenntliche Handlungen seine Bereitwilligkeit, den Veräußerer aus der Haftung zu entlassen, bekundet haben; in der Annahme der Zinsen, Stundungsgewährung und Erhebung der dinglichen Klage ist eine Genehmigung noch nicht zu erblicken; b) durch Nichtabgabe einer Erklärung innerhalb der sechsmonatigen Frist auf eine den Vorschriften des § 416 entsprechende Mitteilung des Veräußerers. Sind die Voraussetzungen des § 416 nicht gegeben, so ist ein Übereinkommen gemäß §§ 414, 415 BGB. nicht ausgeschlossen, da die Vorschrift des § 416 nur eine Sondervorschrift für den Fall des Schweigens des Gläubigers darstellt. Einer Form bedarf dieses Abkommen nicht, weshalb der Gläubiger sich der Gefahr aussetzt, durch Handlungen, deren Tragweite er sich nicht bewußt war, in denen aber das Gericht eine stillschweigende, auf den §§ 414,

415 beruhende Genehmigung findet, die persönliche Haftung des früheren Schuldners und damit gemäß § 418 auch die hierfür bestehenden Bürgschaften zu verlieren. Aus diesen Gründen liegt es im Interesse eines jeden Hypothekengläubigers, von sich aus auf eine sofortige Klarstellung des Schuldnerverhältnisses unter Beobachtung der Vorschriften des § 416 hinzuwirken, am besten durch Vermittlung des beurkundenden Notars.

3. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung. **RG.** SeuffA. **64** 311: s. bereits JDR. **6** Ziff. 1 a, 7 Ziff. 2 d.

4. Verhältnis zu §§ 414, 415 (s. JDR. **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, 3). PosMSchr. **09** 68 (Posen). Eine auf die mündliche Mitteilung des Veräußerers erfolgende Genehmigung ist gemäß § 415 wirksam.

§ 417. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 580: Der Schuldübernehmer hat, solange das Urschuldgeschäft anfechtbar, zum mindesten die aufschiebende Einrede aus § 770 Abs. 1, der für alle Interzedenten gilt.

2. Mitteis, LeipzZ. **09** 639: § 417 Abs. 2 setzt einen an sich gültigen Übernahmevertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer voraus: s. o. § 415 Ziff. 1 a.

§ 418. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 43 f., 447. § 418 hat nur rechtsgeschäftlich bestellte, nicht auch sog. gesetzliche Pfandrechte im Auge.

2. **RG. 70** 411 ff., JW. **09** 286 Ziff. 25, DJZ. **09** 658, R. **09** Ziff. 1290. Die — privative — Schuldübernahme (§ 414) ist nach jetzigem Rechte ein mit der Wirkung der Sukzession in die bestehen bleibende Schuld bekleideter Akt; eine Novation der Forderung steht also nicht in Frage. Allerdings erlischt zufolge einer Schuldübernahme in der Regel die für die Forderung bestellte Bürgschaft (§ 418 Abs. 1, Satz 1). Allein diese Rechtsfolge kann durch Einverständnis zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ausgeschlossen werden. Die im § 418 Abs. 1, Satz 3 vorgesehene Einwilligung des Bürgen hat nicht die Bedeutung einer Neubegründung der Bürgschaftsobligation, sondern die, daß die Bürgschaft, die sonst erloschen wäre, aufrechterhalten bleibt. Diese Einwilligung, eine Zustimmung im Sinne des § 183, kann formlos dem einen, wie dem anderen Teile gegenüber erklärt werden, ohne daß es der Schriftform des § 766 bedarf. Ob für eine nachträgliche Genehmigung der Schuldübernahme durch den Bürgen das gleiche gilt, bleibt dahingestellt. Ist, wie im vorliegenden Falle, von dem Bürgen, bevor die Schuldübernahme perfekt geworden war, nicht bloß eine einseitige Zustimmungserklärung abgegeben, sondern der Fortbestand der Bürgschaft mit dem Gläubiger vereinbart worden, so bedarf dieses Abkommen ebensowenig wie jene Einwilligung der Schriftform.

§ 419. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 93 ff.: § 419 begründet gesetzliche Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme) der Veräußererschuldner. 96 ff.: Keine Ausdehnung des § 419 auf den Fall, daß nur einzelne Vermögenskomplexe veräußert werden (gegen Hellwig).

2. **RG. 69** 416 ff. (418 f.), JW. **09** 11 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1108. An der in **RG. 69** 284 (JDR. **7** Ziff. 1) vertretenen Auffassung, daß die Anwendung des § 419 nicht auf Verträge zu beschränken ist, in denen derjenige, welchem ein anderer sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil davon überträgt, die Schulden des Veräußerers übernommen hat, ist festzuhalten.

3. **RG. 69** 416 ff. (420), JW. **09** 11 Ziff. 3, LeipzZ. **09** 142 Ziff. 18, R. **09** Ziff. 1106 (s. a. o. zu § 311 Ziff. 2). Die Bestimmung des § 311 ist nur auf Verträge zu beziehen, in denen sich jemand verpflichtet, die Gesamtheit seines gegenwärtigen Vermögens oder einen Bruchteil davon einem anderen zu übertragen. Die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, welche die Veräußerung eines einzelnen Vermögensstücks oder einer Mehrheit von solchen zum Gegenstande haben, wird durch § 311 nicht berührt. Sie sind, sofern die sonstigen etwa in Betracht kommenden Formvorschriften beobachtet sind, gültig, auch wenn die einzelnen veräußerten Gegenstände tatsächlich das ganze Vermögen

des Veräußerers ausmachen und die Beteiligten sich dessen bewußt sind. Wohl aber kommt in letzterem Falle die Bestimmung des § 419 zur Anwendung.

4. **a)** **RG. 69** 416 ff. (421 f.), JW. **09** 11 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1112. Im Sinne des § 419 sind zu den zur Zeit des Abschlusses des auf die Vermögensübernahme gerichteten Vertrags bestehenden Ansprüchen auch Forderungen zu rechnen, die von einer zu dieser Zeit noch nicht eingetretenen Bedingung abhängig sind (Schuld aus einer Ausfallbürgschaft, bei der zur Zeit der Übertragung des Vermögens noch ungewiß war, ob der Gläubiger einen Ausfall erleide). **b)** **RG. 71** 377 ff. (380), R. **09** Ziff. 2791. Zu den „Gläubigern" des Veräußerers im Sinne des § 419 gehört auch der Staat wegen Steuer- und ähnlicher Forderungen. **c)** R. **09** Ziff. 3324 (Frankfurt). Der Übernehmer kann einer zur Zeit der Vermögensübertragung dem Veräußerer gegenüber rechtskräftig festgestellten Forderung nicht Einwendungen entgegensetzen, mit denen der Veräußerer rechtskräftig abgewiesen ist oder die er vorzubringen unterlassen hat.

5. Verhältnis zu § 25 HGB. (s. auch JDR. **7** Ziff. 5, **5** Ziff. 1, **1** Ziff. 6). **RG. 71** 377 ff., JW. **09** 491 Ziff. 13, BankA. **9** 9, DJZ. **09** 1285, R. **09** Ziff. 2838. Wie bereits in **RG. 69** 284 ff. (JDR. **7** Ziff. 5) dargelegt ist, decken sich § 25 HGB. und § 419 BGB. nicht und schließen sich nicht aus; vielmehr haben beide Vorschriften nebeneinander Anwendung zu finden, wenn das übernommene Handelserwerbsgeschäft zugleich das ganze Vermögen der übertragenden Gesellschaft darstellt. Auch auf die Veräußerung des ganzen Vermögens einer Aktiengesellschaft (§ 303 HGB.) findet die Vorschrift des § 419 BGB. Anwendung.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Für das Recht der Gesamtschuld ist außer Reichels „Schuldmitübernahme" Tackens „Ausgleichungsanspruch" von Bedeutung. Nachdem der II. ZS. des RG. in der im letzten Jahrgang mitgeteilten Entscheidung **RG. 67** 128 dem Begriffe des unechten Gesamtschuldverhältnisses eine wohl nicht zu billigende Ausdehnung gegeben hatte, beschäftigt sich der I. ZS. mit dem gleichen Falle, ohne die Frage endgültig zu entscheiden (vgl. zu § 421 Ziff. 5).

§ 420. 1. Gesamtschuldnerische Haftung bei dem Bereicherungsanspruche (s. JDR. **7** Ziff. 2). **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1002, JW. **09** 274 Ziff. 8, BayRpflZ. **09** 297, R. **09** Ziff. 1665. Aus § 427 ist in **RG. 67** 260 [JDR. **7** Ziff. 2] gefolgert worden, daß im Falle der Anfechtung eines Vertrags, durch den mehrere sich gemeinschaftlich verpflichtet haben, die mehreren Verpflichteten zur Herausgabe des ganzen teilbaren Geleisteten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, weil sie durch den Vertrag Gesamtschuldner der versprochenen Leistungen geworden seien und diese Wirkung durch die demnächstige Anfechtung nicht mehr wegfalle. Ist jedoch der Vertrag wegen Formmangels — §§ 313, 125 — von vornherein nichtig, so verbleibt es lediglich bei dem Prinzip der §§ 812 ff., wonach sich die Pflicht des Bereicherten zur Herausgabe nur auf dasjenige erstreckt, was er wirklich erhalten hat.

2. R. **09** Ziff. 1113 (Breslau). Wenn am Grundstücke des Klägers eine Hypothek dem Beklagten und einem Dritten zusteht und diese in der Zwangsversteigerung ausgefallen ist, so steht nach § 420 dem Beklagten die persönliche Forderung in Höhe der Hälfte des ausgefallenen Betrags zu, die er gegen die Klageforderung aufrechnen kann. § 747 kommt hier nicht zur Anwendung.

§ 421. Literatur: Reichel, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), München 1909, XVIII und 588 S., Bd. 19 der Fischers Abhandl. z. PrivR. u. ZPr. d. D. Reichs. — Tacken, Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen nach dem Rechte des BGB. Dogmatische Abhandlung mit Beiträgen zur Lehre vom Bürgenregreß und Gesamtschuldnerausgleiche. Berlin 1907.

1. *Reichel, Schuldmitübernahme 25 ff.: Zur Konstruktion des Gesamtschuldverhältnisses: BGB. huldigt der Mehrheitstheorie. Die Einheit des Gesamtschuldverhältnisses ist eine nur teleologische (Zweckverbundenheit mehrerer Schuldverhältnisse). Der Unterschied der echten und unechten Gesamtschuldverhältnisse wird verworfen: zur Entstehung eines Gesamtschuldverhältnisses ist Gleichartigkeit der Schuldentstehungsgründe (causae) nicht erfordert: 51.

2. *Tacken, Ausgleichungsanspruch 29. Das Wesen der Vertragsgesamtschuld liegt darin, daß die Forderung sich gegen jeden Schuldner richtet, und zwar gegen jeden in gleicher Weise auf das gleiche Ganze. Obwohl bei 3 Gesamtschuldnern 3 Schuldverhältnisse vorliegen, so ist doch der Inhalt identisch, und der Anspruch geht gegen jeden dahin, daß er oder der andere oder der Dritte leiste. Die Gesamtschuld ist eine subjektive Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers und alternativer Ermächtigung der nicht in Anspruch genommenen Mitschuldner. Aus dem Wesen der Gesamtschuld ergibt sich: a) die Leistung des einen befreit begriffsnotwendig alle übrigen (30); b) das Gesamtschuldverhältnis ist begrifflich eine Einheit (31). Es läßt sich nicht zerlegen in ein Schuldverhältnis, kraft dessen der eine schuldet, und in ein oder mehrere Schuldverhältnisse, kraft deren die übrigen Genossen schulden. S. a. u. zu § 426 Ziff. 1.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1765. Die Vereinbarung der gesamtschuldnerischen Haftung schließt die weitere Abmachung nicht aus, daß einzelne Schuldner nur unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung, die für die anderen nicht gilt, verpflichtet sein sollen (Entw. I § 322, Prot. 2, 871).

4. **RG.** R. **09** Ziff. 972. Ein Teil der auf Grund verschiedener Verträge angestellten, beamteten Ärzte einer Krankenkasse hat den Dienst vertragswidrig eingestellt in dem Bewußtsein, daß infolgedessen die Kasse zur Einführung der freien Arztwahl und Entlassung der übrigen beamteten Ärzte gezwungen werden würde. Die vertragsbrüchigen Ärzte haften für den der Kasse entstandenen Schaden — Abfindung der übrigen beamteten Ärzte — als Gesamtschuldner; denn jeder einzelne Vertragsbruch ist ursächlich für den ganzen Schaden; sie haben ferner in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken gehandelt. Ob echte oder unechte Gesamtschuld vorliegt, bleibt dahingestellt.

5. Unechtes Gesamtschuldverhältnis (s. JDR. **7** Ziff. 1 u. § 426 Ziff. 2, **5** § 421 Ziff. 2). **RG.** I 17. 3. 09, **70** 405 ff. (409 f.), JW. **09** 281 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 1466. In **RG. 67** 128 (JDR. **7** Ziff. 1) hat der II. ZS. die echte Gesamtschuld in einem Falle verneint, wo ein Dritter durch abstraktes Schuldversprechen (§ 780) dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung mit Rücksicht auf letztere eine dem Kaufpreise gleiche Summe derart versprochen hatte, daß der Gläubiger das Geld nur einmal erhalten sollte. Hiergegen läßt sich geltend machen, daß die Zwecke, derentwegen beim Vertragsschlusse des Dritten von der Kausa abstrahiert wurde, mit den inneren Beziehungen der Schuldner untereinander nichts zu tun haben. Daher dürfte ein den Ausgleichungsvorschriften des § 426 unterstehendes Gesamtschuldverhältnis auch dann bestehen, wenn der eine Schuldner sich durch abstrakten Vertrag verpflichtet hat. Die Frage bleibt jedoch dahingestellt.

§ 422. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 470 ff.: Erfüllung bei Gesamtschuldverhältnissen. Im Falle der §§ 370, 407, 851 kommt die befreiende Leistung des Leistenden auch seinen Mitschuldnern zugute, selbst wenn diese um die wahre Sachlage gewußt haben. Doch gilt dies nicht ausnahmslos (477).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 487 ff., über Leistung an Erfüllungsstatt: Grundsatz, Gesamtbefreiung. Die Gewährspflicht aus § 365 trifft die Mitschuldne nicht. Ausnahme: die Eingehung einer Neuverbindlichkeit an Stelle der alten (§ 364) läßt im Zweifel die Mitschuldner unberührt.

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 490 ff. Aufrechnung: soweit die Urschuld nicht durch Aufrechnung erfüllt werden darf (§§ 393, 394), darf auch der Mitübernehmer (kumulativer Übernehmer) der Schuld nicht aufrechnen. Ebensowenig der Bürge.

4. **RG. 70** 350 ff., JW. **09** 248 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1298. Zahlt ein Dritter für einen von zwei Gesamtschuldnern, so wird auch der andere Gesamtschuldner befreit. Aber keine Befreiung erfolgt. wenn ein Gesamtschuldnerverhältnis in Wahrheit nicht vorhanden, A. allein der Schuldner ist, B. nur scheinbar neben ihm haftet und der Dritte im Irrtum hierüber B.s vermeintliche Schuld zu tilgen glaubt. Die wirklich bestehende Forderung erlischt nicht, wenn der Gläubiger ein indebitum empfängt. Bereichert ist in solchem Falle also nur der Gläubiger, nicht auch der Schuldner A.

§ 423. *Reichel, Schuldmitübernahme 500 ff. Ebenda 505 ff. über Gesamt- oder Einzelwirkung von Vergleichen.

§ 424. *Reichel, Schuldmitübernahme, vgl. o. zu §§ 243 Ziff. 1, 263 Ziff. 1, 293 Ziff. 2.

§ 425. *Reichel, Schuldmitübernahme 510 ff.: über Konfusionswirkung bei Gesamtschuldverhältnis.

§ 426. Literatur: Zeitlmann, Zur Auslegung der Bestimmung, daß der kraft Gesetzes erfolgende Übergang einer Forderung nicht zum Nachteile des früheren Gläubigers geltend gemacht werden kann, SeuffBl. **09** 78—85.

1. *Tacken, Ausgleichungsanspruch 26 ff. § 426 Abs. 1 schafft zwischen Gesamtschuldnern ein Rechtsverhältnis (gesetzliches Schuldverhältnis), kraft dessen die Gesamtschuldner einander zum Ausgleich verpflichtet sind. Abs. 2 normiert das Maß der Ausgleichung und läßt die Forderung des Gläubigers gegen die Mitschuldner in Höhe des Ausgleichungsanspruchs auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen. Hieran knüpfen sich 2 Streitfragen: a) Haften die Ausgleichungspflichtigen gesamtschuldnerisch oder anteilig? Die herrschende und richtige Lehre nimmt letzteres an. Die Angriffe, die Kremer (JDR. **1** zu § 426 Ziff. 3) gegen sie richtet, sind verfehlt. Seine eigene Mittelmeinung ist unhaltbar. Begründung 28 ff. Es gibt nur einen Ausgleichungsanspruch. Die Ausdrücke „interner" Ausgleichungsanspruch und „Subrogationsanspruch" sind lediglich juristische Hilfsbegriffe (Begründung siehe oben zu § 421 Ziff. 2). § 426 Abs. 2 Satz 1 hat daher nur die Bedeutung einer gesetzlichen Fiktion, er modifiziert den — einheitlichen — durch Abs. 1 Satz 1 begründeten Ausgleichungsanspruch und besagt nur: Der Ausgleichungsanspruch soll diejenige Rechtsnatur haben, die er haben würde, wenn in ihm die — tatsächlich erloschene — Gläubigerforderung fortlebte (31). § 426 Abs. 1 Satz 2 steht nur scheinbar hiermit im Widerspruch (35).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 560 ff.: Regreß des auf andere Weise als durch Befriedigung des Gläubigers Befreiten und Regreß seiner Mitschuldner gegen ihn.

3. *Reichel, Schuldmitübernahme, vgl. o. zu § 257.

4. Schneider, BayRpflZ. **09** 34 ff.: Anwendbarkeit des § 426 in den Fällen des Eintretens Mehrerer neben die Schuld eines anderen (intercessio cumulativa): s. o. zu § 414 Ziff. 1 unter D.

5. **RG. 69** 422 ff., JW. **09** 18 Ziff. 12, BayRpflZ. **09** 48, R. **09** Ziff. 31. Die Frage, ob und wieweit ein Ausgleichungsanspruch nach § 426 Abs. 1 besteht oder nicht besteht, ist in dem Streit über diesen Anspruch lediglich nach der in diesem Prozesse zu ermittelnden materiellen Rechtslage zu entscheiden. Wenn in einem früheren Prozeß einer der vom Gläubiger Belangten zu Unrecht als Gesamtschuldner verurteilt worden oder zu Unrecht die Klage gegen einen Gesamtschuldner abgewiesen worden ist, so kommt ohne Rücksicht hierauf im späteren Prozesse das sachlich und objektiv bestehende Gesamtschuldverhältnis allein in Betracht. Daher steht insbesondere dem aus §§ 426 Abs. 1, 830 und 840 Abs. 1 erhobenen

Ausgleichungsanspruch der Umstand nicht entgegen, daß im Vorprozesse die Klage des Verletzten gegen einen der Schädiger rechtskräftig abgewiesen worden ist.

6. **RG. 69** 426 ff., JW. **09** 18 Ziff. 12, BayRpflZ. **09** 48, DJZ. **09** 265, R. **09** Ziff. 32. Der Ausgleichungsanspruch zwischen mehreren aus einer unerlaubten Handlung als Gesamtschuldner Verpflichteten (§§ 426 Abs. 1, 830, 840 Abs. 1) läßt sich nach Inhalt und Zweck nicht als ein Anspruch aus unerlaubter Handlung bezeichnen. Auf diesen Ausgleichungsanspruch ist daher die Verjährungsvorschrift des § 852 nicht, und zwar auch nicht analog, anwendbar.

7. a) **RG.** PrVerwBl. **30** 802, R. **09** Ziff. 1766. § 426 enthält kein zwingendes Recht; er läßt eine Regelung der Ausgleichungspflicht nach Maßgabe der Verschiedenheit der von den Gesamtschuldnern gegenüber dem Gläubiger eingegangenen Verpflichtungen zu. b) WürttRpflZ. **2** 272, R. **09** Ziff. 1114 (Stuttgart). Haften mehrere nebeneinander aus unerlaubter Handlung, so kann mit Rücksicht auf den verschiedenen Grad ihres Verschuldens eine von der Regel des § 426 abweichende Ausgleichungspflicht als ihrem Willen entsprechend angenommen werden. c) OLG. **18** 8 (Braunschweig). Aus Inhalt und Zweck des der Gesamtschuld zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses kann sich eine Abweichung von der Regel des § 426 Abs. 1 ergeben. Hiernach war hinsichtlich der Schadensersatzpflicht des Vorstandes und Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft ein Ausgleichungsanspruch der Vorstandsmitglieder und des Vorsitzenden des Aufsichtsrats gegen diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die bei der schädigenden Beschlußfassung nicht mitgewirkt haben, nicht anzuerkennen.

8. Unechtes Gesamtschuldverhältnis (s. o. zu § 421 Ziff. 5 u. JDR. **7** § 426 Ziff. 2). a) **RG. 70** 405 ff.: Liegt Gesamtschuld vor, wenn ein Dritter dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung durch abstraktes Schuldversprechen Zahlung verspricht? (s. o. zu § 421 Ziff. 5). b) RheinA. **106** 143 (Cöln). Der der Berufsgenossenschaft ersatzpflichtige Unternehmer und ein Dritter, der dem Verletzten aus dem Unfall schadensersatzpflichtig und damit der Berufsgenossenschaft gleichfalls ersatzpflichtig ist, sind nicht Gesamtschuldner und daher einander nicht zur Ausgleichung verpflichtet.

9. Zu Abs. 2. a) *Reichel, Schuldmitübernahme 566 ff.: Der hier verordnete „Nachschubregreß" (Nachschub = gesetzlicher Forderungsübergang) ist ein Akzessorium des Erstattungsregresses, d. h. desjenigen Rückgriffsrechts, das sich aus den internen Rechtsbeziehungen der Mitschuldner, zuletzt aus § 426 Abs. 1 Satz 2 ergibt. (Wird ausgeführt.) — b) *Tacken s. o. Ziff. 1. c) SeuffA. **64** 394, R. **09** Ziff. 3325 (Königsberg). Unter Wechselverpflichteten findet § 426 Abs. 2 keine Anwendung. Durch die Abtretung der Rechte des Gläubigers aus dem Wechsel und einer Pfändung und Überweisung erwirbt der befriedigende Wechselschuldner keine Rechte gegen die übrigen. d) R. **09** Ziff. 2098 (Posen). Soweit ein Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt hat, von den übrigen Schuldnern Ausgleich nicht verlangen kann, kann ein Übergang der Forderung des Gläubigers auf ihn auch durch Abtretung nicht erreicht werden. e) Abs. 2 Satz 2. α. *Reichel, Schuldmitübernahme 573 ff.: über die „Nachschubsschranke". Diese Bestimmung verneint insoweit, als der Übergang der Forderung den Gläubiger schädigen würde, den Übergang selbst; sie verbietet nicht nur die Geltendmachung (Ausübung) der übergegangenen Forderung. Dem Nachgeschobenen fehlt mithin insoweit die Aktivlegitimation (wichtig für den Fall des Versäumnisurteils). β. Zeitlmann, Zur Auslegung des Abs. 2 Satz 2, s. o. zu § 268 Ziff. 3. γ. *Tacken s. o. Ziff. 1.

§ 427. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 9: § 427 auch dann anwendbar, wenn nacheinander 2 Schuldner sich in idem verpflichten, wofern der zweite mit Vorwissen des ersten und, um den ersten Schuldner wissend, sich verpflichtet.

2. Gemeinschaftlichkeit der Verpflichtung (s. JDR. **7** Ziff. 1, **3** zu § 427). a) **RG. 71** 117, JW. **09** 389 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 1861. Das Darlehen

ist Realvertrag, die Verpflichtung zur Rückerstattung wird durch die Hingabe erzeugt (§ 607); eine Gesamtschuld auf Rückerstattung eines Darlehens entsteht daher nur, wenn es mehreren Personen gemeinschaftlich gegeben worden ist. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 1115. Die Haftung der Eigener des Schiffes, welche mit Kläger einen Frachtvertrag abgeschlossen haben, und die Haftung des Führers des Schiffes aus § 7 BinnenSchG. wegen eines von dem Führer verschuldeten Unfalls ist nach § 427 eine solidarische, die allerdings bei den Eignern auf Schiff und Fracht beschränkt ist. **c)** OLG. **18** 95, R. **09** Ziff. 1472 (Hamburg). Derjenige, der mehreren zur gemeinschaftlichen Ausübung der Anwaltschaft verbundenen Rechtsanwälten Vollmacht gegeben, aber den Auftrag zu ihrer Benutzung nur einem derselben, der auch im Prozesse stets aufgetreten ist, erteilt hat, kann sich wegen eines Verschuldens desselben nicht an die anderen halten. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1002, JW. **09** 274 Ziff. 8, BayRpflZ. **09** 297, R. **09** Ziff. 1665: Gesamtschuldnerische Haftung beim Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung: s. o. zu § 420 Ziff. 1.

§ 432. Recht des Gesellschafters, Leistung an alle Gesellschafter zu fordern. **RG.** **70** 32 ff., JW. **09** 49 Ziff. 13, R. **09** Ziff. 254. Die Vorschriften der §§ 709, 719 besagen allerdings, daß die Führung der Geschäfte den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter gefordert wird, und daß ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen kann. Allein diese Vorschriften stehen dem nicht entgegen, daß gemäß § 432 jeder Gesellschafter die Leistung an alle Gesellschafter fordern kann; denn mit der Leistung an alle Gesellschafter wird der Gegenstand des Anspruchs dem gemeinsamen Zwecke (§ 705) zugeführt. Dies gilt auch dann, wenn es sich um einen Anspruch handelt, dessen Gegenstand an sich nicht unteilbar ist; auch in diesem Falle stellt sich, weil kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen und der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten kann, die Leistung rechtlich als unteilbar dar.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Unter den theoretischen Ausführungen zur Lehre vom Kaufe treten die Namen der Professoren Oertmann und v. Blume hervor. Ein beachtenswerter Selbstbericht über eine größere in Jherings Jahrbüchern erschienene Abhandlung liegt von Wolff betreffs der Sachmängel vor (vgl. §§ 459 ff. und § 463 Ziff. I 1). Lewandowski (s. zu § 505) sucht die herrschende, jetzt auch vom RG. vertretenen Ansicht zu bekämpfen, die auch für das obligatorische Verkaufsrecht den Formzwang fordert. — Wichtige Entscheidungen liegen zum Begriffe der Zusicherung, der Eigenschaften und der Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche vor. Ein interressantes Erkenntnis des RG. beschäftigt sich mit dem Verkaufe eines Zeitungsunternehmens (vgl. § 433 Ziff. II 2).

Literatur: v. Blume, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, JheringsJ. **55** 209—273. — Diederichs, Der Kurschein, GoldschmidtsZ. **63** 411—522. — Gotthardt, Zur Auslegung des § 492 BGB., SeuffBl. **09** 16—19. — Loeffler, Die Gewährspflicht im Falle der Versteigerung von Tieren nach § 489 BGB., JW. **09** 642—644. — Roth, Der Kurkauf, GoldschmidtsZ. **65** 105—146. — Oertmann, Sachmängel und Abnahmepflicht, R. **09** 617—626. — Rabel, Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers, RheinZ. **1** 107—226. — Schwaiger, Anfechtung und Gewährleistung, SeuffBl. **09** 325—334, 371—377. — Wolff, Sachmängel beim Kaufe, JheringsJ. **56** 1—85.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Eigentumsverschaffung und Abnahmepflicht (JDR. **5** Ziff. I 6, **4** Ziff. I 1, **3** Ziff. III, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 5). *Lesser, Der Inhalt

der Leistungspflicht 98. Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung bedeutet nicht die Verpflichtung zur Herstellung eines Rechtserfolges, sondern zur Vornahme derjenigen Handlungen, an welche das positive Recht im einzelnen Falle den Eigentumserwerb durch den Käufer knüpft. Eine Klage auf Eigentumsverschaffung ist zulässig, wenn auch allerdings der klagende Käufer in seinem Klagantrage die Handlungen im einzelnen bezeichnen muß, durch deren Vornahme der beklagte Verkäufer das Eigentum verschaffen soll. Es muß in jedem einzelnen Falle geprüft werden, ob die Parteien wirklich eine Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung haben begründen wollen, oder lediglich eine Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des nach Ansicht der Parteien ihm zustehenden Eigentums. Steht im letzteren Falle tatsächlich dem Verkäufer das Eigentum nicht zu, so ist der Vertrag ausnahmsweise nicht als nach § 306 BGB. nichtig anzusehen; vielmehr ist nach Analogie des § 437 BGB. anzunehmen, daß an die Stelle der Eigentumsübertragungspflicht als primäre Pflicht eine Gewährleistungspflicht tritt, die ihrerseits im Falle der Nichterfüllung den Regeln des § 440 unterliegt. Es muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob die Parteien entsprechend dem BGB. eine Abnahmepflicht des Käufers vereinbart haben oder ob nach ihrer Absicht der Käufer bezüglich der Abnahme nur hat Gläubiger werden sollen. Ist eine Abnahmepflicht vereinbart, so ist diese der Preiszahlungspflicht koordiniert. Erfüllt der Käufer nur eine einzige Pflicht, so hat er seine Vertragspflicht teilweise erfüllt. Die Abnahmepflicht als eine der Zahlungspflicht nicht gleichwertige Nebenpflicht zu betrachten (vgl. **RG. 53** 161 ff., **56** 141 ff.), ist nicht angängig; allerdings wird regelmäßig der Verkäufer bei Nichtzahlung des Kaufpreises kein Interesse an der Erfüllung der Abnahmepflicht und darum dieselben Rechte wie bei gänzlicher Nichterfüllung des Schuldners haben. Vgl. auch Lesser, o. § 241 Ziff. 1, § 249 Ziff. 2a.

2. **a)** *Rabel, RheinZ. **1** 214 ff. Der Verkäufer einer Forderung oder eines Nießbrauchs an einem obligatorischen Rechte (§ 1070), eines Urheber- oder Patentrechts (§ 413) ist zufolge § 407, der letztgenannte besonders auch, solange er in der Patentrolle eingetragen ist, zufolge § 19 PatG., noch nach vollendeter Rechtsübertragung in der Lage, den Erwerber zu schädigen, sei es durch Handlungen, z. B. Einzug der Forderung, sei es durch Unterlassungen, z. B. der Verständigung von der patentamtlichen Gebührenerinnerung, der Verständigung von einem Prozeß usw. Der Verkäufer hat aber nach sinngemäßer Auslegung von § 433 in allen Fällen die Pflicht frei von Rechtsmängeln zu verschaffen, welche aus seiner formalen Rechtsstellung herrühren, und wird davon nur nach § 323 frei. Er haftet daher, was bisher nicht beachtet wurde, ex contractu mit allen Folgen des § 325, wenn er das Ereignis zu vertreten hat, z. B. wenn er die zedierte Forderung einzieht oder wenn er seinem Generalbevollmächtigten, der dem Schuldner Stundung gewährt, schuldhaft die Forderungsabtretung nicht angezeigt hat. Nicht zu vertreten hat er z. B. regelmäßig eine Aufrechnung seitens des Drittschuldners gemäß § 406. — Dagegen läßt sich nach deutschem Rechte im Gegensatze zum französischen keine Haftung konstruieren, wenn der Verkäufer eines Quellrechts auf dem Nachbargrundstücke das Wasser abgräbt (wie er nach Landes-Wasserrecht meistens darf). **b)** *Rabel, RheinZ. **1** 198. Das Geschäft, womit sich ein Urheber, Patentberechtigter u. dgl. zur Bestellung eines absolut gestalteten Teilrechts gegen Entgelt verpflichtet, ist entweder Kauf oder kaufähnliches (§ 445) Geschäft, nicht Pacht. Über die schwankende ➛ Judikatur (verb. so den Druckfehler: Literatur) ⬅ s. Isay, PatG. § 6 Anm. 69.

3. **a)** Im Anschluß an seine Untersuchungen über die Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache (JDR. **7** Ziff. I 6) erörtert Oertmann, R. **09** 618 ff., die Frage, ob der Käufer verpflichtet ist, die ihm vom Verkäufer angebotene, mit Mängeln behaftete Kaufsache abzunehmen und den Preis zu zahlen. Er führt aus:

Die Mängelfreiheit der Kaufsache gehört nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, daher muß der Käufer die ihm angebotene, mit Mängeln behaftete Kaufsache abnehmen. Er braucht sie jedoch nicht zu behalten, oder den vollen Preis dafür zu zahlen. Da vielmehr nach § 478 BGB. der Käufer neben dem klagbaren Anspruch auf Wandelung und Minderung eine entsprechende Einrede besitzt — selbstverständlich auch vor dem im § 478 zunächst ins Auge gefaßten Ende der Anspruchsverjährung —, so kann er sich, auf Abnahme und Zahlung verklagt, dagegen je nach Wahl durch einredeweise Berufung auf die begehrte Wandelung oder Minderung schützen; beim Gattungskaufe kann er nach § 480 die Annahme der angebotenen Stücke unter Begehren der Nachlieferung anderer, vertragsmäßiger Stücke verweigern. Aber es sind dann immer nur die besonderen Gewährleistungsrechte, auf die der Käufer seine Abnahme- und Zahlungsverweigerung stützt; keineswegs leugnet er den ipso jure Bestand seiner Abnahmepflicht oder macht, auf Zahlung belangt, die Einrede des nicht, bzw. nicht vollständig erfüllten Vertrags geltend. **b)** Hiergegen Gmelin, R. **09** 768. Auch der Käufer einer bestimmten Sache braucht die mangelhafte Kaufsache weder abzunehmen, noch zu bezahlen, denn wenn man auch annimmt, des Verkäufers Erfüllungspflicht beziehe sich nicht auf die Fehlerlosigkeit, so kann ja der Käufer sogar noch nach der Erfüllung ganz oder teilweise (durch Wandelung oder Minderung) seine Verpflichtung zum Wegfalle bringen. Daraus folgt, daß er dies auch schon vorher tun kann.

4. Kuxkauf. **a)** *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 439. Der Verkäufer eines Kuxes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen, d. h. ihm Inhaberschaft und Ausübungsmöglichkeit zu gewähren. Beides erhält der Erwerber beim verbrieften Kuxe durch Übergabe der Abtretungsurkunde und des Kuxscheins. Beide Momente zusammen machen erst die dingliche Übereignung aus. Bei anderen Rechten genügt es, wenn der Verkäufer nur die Abtretung erklärt, weil ihm diese allein schon die Ausübung des Rechtes sichert; zum mindesten aber die Möglichkeit gewährt, durch eine einfache Mitteilung an den Schuldner weitere Leistungen an den bisherigen Gläubiger wirksam zu verhindern. Das ist beim Kuxrechte durch die Vorschrift im § 106 AllgBerggeſ. ausgeschlossen. S. auch oben Ziff. 3 zu § 407. **b)** *Roth, GoldschmidtsZ. **65** 105 ff. Beim Kuxkaufe gehört es grundsätzlich zur Erfüllungspflicht des Verkäufers, die Umschreibung des Kuxes im Gewerkenbuch auf den Namen des Käufers herbeizuführen. Gibt sich dagegen der Käufer damit zufrieden, daß von der Umschreibung abgesehen wird, also der Umsatz nur durch Übergabe des Kuxscheins und der Abtretungsurkunde vollzogen wird, so trifft es dann den Käufer als Abnahmepflicht, die Umschreibung des Kuxes im Gewerkenbuche herbeizuführen. Bei weiteren Umsätzen derselben Art geht diese Abnahmepflicht im Wege der Schuldübernahme jedesmal auf den neuen Käufer über, so daß der eingetragene Eigentümer ihre Erfüllung von dem jeweiligen Erwerber der Urkunden und nicht nur von seinem unmittelbaren Käufer verlangen kann. Allerdings hat dafür der verkaufende Käufer die Pflicht, den Namen seines Käufers seinem Verkäufer zur weiteren Mitteilung bis zum eingetragenen Eigentümer bekannt zu geben. Bei solchem Wandern des unumgeschriebenen Kuxes, sei es mit benanntem Erwerber oder unbenanntem (Blankozession), trifft die formelle Zubußepflicht stets den eingetragenen Kuxeigentümer, dagegen die materielle immer nur den, auf dessen Namen und mit dessem Einverständnisse der Kux schriftlich übertragen ist, nicht aber den, dem nur eine Blankozession nebst Kuxschein ausgehändigt ist. Dabei hat der materiell Verpflichtete die während der Dauer seines Eigentums fälligen Zubußen dem formell Verpflichteten zu ersetzen, ist aber andererseits auch befugt, die Zubuße durch Anheimstellen des Kuxes nach § 130 PrBerggeſ. abzuwenden. Dieselben Grundsätze gelten vice versa für die Ausbeuteberechtigung. — Die Übergabe des Kuxscheins allein ist, anders als bei der Inhaberaktie, für den Kuxkauf ohne jede Bedeutung und Wirkung.

II. Aus der Praxis. 1. Kauf oder ähnliche Verträge (JDR. **6** Ziff. II 4). R. **09** Ziff. 1983 (Hamburg). Der Vertrag, durch den ein im Baue befindliches Haus verkauft und von dem Verkäufer die Verpflichtung übernommen wird, das Gebäude nach näher bezeichneten Plänen zu vollenden, ist ein Kaufvertrag und kein Werkvertrag; es finden daher auf ihn die für den Kauf geltenden Regeln über die Verjährung Anwendung.

2. Analoge Anwendung der §§ 433 ff. (JDR. **5**, **6** u. **7** Ziff. II 2). **RG.** 26. 1. 09, **70** 220 ff., R. **09** Ziff. 973. Wird ein Zeitungsunternehmen übertragen, so erwirbt damit der Erwerber das Recht auf die Ausnutzung des Zeitungstitels an Stelle des Veräußerers und auf den Kundenkreis und die sonstigen Absatzgelegenheiten des Zeitungsgeschäfts. Auf den Erwerber geht über der Inbegriff der sich auf den Zeitungstitel aufbauenden Einrichtungen und Verhältnisse, die gesamte Organisation des Zeitungsunternehmens. Das Zeitungsunternehmen als solches kann somit, wie jedes Handelsgewerbe, auch soweit es sich dabei weder um Sachen oder Rechte handelt, Gegenstand eines entsprechend den Regeln vom Kaufe zu behandelnden Veräußerungsgeschäfts sein [224]. Vgl. besonders **RG. 63** 57, JDR. **5** Ziff. II 2 a.

3. Kauf auf Abruf (JDR. **5** Ziff. II 1 b, **6** u. **7** Ziff. II 1). **RG.** HoldhMschr. **09** 23. Auf Grund einer einseitig bindenden Verkaufszusage, bei der Ware und Preis genau bestimmt ist, alles übrige aber bestimmbar ist, kommt durch Abruf des anderen Teiles ein Kaufvertrag über die jeweils abgerufene Ware zustande.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 234. Ein Vertrag des Inhalts, daß sich jemand verpflichtet, einem anderen seinen Bedarf an losem Petroleum in eine von dem Lieferanten auf dem Grundbesitze des Käufers zu errichtende Tankanlage zu liefern, ist rechtswirksam, selbst wenn darin nur eine einseitige Bindung des Lieferanten zu finden sein möchte und wenn der Preis der Ware und die Dauer des Vertrags nicht ausdrücklich vereinbart sind.

5. Besondere Vereinbarung über Zahlung des Kaufpreises (vgl. auch JDR. **7** Ziff. II 7). **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 1666. Ist bei einem Grundstückskaufe bestimmt, daß der Käufer den Restkaufpreis an die Lieferanten des Ehemanns der Verkäuferin auf die diesen zu erteilenden Anweisungen hin zu bezahlen habe, und kommt es dann nicht zu den Arbeiten, für die die erforderliche Deckung mit dem Kaufpreisreste vorgesehen war, so ist der Käufer zur Zahlung des Kaufpreisrestes an die Verkäuferin verpflichtet. **b)** SeuffA. **64** 119 (Posen). Die Vereinbarung, daß der Kaufpreis „bis zum Verbrauche der Bretter" gestundet sein soll, ist dahin zu verstehen, daß die Kaufpreisforderung erst dann fällig werden sollte, wenn der Käufer die Bretter im normalen Geschäftsgange des Tischlereibetriebs verbraucht haben würde; nach Ablauf einer angemessenen Frist ist der Kaufpreis aber auch dann zu zahlen, wenn in Wirklichkeit noch nicht alle Bretter verwertet sind.

6. Sukzessivlieferungskauf (JDR. **6**, **7** Ziff. II 6 u. oben Ziff. 8 zu § 326). **a)** **RG.** HoldhMschr. **09** 134. Wenn die Abwickelung eines Sukzessivlieferungskaufs sich durch Schuld des Verkäufers über die vorgesehene Zeit hinauszieht, so kann dieser nicht verlangen, daß der Käufer den ganzen Rückstand auf einmal abrufe und beziehe. **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 184 ff. (Hamburg). Bei Sukzessivlieferungen hindert die Unterlassung der Mängelanzeige bei der einen Lieferung den Käufer grundsätzlich nicht, eine spätere Lieferung wegen eines Mangels zu beanstanden, welcher schon der früheren Lieferung anhaftete. Dieser Grundsatz muß aber eine Ausnahme erleiden, wenn der Verkäufer aus der Nichtbeanstandung der früheren Lieferungen den Schluß ziehen darf, daß die Ware den Wünschen und Zwecken des Käufers entsprach und wenn er im Vertrauen hierauf die weiteren Lieferungen einrichtet.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 974. Ist in einem Kaufvertrag ein Lieferungsort vereinbart, so kann der Käufer die Lieferung an einen anderen Ort dann nicht verlangen, wenn damit für den Verkäufer wesentliche Erschwerungen verbunden sind.

8. **RG.** R. **09** Ziff. 1977. Ein Vertrag, durch den jemand einen ihm nicht zustehenden Anteil an einer GmbH. verkauft, ist nicht nach § 306 BGB. nichtig, begründet vielmehr nur den Anspruch auf Verschaffung und eventuell die Gewährleistungsansprüche.

9. HansGZ. **09** Hptbl. 160 ff. (Hamburg). Die Rechte und Verpflichtungen des Käufers und des Verkäufers bei einem Kaufabschluß eines deutschen Käufers mit einem ausländischen Verkäufer richten sich nach deutschem Rechte, es sei denn, daß die Parteien die Anwendung des ausländischen Rechtes vereinbart haben oder eine Auslegung des Vertrags nach § 157 dazu führt.

10. **RG.** JDR. **7** Ziff. II 9a jetzt auch SchleswHolstAnz. **09** 91.

§ 434. Baupolizeiwidrige Beschaffenheit von Räumen (JDR. **3** Ziff. a, **6** Ziff. 3 a). SächsOLG. **30** 287 (Dresden). Das Verbot der Baupolizeibehörde, gewisse Räume zu benutzen, begründet keinen Mangel im Rechte im Sinne von § 434.

§ 437. Verhältnis des § 306 zu § 437 (JDR. **7** Ziff. II 1). **RG.** 3. 4. 09, R. **09** Ziff. 1667. Der § 437 BGB. enthält für den Verkauf einer Forderung eine Ausnahme von § 306 BGB. Der Verkäufer einer Forderung haftet bei Nichtbestand der Forderung auf Schadensersatz, das ist Ersatz des Wertes der Forderung, ihren Rechtsbestand vorausgesetzt, zur Zeit der Abtretung.

§ 438. **RG.** JW. **09** 722 läßt es dahingestellt, ob die bei Abtretung einer Forderung übernommene Haftung für ihren Eingang niemals die Natur einer Bürgschaft annehmen könne. Keinesfalls sei es aber bei der wesentlichen Verschiedenheit beider Vertragsarten rechtlich möglich, daß in der Übernahme der Gewährleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zugleich eine Bürgschaftsübernahme gefunden werden kann.

§ 439. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 235. Hat der Käufer eines Grundstücks die auf ihm ruhenden Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so hat er kein Rücktrittsrecht aus §§ 434, 439, 440, wenn der Verkäufer ihm unwahrerweise zugesichert hat, daß eine auf dem Grundstücke lastende, von dem Käufer zu übernehmende Hypothek noch für bestimmte Zeit unkündbar sei. Er kann den Verkäufer, falls die Zusicherung sich als Garantieversprechen, sei es auf Verschaffung der Unkündbarkeit, sei es auf Schadloshaltung für den Fall der früheren Kündbarkeit, darstellt, nur aus diesem auf Erfüllung des Versprochenen, gegebenenfalls auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, nicht aber Aufhebung des ganzen Kaufvertrags verlangen. Vgl. hierzu Klein, JDR. **7** Ziff. 1.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2375. Weiß der Käufer eines Fabrikgrundstücks, daß die auf das Nachbargrundstück führenden Fenster vom Nachbar nur auf Widerruf gestattet sind, nimmt er aber an, daß der Nachbar nur Vermauerung der Fenster mit Glassteinen, nicht auch mit Ziegelsteinen verlangen könne, so ist ihm der Verkäufer zur Gewährleistung verpflichtet.

§ 440. **RG.** R. **09** Ziff. 446. Bei Berechnung des abstrakten Schadens bei marktgängiger Ware besteht an sich keine Pflicht zur Vornahme eines Deckungskaufs. Dem Käufer steht der Anspruch auf den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis oder dem Verkäuflichkeitspreise zur Zeit und am Orte der schuldigen Lieferung zu. Unter besonderen Umständen, wenn es sich um einen ganz außerordentlichen, vom Gegner nicht vorauszusehenden Schaden handelt, kann dem vertragstreuen Käufer die Vornahme des Deckungskaufs angesonnen werden. Diese Pflicht gründet sich auf die vom Käufer zu verlangende allgemein im Verkehr übliche Sorgfalt; sie führt zu der im § 254 Abs. 2 BGB. vorgesehenen Schadensmin-

derung in Form der Vornahme des Deckungskaufs. Ebenso HansGZ. **09** Hptbl. 283 (Hamburg).

§ 443. *Rabel, RheinZ. **1** 201 (De lege ferenda): Die Vereinbarung sollte nichtig sein, schon wenn der Verkäufer den Mangel in Kenntnis desselben verschweigt.

§ 448. Frachturkundenstempel (JDR. **6** Ziff. 1). Klein, JW. **09** 96 f. Nach § 242 BGB. ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Billigkeit verlangt aber, daß der Käufer, nach dessen Anweisung die Ware an einen anderen Ort als den Erfüllungsort gesandt wird, in dessen Interesse also der Transport liegt, zu welchem der Frachtbrief erforderlich ist, auch den Frachturkundenstempel zugleich mit der übrigen Schuld zahlt. Aus den gleichen Gründen braucht er den Frachturkundenstempel bei einer Versendung nach dem Erfüllungsorte nicht zu tragen, sondern der Verkäufer.

§ 450. Notwendige Verwendungen siehe u. zu § 547.

§ 455. I. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 49 ff. Bei suspensiv bedingter Übereignung einer Sache gelten für Pfandrechte folgende Regeln: Die Pfandrechte an den bedingten Eigentumsrechten haften an der Sache selbst (wichtig für die Rangordnung). Am suspensiv bedingten Eigentum entstehen keine gesetzlichen Pfandrechte. (54 ff., 492 ff.) Die Pfändung bedingten Eigentums erfolgt gemäß § 857 ZPO., erfordert aber auch die Pfändung der Besitzrechte des Schuldners gemäß § 808 oder § 847 Abs. 1 ZPO. (34 ff.) Der Verkäufer kann auch sein Eigentum, die Sache selbst, pfänden. (232 ff.) Der Käufer ist nicht notwendig Besitzmittler des Verkäufers. (235 ff.) Weist der Verkäufer die Restzahlung gegenüber einem Pfandgläubiger zurück, so wird der Käufer Eigentümer. Ein Widerspruch des Käufers ist unbeachtlich. (497 f.) Der Pfandgläubiger kann die Restzahlung an den Verkäufer regelmäßig zu seinen Kosten rechnen. (489 ff.) Für die Folgen der Versteigerung gelten die allgemeinen Regeln entsprechend.

2. Nathan, Sicherungsübereignung 28 ff. Der Gedanke der Eigentumssicherung beim Kaufe ist einer analogen Ausdehnung auf die Eigentumssicherung im weiteren Sinne insoweit fähig, als durch eine solche Eigentumssicherung in concreto nicht die spezifischen Gefahren der pfandrechtlichen lex commissoria, wie sie durch das Verbot des § 1229 beseitigt werden soll, hervorgerufen werden.

3. Über Kaufmann, GruchotsBeitr. **53** 325 ff. vgl. zu ZPO. § 808.

II. 1. **RG.** 2. 1. 9, LeipzZ. **09** 398. Allerdings ist ein Eigentumsvorbehalt nur bei Sachen im Sinne von körperlichen Gegenständen (§ 90) möglich und deshalb ein solcher Vorbehalt nicht zulässig bei der Übertragung eines Geschäfts als Ganzen, als eines Inbegriffs der dazu gehörigen Sachen, Rechte, unkörperlichen Werte und hauptsächlich der Kundschaft (**RG. 67** 383, JDR. **7** Ziff. II 3). Sind aber Inventarstücke und die im Lager vorhandenen Warenvorräte verkauft und hat sich der Verkäufer an allen verkauften Sachen und damit an den einzelnen, im Warenlager enthaltenen Gegenständen das Eigentum vorbehalten, so umfaßt der Vorbehalt in einer dem Gesetz entsprechenden Weise einzelne körperliche Gegenstände.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2376. Der Verkäufer kann sich das Eigentum an der verkauften Sache nicht nur bis zur Zahlung des Kaufpreises für die veräußerte Sache, sondern auch bis zur Befriedigung anderweiter Ansprüche vorbehalten.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 650. Teilzahlung auf Waren, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft sind, bewirkt nicht teilweisen Eigentumsübergang.

4. **RG.** LeipzZ. **09** 786 f. Der Eigentumsvorbehalt hat, wenn die Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, durch die Bestimmung des § 26 KO. seine Wirksamkeit nicht verloren (vgl. **RG. 56** 241). Der Kaufvertrag wird dadurch, daß der Konkursverwalter in denselben nach

§ 17 KO. nicht eingetreten ist, nicht aufgehoben, auch diesem gegenüber kann sich der Verkäufer auf den Eigentumsvorbehalt berufen (**RG. 49** 192).

5. OLG. Colmar, FDR. **7** Ziff. II 1 jetzt auch ElſLothZ. **09** 545 f.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. I. 1. *Wolff, IheringsJ. **56** 1 ff. 1. Es ist streng zu unterscheiden zwischen Leistungspflicht und Gewährleistungspflicht. Die Leistungspflicht des Verkäufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Kaufsache ist grundsätzlich verschieden beim Spezieskauf und beim Genuskaufe. Beim Spezieskauf hat der Verkäufer die Sache so zu leisten, wie sie eben ist, in der Beschaffenheit, in der sie sich zur Zeit der Leistung gerade befindet, gleichviel ob dies die vertragsmäßige Beschaffenheit ist oder nicht; die Leistungspflicht erstreckt sich also beim Spezieskauf nicht auf die Eigenschaften der Sache. Beim Genuskauf dagegen ist Gegenstand der Leistungspflicht des Verkäufers eine Sache von vertragsgemäßer Beschaffenheit (67—69). 2. Da beim Spezieskaufe die Leistungspflicht des Verkäufers sich nicht auf die Eigenschaften der Sache erstreckt, so beruhen die Ansprüche des Käufers auf Wandelung und Minderung nicht auf einer Verletzung der Leistungspflicht des Verkäufers, sondern sind dem Käufer mit Rücksicht darauf gegeben, daß er seinerseits eine Sache von vertragsgemäßer Beschaffenheit erwartet und diese berechtigte Erwartung sich nicht erfüllt hat. Der Grund der Wandelung und Minderung liegt also nicht in der Person des Verkäufers, sondern in der Person des Käufers, und zwar in dessen berechtigten Erwartungen, Vorstellungen, Voraussetzungen bezüglich der Beschaffenheit der Kaufsache (10—15). Die historisch überkommene Kasuistik des § 459 erweist sich als ein Ausfluß des allgemeinen Rechtssatzes, daß der Käufer Wandelung oder Minderung beim Mangel derjenigen Beschaffenheit der Kaufsache fordern darf, die er vorauszusetzen berechtigt war (15—23). Hierbei ist aber unter „berechtigt" nicht eine juristische, sondern eine logische Berechtigung zu verstehen in dem Sinne, in dem man nach Sprachgebrauch auch außerhalb des Gebiets der Jurisprudenz von „berechtigten" Voraussetzungen zu sprechen pflegt: Der Käufer ist diejenige Beschaffenheit vorauszusetzen „berechtigt", die in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen auch jeder andere mit gleicher Sachkenntnis ausgerüstete Käufer voraussetzen würde und voraussetzen dürfte. D. h.: diejenige Beschaffenheit, die er nach dem Inhalt und den Umständen des Vertrags voraussetzen „darf" (23—25). 4. In diesem Sinne „darf" der Käufer natürlich nicht eine solche Beschaffenheit voraussetzen, deren Nichtvorhandensein „offensichtlich" ist. Dies ist der Sinn des § 460 Satz 2, der somit etwas sagt, was sich aus der vorstehenden allgemeinen Regel von selbst ergibt (28—31). 5. Der Käufer muß die Beschaffenheit, die er voraussetzen „durfte", auch wirklich vorausgesetzt haben, sonst fällt der Grund für die Gewährleistung fort; dies besagt § 460 Satz 1 (26, 27). Ebenso dann, wenn die Voraussetzung einer gewissen Beschaffenheit für den Entschluß des Käufers, die Sache überhaupt oder zu dem Preise zu kaufen, ohne Erheblichkeit war; ein Ausfluß dieses Satzes ist § 459 Abs. 1 Satz 2 (31—34). Es wird aber vermutet, daß der Käufer das, was er voraussetzen durfte, auch tatsächlich vorausgesetzt hat; es wird ferner vermutet, daß der Käufer das voraussetzen durfte, was gewöhnlich vorausgesetzt wird (25, 27). 6. Nach alledem ist der Inhalt der §§ 459, 460, 462 in folgende Sätze zusammenzufassen (34, 35): Der Käufer kann Wandelung oder Minderung verlangen, wenn die verkaufte Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf ihn übergeht, nicht die Beschaffenheit hat, welche erstens vom Käufer nach dem Inhalt oder den Umständen des Geschäfts vorausgesetzt werden durfte, oder zweitens im Verkehre gewöhnlich vorausgesetzt wird, es sei denn, daß diese Beschaffenheit nach dem Inhalt oder den Umständen des Geschäfts nicht vorausgesetzt werden durfte.

2. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den §§ 320 ff. (JDR. **3** Ziff. 1 u. Schollmeyer, JDR. **4** Ziff. 1). v. Blume, JheringsJ. **55** 209 f. Neben dem Gewährschaftsrechte finden die allgemeinen Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Schuldners Anwendung, falls der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat. Sie kommen allerdings vorwiegend beim Gattungskauf in Betracht, denn beim Sondersachkaufe wird durch Lieferung der Sache die Schuldnerpflicht auch dann erfüllt, wenn die Sache mangelhaft ist, es sei denn, daß der Verkäufer nach dem Kaufe die Sache schuldhaft beschädigt hat. Im letzteren Falle hat er zwar durch die Lieferung der Sache die geschuldete Sachleistung bewirkt, er hat aber durch Verletzung der ihm obliegenden Pflicht der Bewahrung der Sache den Käufer geschädigt und muß dafür Schadensersatz leisten. Der Schadensersatzanspruch des Käufers stützt sich auf den den Einzelsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zugrunde liegenden Rechtssatz, daß jede fahrlässige Verletzung der Schuldnerpflicht zum Schadensersatze verpflichtet. Der Genuskauf legt dem Verkäufer die Pflicht auf, eine dem Vertrag entsprechende Sache für den Käufer auszuwählen. Eignet sich die Sache, die der Verkäufer liefert, nicht zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche, so ist sie nicht nur mangelhaft im Sinne des Gewährschaftsrechts, sondern ungeeignet, zur Vertragserfüllung zu dienen.

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 424 ff.: Dem Mitübernehmer (kumulativer Schuldübernehmer) der Kaufpreisschuld steht zwar kein eigenes Wandelungs- oder Minderungsrecht, wohl aber die Minderungseinrede aus § 478 und im übrigen eine aufschiebende Einrede analog § 770 Abs. 1 zu, letzteres so lange, bis der Urschuldner (Käufer) sich schlüssig gemacht hat, ob er Wandelung oder Minderung verlangen will.

II. Analoge Anwendung der §§ 459 ff. (JDR. **5** Ziff. II B 3 c zu § 459, **6** u. **7** Ziff. II 1). **RG.** 20. 11. 08, JW. **09** 15, R. **09** Ziff. 34. Auf den Verkauf eines Erwerbsgeschäfts mit Kundschaft finden die §§ 459 ff. entsprechende Anwendung. Wird ein solches Geschäft — Schlackensteinwerk, in dem nach einem besonderen Verfahren Steine hergestellt werden — verkauft, und stellt sich dann heraus, daß das Verfahren, nach welchem in dem Geschäfte gearbeitet wurde, gegen das Patent eines anderen verstößt, so ist für die Frage, ob hierin eine Aufhebung oder Minderung der Tauglichkeit des Erwerbsgeschäfts zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche zu finden ist, zu prüfen, was bezüglich des vorausgesetzten Gebrauchs des Erwerbsgeschäfts im einzelnen Falle als Vertragswille anzunehmen ist. Ein Mangel im Sinne des § 459 ist daher als vorliegend zu erachten, wenn als Vertragswille der Parteien anzunehmen ist, daß der bisherige Fabrikbetrieb des Verkäufers in derselben Weise von dem Käufer fortgesetzt werden sollte.

§ 459. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2102. In einem Vertrag über einen Hauskauf bedeutet die Bestimmung, „dem Käufer sei der Bauzustand der Gebäude bekannt und er verlange dieserhalb keine Gewährleistung", nicht, daß der Käufer hinsichtlich aller Mängel und Fehler, die sich etwa an dem Hause zeigen würden, auf Gewährleistung verzichte. Durch jene Bestimmung soll hinsichtlich des Bauzustandes nur festgestellt werden, daß der Käufer die Baulichkeiten in Augenschein genommen habe, und ihm ihr äußerer Zustand bekannt sei, sowie daß der Käufer trotz dieser Kenntnis die Gebäude so, wie sie sich äußerlich darstellten, übernehmen wolle, ohne künftig gegen den Verkäufer Ansprüche daraus herleiten zu dürfen, daß der äußere Zustand vielleicht nicht überall vollkommen sei.

2. Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche. a) **RG.** 4. 12. 08, **70** 82 ff., JW. **09** 71 f., RheinNotZ. **09** 76. Darüber, welcher Gebrauch als der gewöhnliche anzusehen ist, entscheidet die Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die örtliche und sonstige Lebensauffassung.

Dieser Maßstab kann jedoch nur angelegt werden, wenn von den Vertragschließenden ein abweichender besonderer Gebrauch der veräußerten Sache nicht gewollt war. Wenn hierbei das Gesetz die Wendung gebraucht hat, es komme auf den im Vertrage „vorausgesetzten" Gebrauch an, so hat es damit nicht an die Windscheidsche Theorie von der Voraussetzung anknüpfen wollen (vgl. **RG. 62** 267, **66** 133). Allerdings kann das Nichteintreffen einer von einem Vertragsteile bei Abschluß des Vertrags unterstellten Voraussetzung Anlaß zur Anfechtung wegen Irrtums bieten. Bedeutung für die Vertragserfüllung gewinnt eine solche Voraussetzung jedoch nur, wenn sie durch den beiderseitigen Willen zum Vertragsinhalt erhoben worden ist. Dies ist der Fall, wenn der Verkäufer dem Käufer, der ein Zinshaus mit möglichst hoher Rente kaufen will, in diesem Hause bestimmte Räume als bewohnte bezeichnet, mit dem Käufer eine Ertragsberechnung aufstellt, wie wenn die bezeichneten — den baupolizeilichen Vorschriften über Wohnräume tatsächlich nicht genügenden — Räume zu Wohnungen zu vermieten seien, und einen dementsprechend hohen Kaufpreis vereinbart. In solchem Falle ist die Bewohnbarkeit der Räume im Sinne des § 459 Abs. 1 nach dem Vertrage vorausgesetzt. **b) RG.** R. **09** Ziff. 2099. Wer ein Haus kauft, darf im Verhältnisse zum Verkäufer davon ausgehen, daß es, so wie es steht, mit allen vorhandenen Einrichtungen benutzt werden darf.

3. Abs. 1 Satz 2 (JDR. **1** Ziff. 4, **4** u. **5** Ziff. II 4). **a) RG.** LeipzZ. **09** 243. Die Ansicht, daß unter allen Umständen die Anwendung des § 459 Abs. 1 Satz 2 dann ausgeschlossen sei, wenn durch den Mangel die Gebrauchsfähigkeit des Kaufgegenstandes objektiv gemindert werde, ist nicht zu billigen, vielmehr ist im einzelnen Falle bei Beantwortung der Frage der Unerheblichkeit der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit auch zu berücksichtigen, ob der Fehler leicht erkennbar und mit unerheblichem Aufwande zu beseitigen ist. **b) RG.** R. **09** Ziff. 2234. Bei Hausschwamm und Trockenfäule eine nur unerhebliche Minderung des Wertes des Hauses anzunehmen, ist regelmäßig nicht angängig und zwar auch dann nicht, wenn lediglich der Anfang eines leichten Schwammgebildes festzustellen ist. **c) RG.** R. **09** Ziff. 239. Zeigen sich an einem gekauften Automobile Mängel, durch die an sich die Gebrauchsfähigkeit des Automobils erheblich gemindert wird, die aber von sachverständiger Hand mit Leichtigkeit und in ganz kurzer Zeit gehoben werden können, so ist § 459 Abs. 1 Satz 2 anwendbar. **d) RG.** HoldhMschr. **09** 26. Auch wenn ein Mangel der verkauften Sache deren Gebrauchsfähigkeit objektiv erheblich mindert, kann doch die Wandelungsklage ausgeschlossen sein, wenn der Mangel leicht erkennbar und mit unerheblichem Aufwande zu beseitigen war. Vgl. auch **RG.** JDR. **6** Ziff. II 4 b u. HoldhMschr. **09** 133.

4. Begriff der Zusicherung. **a) RG.** R. **09** Ziff. 2929. Auch hypothetische Angaben („wenn das Grundstück im Tale läge, wäre es 1000 M. wert") können als Zusicherungen in Betracht kommen. **b) RG.** R. **09** Ziff. 975. Zu einer Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB. gehört nicht nur der Ausdruck der Überzeugung des Verkäufers, daß ein gewisser für die Kaufsache in Betracht kommenden Umstand gegeben sei — vorliegendenfalls hatte der Verkäufer erklärt, daß das verkaufte Schiff gewisse Schleusen passieren könne —, sondern auch die Erklärung eines entsprechenden Verpflichtungswillens des Verkäufers, d. h. der Absicht, sich hierdurch dem Käufer gegenüber vertraglich zu binden, namentlich in bezug auf den Kaufgegenstand selbst eine verpflichtende Erklärung abzugeben. **c)** MecklZ. **27** 100 ff. (Rostock). Bei dem Verkaufe von beweglichen Sachen ist die Quantitätsangabe des Verkäufers nicht ohne weiteres als Zusicherung aufzufassen. Eine Vermutung dafür, daß der Verkäufer eine solche Angabe in der Absicht, sie zu vertreten, gemacht hat, gibt es nicht (vgl. Goldmann-Lilienthal, BGB. § 140 Nr. 2). Vgl. auch **RG.** JDR. **7** Ziff. 7 d.

5. Begriff der Eigenschaften. **a) RG.** R. **09** Ziff. 2100. Wie bei

einem Hause das Mieterträgnis, so ist bei gewerblichen Unternehmungen und insbesondere bei Wirtschaften der erzielte Jahresumsatz, auch wenn es sich um den Umsatz nur eines Jahres handelt, zu den Eigenschaften der Sache zu rechnen. **b) RG.** JW. **09** 48, R. **09** Ziff. 238. Wenn auf einem Grundstück unter bestimmten Umständen regelmäßig sog. Druck- oder Schwitzwasser auftritt und hierdurch die Verwendbarkeit des Grundstücks, insbesondere seine Bebaubarkeit beeinflußt wird, so begründet dies eine dem Grundstück eigene besondere Beschaffenheit und damit eine Eigenschaft des Grundstücks. **c) RG.** JW. **09** 492, DJZ. **09** 1266. Elemente, aus denen der Wert einer Sache sich zusammensetzt, und die nach den Anschauungen des Verkehrs zufolge ihrer Beschaffenheit und ihrer Dauer entscheidenden Einfluß auf die Bewertung ausüben, können zu einer Sacheigenschaft werden, nicht aber der Wert oder der Preis oder der Kurs einer Sache an sich (vgl. **RG. 59** 242, **61** 86). Aus dem bloßen Nichtvorhandensein des angenommenen oder behaupteten Wertes einer Sache läßt sich ein Gewährleistungsanspruch nicht herleiten. **d) RG.** JW. **09** 48, RheinNotZ. **09** 104, BayRpflZ. **09** 69: Die Unkündbarkeit einer Hypothek, mit der ein Grundstück belastet ist, gehört zwar zum Wesen des betreffenden Hypothekenrechts, aber eine Eigenschaft des Grundstücks bildet sie nicht.

6. Zugesicherte Eigenschaften (JDR. **7** Ziff. 7). **a) RG.** 29. 6. 09, JW. **09** 492, DJZ. **09** 1266. Der II. Senat neigt, wie bereits **RG. 63** 61 (JDR. **5** Ziff. II B 3 c) der Meinung zu, daß Zusicherungen über Güte und Wert von Inhaberpapieren oder des betreffenden Unternehmens nach den Regeln des Sachkaufs zu beurteilen und nach den Gewährleistungsgrundsätzen der §§ 459 ff. zu vertreten seien. Er tritt hiermit dem I. Senat entgegen, welcher in **RG. 59** 241 (JDR. **4** Ziff. II A 1) das Fehlen einer derart zugesicherten Eigenschaft als Mangel in dem tatsächlichen Bestande des Rechtes gemäß §§ 437 ff. beurteilt. Eine Plenarentscheidung ist nicht herbeigeführt worden, da der Senat die einwandfreie Feststellung des Tatbestandes vermißte. **b)** R. **09** Ziff. 447 (Hamburg). Die Zusage, die Roßhäute in bestimmter Weise mit Marken zu versehen, stellt sich als Zusicherung einer Eigenschaft der Ware dar, denn diese Marken sind für die Beurteilung der Herkunft der Roßhäute im Verkehre von Bedeutung und beeinflussen den Handelswert der Ware. Trotzdem hat der Käufer das Recht, wegen Nichtmarkierung der Waren den Kaufvertrag zu wandeln, dadurch verloren, daß er das Konnossement und die Police über die streitige Ware an der Börse, für Rechnung, wen es anging, durch einen beeidigten Auktionator verkaufen ließ. **c) RG.** JW. **09** 460. In der vereinbarten Abladezeit liegt die Zusicherung einer Eigenschaft nur dann, wenn die Abladung in einem bestimmten Monate von einem bestimmten Lande im Verkehr als Kennzeichen einer bestimmten Ware gilt.

7. **RG.** 9. 3. 09, R. **09** Ziff. 1116. Wird ein Vertrag schriftlich beurkundet, so spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß er alle Vereinbarungen und Abmachungen enthält, über welche die Parteien einig geworden sind. Wenn insbesondere bei einem Kaufvertrage behauptet wird, daß vor der schriftlichen Beurkundung Zusicherungen bezüglich der verkauften Sache seitens des Verkäufers gemacht worden seien, die in der Urkunde nicht zum Ausdrucke gekommen sind, die aber gleichwohl maßgebend und bindend seien, so ist ein solches Vorbringen nur dann als erheblich zu erachten, wenn sich ergibt, daß nach dem Willen der Vertragschließenden auch noch bei Abfassung der Vertragsurkunde die übereinstimmende Absicht bestand, daß die Zusicherungen als Bestandteil des Vertrags gelten sollten.

8. HansGZ. **09** Beibl. 199 (Hamburg). Bei Grundstücksverkäufen ist mangels gegenteiliger Abrede als Regel anzusehen, daß die Haftung des Verkäufers für die Richtigkeit der zugesicherten Mieterträgnisse sich nur auf die Zeit des Vertragsschlusses, nicht auf die des Gefahrüberganges bezieht.

9. Über die Frage der Konkurrenz von Anfechtungsrecht und Gewährleistungsrecht vgl. oben Ziff. I 3 und II B 1 zu § 119.

10. Über die verschiedenen Arten des Hausschwamms und deren rechtliche Bedeutung für bestehende Verträge verhält sich eingehend LG. Aachen, RheinARB. **27** 166 ff.

11. **RG.** JDR. **7** Ziff. 6 e jetzt auch LeipzZ. **09** 165.

§ 460. 1. Arglistiges Verschweigen (JDR. 7 Ziff. 1). **a) RG.** R. **09** Ziff. 653. Der Verkäufer eines Steinbruchs, dessen Steine sich als brüchig und wertlos erwiesen, hatte beim Verkaufe zugesichert, der Bruch werde je tiefer um so abbauwürdiger, besser und mächtiger. Eine Arglist fällt hier dem Verkäufer auch dann zur Last, wenn er die Beschaffenheit der tieferen Gesteinslagen nicht gekannt hat, er sich aber bewußt gewesen ist, daß der Käufer auf jene Tatsache entscheidendes Gewicht legte. **b) RG.** R. **09** Ziff. 813. Wenn dem Kaufabschluß über ein Miethaus eine Rentabilitätsberechnung unter Einsetzung der nach den bestehenden Mietverträgen zu entrichtenden Mieten zugrunde gelegt wird, und der Verkäufer Gewähr dafür leistet, daß besondere Abmachungen mit den Mietern über Mieterlaß oder Vergütungen nicht beständen, so liegt ein arglistiges Verschweigen auf seiten des Verkäufers regelmäßig auch dann vor, wenn er nicht mitteilt, daß bei Abschluß der Mietverträge mit einzelnen Mietern für die bereits verstrichene Mietzeit — zum Beispiel als Entschädigung für die Unannehmlichkeiten des sog. Trockenwohnens — ein Nachlaß bewilligt sei. **c) RG.** JW. **09** 48. Der Verkäufer eines Grundstücks, der aus dem Vorkommen von sog. Druck- oder Schwitzwasser in einem Nachbargrundstück auf das Vorhandensein solchen Wassers auch in seinem Grundstücke schließt, handelt arglistig, wenn er von dieser Annahme dem Käufer keine Mitteilung macht. **d)** R. **09** Ziff. 242 (Colmar). Arglistiges, die Verjährung des Anspruchs des Käufers auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft des Kaufgegenstandes ausschließendes Verschweigen setzt voraus, daß sich der Verkäufer des Mangels bewußt war, daß er aber den Käufer darüber täuschen wollte. Die bloße Möglichkeit, daß der Verkäufer bei Anwendung der nötigen Sorgfalt den Mangel hätte erkennen müssen, genügt nicht zur Begründung von Arglist, weil es in diesem Falle an einer Täuschungsabsicht fehlt. Zu jener Begründung ist erforderlich, daß der Verschweigende absichtlich sich einer Mitteilung enthielt, die der andere Teil unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 976. § 460 läßt nach Inhalt und Stellung keinen Zweifel darüber, daß er sich in seinem ersten Satze auch auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften bezieht. Seiner Anwendung steht vorliegend aber auch der Umstand nicht entgegen, daß unmittelbar Gegenstand des Vertrags die Abtretung der Rechte aus einem Meistgebot ist, da dies die Auffassung nicht ausschließt, daß nach dem Willen der Vertragschließenden eigentlicher Gegenstand des Kaufes doch das Grundstück, also eine Sache, sein sollte.

§ 462. Gebrauch der Kaufsache (JDR. **6** Ziff. 4). **a) RG.** JW **09** 685. Ein mit Verminderung des Wertes der Kaufsache verbundenes Ingebrauchnehmen oder Fortgebrauchen enthält nach Treu und Glauben den Ausdruck des Willens, den Vertrag aufrechtzuerhalten und auf die Wandelung zu verzichten, läßt also eine gleichzeitig oder vorher abgegebene Erklärung, daß die Sache dem Verkäufer zur Verfügung gestellt werde, unwirksam erscheinen. Indessen rechtfertigen besondere, die Fortsetzung des Gebrauchs entschuldigende, Umstände eine abweichende Beurteilung. **b)** R. **09** Ziff. 1293 (Colmar). Ein Käufer einer Maschine, dem ein Anspruch auf Wandelung ihres Kaufes erwachsen ist, handelt wider Treu und Glauben, wenn er sie, obgleich er sie dem Verkäufer zur Verfügung gestellt hat, dennoch wie seine eigene behandelt und durch die Art und Weise ihres Gebrauchs, insbesondere durch dessen Stetigkeit zu erkennen gibt, daß er tatsächlich auf die Aus-

übung der wörtlich erklärten Wandelung verzichtet. Jedoch nötigt der Umstand allein, daß der Käufer die Maschine, in Ermangelung eines bereiten Ersatzes für sie, vorübergehend in vereinzelten Fällen zur Vermeidung geschäftlicher Störungen benutzt, ohne daß sie dadurch eine Verschlechterung erleidet, für sich allein noch nicht zur Annahme jenes Verzichtswillens. c) Darüber, daß das Wandelungsrecht nicht dadurch verloren geht, daß der Käufer das miterworbene Warenlager im Geschäftsinteresse durch Veräußerung verkleinert, PosMschr. **09** 22 (Stettin).

§ 463. I. 1. *W o l f f, JheringsJ. **56** 43 ff. 1. Nicht auf der Voraussetzung des Käufers, sondern auf der G a r a n t i e des Verkäufers beruht die S c h a d e n s e r s a t z p f l i c h t des Verkäufers beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Deshalb verlangt **RG. 54** 223 mit Recht für eine Zusicherung im Sinne des § 463 den Tatbestand eines Garantievertrags; das bloße dictum ist hier nicht ausreichend. Mit Unrecht aber versagt das RG. dem dictum überhaupt jede Rechtswirkung. Auch wo das dictum nicht die Bedeutung eines Garantieversprechens im Sinne des § 463 hat, ist es doch zum mindesten dazu bestimmt, den Käufer über die Beschaffenheit der Sache zu unterrichten, und deshalb geeignet, bei dem Käufer die berechtigte Voraussetzung der vom Verkäufer angegebenen Eigenschaften zu begründen; daher, wenn auch nicht Schadensersatz, so doch Wandelung und Minderung auf Grund bloßen dictums. Vgl. Prot. der II. Komm. 1377—1381. 2. Auch die Schadensersatzpflicht wegen a r g l i s t i g v e r s c h w i e g e n e r Mängel (§ 463 Satz 2) beruht auf einer „fingierten Garantie" des Verkäufers, sie ist nicht, wie die Mot. 229 unrichtig meinen, eine Strafe für Arglist. Da der Verkäufer nach § 476 die Garantie für arglistig verschwiegene Mängel sowie so nicht ablehnen kann, so wird mit Recht vom Gesetz unterstellt, daß er für das Nichtvorhandensein heimlicher, ihm aber bekannter Mängel stillschweigend garantiere. Daher ist der Inhalt des § 463 Satz 2 wie folgt zu formulieren: Der Übernahme der Gewährleistung für eine bestimmte Beschaffenheit der Sache steht es gleich, wenn der Verkäufer den ihm bekannten Mangel dieser Beschaffenheit dem Käufer beim Kaufabschlusse verschwiegen hat, obwohl er wußte, daß der Käufer diese Beschaffenheit voraussetzte und daß diese Voraussetzung für den Entschluß des Käufers, die Sache überhaupt oder zu dem Preise zu kaufen, von Erheblichkeit war (56—66). 3. Der Schadensersatz beim Fehlen garantierter oder fingiert garantierter Eigenschaften, vom Gesetz ungenau Schadensersatz „wegen Nichterfüllung" genannt, ist Schadensersatz wegen Fehlens der garantierten Beschaffenheit, n i c h t, wie **RG. 52** 355 ausführt, Schadensersatz „wegen der sich hieraus ergebenden Nichterfüllung des Vertrags schlechthin". (Eingehende Widerlegung der Begründung des RG. 77—83.) Die Rechtslage ist folgende: a) Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen wirklicher Nichterfüllung ist mit dem Behalten der Sache seitens des Käufers unvereinbar. Behält der Käufer die Sache, so kann er nur Schadensersatz wegen Nichtvorhandenseins der vertragsmäßigen Beschaffenheit verlangen; will er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so darf er die Sache nicht behalten. b) Es steht aber durchaus nicht allgemein im Belieben des Käufers, ob er die mangelhafte Sache behalten will oder nicht. Beim S p e z i e s k a u f e muß der Käufer Wandelung verlangen, wenn er die Sache nicht behalten will, er hat dann aber neben der Wandelung keinen Anspruch auf Schadensersatz. Will er nicht wandeln, so muß er die Sache behalten und kann alsdann beim Fehlen garantierter oder fingiert garantierter Eigenschaften Anspruch wegen Fehlens dieser Eigenschaft erheben. Dagegen darf er n i c h t unter Zurückweisung der mangelhaften Sache Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung verlangen (83, 84). c) Beim G a t t u n g s k a u f e hat der Käufer, wenn ihm eine Sache von vertragswidriger Beschaffenheit geliefert wird, den E r f ü l l u n g s a n s p r u c h auf Ersatzlieferung einer vertragsmäßigen Sache (§ 480 Abs. 1). Dieser Ersatzlieferungsanspruch kann sowohl unter den Voraussetzungen des § 326 als auch unter den allgemeinen Vor-

aussetzungen positiver Vertragsverletzung in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergehen; positive Vertragsverletzung ist insbesondere das arglistige Verschweigen des Mangels bei der Erfüllung (75, 76). Verlangt der Käufer nicht Ersatzlieferung, sondern gibt er, ausdrücklich oder konkludent, zu erkennen, daß er die gelieferte Sache trotz des Mangels als Erfüllung gelten lassen wolle, so konkretisiert sich der Gattungskauf auf die gelieferte mangelhafte Sache. (Näheres über die Voraussetzungen der Konkretisierung 70—75.) Es steht dann so, als wenn von Anfang an nicht eine Gattungssache, sondern die spezielle Sache, auf die der Kauf sich schließlich konkretisiert hat, Gegenstand desselben gewesen wäre. Es gibt alsdann Wandelung (die noch immer zulässig ist), Minderung und Schadensersatz wegen Fehlens garantierter Eigenschaften genau so wie beim Spezieskauf, und es gelten auch hier lediglich die oben unter a und b aufgestellten Sätze (76, 85).

2. **a)** v. Blume, JheringsJ. **55** 209 ff. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels beim Kaufabschluß ist nicht identisch mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistiger Lieferung einer mangelhaften Sache. Der erste ist ein Gewährschaftsanspruch, der zweite ein Anspruch wegen pflichtwidriger Verletzung der Schuldnerpflicht. AM. Schultze, AbürgR. **30** 150, Krückmann, Unmöglichkeit 196 ff. **b)** v. Blume, JheringsJ. **55** 209 ff. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bedeutet nicht Ersatz des Schadens, der durch den Verkauf der mangelhaften Sache verursacht worden ist, sondern Ersatz des Schadens, den das Unterbleiben der geschuldeten Leistung dem Käufer verursacht. Fordert also der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, obwohl er die gekaufte Sache nimmt, so behandelt er das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft als teilweise Nichterfüllung des Vertrags (222).

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** JW. **09** 309. Hat der Verkäufer dem Käufer arglistig vorgespiegelt, daß er ihm den Kaufgegenstand zum Selbstkostenpreis überlasse, so kann der Käufer nicht Schadensersatz nach dem Grundsatze des § 463, sondern nur das sog. negative Vertragsinteresse ersetzt verlangen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2235. Wenn bei einem Gutskaufe der Vermittler, der vom Verkäufer beauftragt war, den Kaufliebhabern das Gut zu zeigen und Auskunft zu erteilen, nicht aber Vollmacht hatte, für ihn rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, dem Käufer wissentlich unwahre Angaben gemacht hat, später der Kaufabschluß aber auf Grund der zwischen den Parteien persönlich gepflogenen Verhandlungen zustande gekommen ist, so kann der Verkäufer für die unwahren Auskünfte des Vermittlers aus dem Vertrage nicht verantwortlich gemacht werden.

3. Über arglistiges Verschweigen vgl. o. Ziff. 1 zu § 460.

§ 464. 1. Mängelrüge und Vorbehalt (JDR. **5** Ziff. 1). R. **09** Ziff. 654 (Braunschweig). Eine Mängelrüge ist nicht identisch mit dem Vorbehalt aus § 464. Allerdings erhält sich bei einem Sukzessivlieferungsvertrage der Käufer durch rechtzeitige Mängelrüge trotz Annahme und Bezahlung einer Lieferung das Recht auf Rücktritt von den künftigen Lieferungen. Aber hinsichtlich der mangelhaften Lieferung selbst sind Mängelrüge und Vorbehalt durchaus nicht unter allen Umständen zusammenfallend. Wird auch von dem Gesetze für den Vorbehalt keine besondere Form verlangt, so ist doch jedenfalls soviel zu erfordern, daß der Käufer durch sein Verhalten keinen Zweifel darüber aufkommen lassen darf, daß er seine Rechte aus dem Mangel sich wahren wolle.

2. **RG.** BayRpflZ. **09** 51. Nicht nur ein bei der Annahme, sondern auch ein vor ihr erklärter Vorbehalt genügt, falls seine Aufrechterhaltung bei der Annahme deutlich zu erkennen gegeben wird. Den Vorbehalt hat der Käufer zu beweisen. — § 464 ist auch auf Schadensersatzansprüche aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers anwendbar.

3. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3748. Die Bestimmung hat nicht die Bedeutung, daß bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 464 ein wirksamer stillschweigender Verzicht auf die dort bezeichneten Rechte nicht angenommen werden dürfe. **b) RG.** R. **09** Ziff. 3747. Sind mehrere Sachen zusammen verkauft, so kommt es für die Anwendung des § 464 auf die einzelnen Sachen an.

§ 465. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 312 (Hamburg). Der Käufer kann das Wahlrecht betreffs Wandelung oder Minderung so lange ausüben, als die Wandelung oder Minderung im Sinne von § 465 noch nicht vollzogen ist.

2. Sächs.OLG. **30** 361 (Dresden). Die Abweisung der Kaufpreisklage auf Grund der Wandelungseinrede enthält keinen Vollzug der Wandelung.

§ 467. 1. Wandelungsklage bei Versteigerung des gekauften Grundstücks (JDR. **2** Ziff. 3 a, **3**, **4**, **6** Ziff. 1). **RG.** R. **09** Ziff.3799. Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Grundstückskäufer die Zwangsversteigerung überwiegend dadurch verschuldet hat, daß er seine Ansprüche trotz Kenntnis des Mangels und der drohenden Versteigerung dem Käufer nicht mitteilt und ihm so die Möglichkeit nimmt, die Versteigerung abzuwenden.

2. Zuständigkeit. ElsLothZ. **09** 412 ff. (Colmar). Handelt es sich nicht um die aus der Wandelung sich ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen (zu vgl. **RG. 55** 105 ff., **57** 12 ff.), sondern um einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises gegen Zurücknahme des Kaufgegenstandes, der auf Anfechtung eines durch Täuschung veranlaßten Wandelungsvertrags gestützt wird, so ist nur das Gericht zuständig, in dessen Bezirk wegen Nichtigkeit des Wandelungsvertrags der Kaufpreis gegen Zurücknahme des Kaufgegenstandes zurückzuzahlen ist, also regelmäßig das Gericht des Wohnsitzes des Schuldners.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 36. Lagergeld, Untersuchungs- und Unterbringungskosten können mit der Wandelungsklage auch ohne Verschulden des Verkäufers gefordert werden. Vgl. JDR. **5** Ziff. II a, **6** Ziff. 1 c zu § 488.

4. Über Gebrauch der gekauften Sache und Veräußerung s. o. zu § 462. — Ferner handelt WürttRpflZ. **2** 271 ff. (Stuttgart) über die Frage, ob bei Weiterveräußerung der mangelhaften Ware durch den Käufer der Anspruch auf Preisminderung oder auf Schadensersatz wegen einer zugesicherten Eigenschaft erlischt.

5. Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. oben § 460 Ziff. 1.

§ 469. 1. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3750. Der Ausdruck „als zusammengehörend verkauft" bedeutet, daß die Absicht beider Vertragsteile dahin ging, über die mehreren Sachen lediglich in ihrer durch einen gewissen Zweck bestimmten Zusammengehörigkeit zu verfügen (vgl. **RG. 66** 156, JDR. **6** Ziff. 1). Diese Absicht ist regelmäßig bei Verkauf eines Geschäftsgrundstücks mit Geschäft und Warenlager anzunehmen. **b)** Darüber, inwieweit eine Partie „sägefallender Bretter" in Ansehung der Befugnis zur Wandelung als ein einheitlicher und zusammengehörender Kaufgegenstand zu betrachten ist, vgl. PosMschr. **09** 126 (Königsberg).

2. HansGZ. **09** Hptbl. 160 ff. (Hamburg). Die für den Fall, daß von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft sind, getroffenen Bestimmungen gelten zwar zunächst nur für den Fall der Wandelung und Ersatzlieferung, sie müssen aber auch Anwendung finden, wenn gemäß § 480 Abs. 2 Schadensersatz beansprucht wird.

§ 470. PosMschr. **09** 71 (Königsberg). Das Zubehör einer Sache ist als Nebensache derjenigen Sache anzusehen, um deren Zubehör es sich handelt (vgl. Planck § 470 Note 1).

§ 472. 1. a) **RG.** JW. **09** 134, R. **09** Ziff. 814. Bei Minderung des Kaufpreises ist dieser in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte

gestanden haben würde. Bei der demgemäß erforderlichen Berechnung nach der sog. relativen Methode ist daher nicht nur der Betrag des Kaufpreises, sondern auch einerseits der ziffernmäßig zu bestimmende Wert, den der Kaufgegenstand in mangelfreiem Zustande zur Zeit des Verkaufs gehabt haben würde, und andererseits der ziffernmäßig zu bestimmende Wert, den der Kaufgegenstand zu dieser Zeit wirklich gehabt hat, in Ansatz zu bringen und auf Grund dieser Ziffern der Betrag, um den der Kaufpreis in demselben Verhältnisse herabzumindern ist, ziffernmäßig festzusetzen. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2237. Die Annahme einer Übereinstimmung des vereinbarten Preises mit dem objektiven Werte der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses schließt die Anwendung der im § 472 vorgeschriebenen „relativen" Berechnungsart nicht aus.

§ 477. 1. Anwendbarkeit des § 477 auf den allgemeinen Anspruch des Käufers aus schuldhafter Vertragsverletzung (JDR. **1**, **3** u. **5** Ziff. 1, **6** u. **7** Ziff. I 1). **a)** v. Blume, JheringsJ. **55** 239. Auf den Schadensersatzanspruch wegen fahrlässiger Lieferung einer mangelhaften Sache ist die Verjährungsbestimmung des § 477 nicht analog anzuwenden. Gegen **RG.** **53** 203 u. **56** 167. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 68 ff. Unter die Vorschrift des § 477 fallen nicht alle Schadensersatzansprüche, zu welchen ein Kaufvertrag und die damit zusammenhängenden Nebenverpflichtungen Anlaß geben, sondern nur diejenigen Schadensersatzansprüche, welche sich auf eine Verletzung der Lieferungspflicht des Verkäufers in dem durch § 477 bestimmten Umfange stützen.

2. Verlängerung der Verjährungsfrist (JDR. **4** Ziff. 5, **5** Ziff. II 7, **6** Ziff. II 1, **7** Ziff. 1). **RG.** R. **09** Ziff. 243. Die Vereinbarung, daß die Verjährungsfrist um die Zeit eines eingeleiteten Schiedsverfahrens verlängert sein solle, bewirkt nicht, daß die Verjährungsfrist erst vom Erlasse des Schiedsurteils an gerechnet wird, die ganze vor seiner Erlassung verstrichene Verjährungsfrist außer Betracht bleibt, sondern nur, daß die Verjährungsfrist sich um die auf das Schiedsverfahren entfallende Zeit verkürzt, so daß die vor dem Schiedsspruche liegende Zeit nicht unberücksichtigt bleiben darf. **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 181 ff. (Hamburg). Aus einer Zusage, die gekaufte Ware (Anstrichmasse) habe eine Haltbarkeit von 3—5 Jahren, läßt sich nicht eine vertragsmäßige Verlängerung der sechsmonatigen Verjährungsfrist des § 477 herleiten, vielmehr läuft, unabhängig von dieser Zusage, die Frist von 6 Monaten von der Ablieferung der Ware an; es ist auch gleichgültig, ob der Mangel oder das Fehlen der zugesagten Eigenschaft vor Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt werden konnte oder nicht. **c)** BadRpr. **09** 240 (Karlsruhe). Die kurze Verjährung des § 477 erstreckt sich auf alle Ansprüche wegen Mängel der Kaufsache, mögen sie auf Wandelung oder Minderung oder Zusicherung einer Eigenschaft oder auf Verschulden beruhen, falls nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

§ 478. **RG.** **71** 12 ff., JW. **09** 311. Der § 478 hat die Bedeutung, daß unter den dort angegebenen Voraussetzungen trotz Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs die Einreden aus der Wandelung oder Minderung erhalten bleiben. Hat der Käufer eines Grundstücks Mängel des Grundstücks rechtzeitig dem Verkäufer mitgeteilt, so kann daher wegen der ihm verbleibenden Minderungseinrede der Käufer gemäß § 1169 mit der dinglichen Klage den Verzicht bzw. den teilweisen Verzicht des Verkäufers auf die ihm bewilligte Kaufpreishypothek verlangen.

§ 480. 1. v. Blume, JheringsJ. **55** 226. Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann sich zwar auf den Standpunkt stellen, daß der Verkäufer durch die Lieferung einer mangelhaften Sache überhaupt nicht erfüllt habe. Aber das Gesetz gibt ihm auch die Gewährschaftsrechte, das heißt, es gestattet ihm, die Sachlage so zu behandeln, als wenn mit dem Übergange der Gefahr der Gattungskauf sich in einen Sonderkauf verwandelt habe. Damit erhält dann auch der Käufer den

Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der gelieferten Sache eine zugesicherte Eigenschaft mangelt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Verkäufer ein Verschulden bei der Erfüllung des Vertrags trifft oder nicht. Auch dieser Anspruch ist ein Gewährleistungsanspruch und untersteht den für diesen geltenden Regeln. Er unterliegt insbesondere auch der kurzen Verjährung. Dies ist zwar im § 480 Abs. 2 nicht ausgesprochen worden; die Bestimmung des § 467 ist aber auf den Anspruch aus § 480 Abs. 2 analog anzuwenden.

2. **RG.** 19. 3. 09, **70** 429 ff. Derselbe Gesichtspunkt, welcher gegenüber den Gewährleistungsansprüchen wegen Mängel der Kaufsache die Anfechtung wegen Irrtums bezüglich einer verkehrswesentlichen Sacheigenschaft versagt (vgl. **RG. 61** 171 ff., **62** 282 ff., JDR. **4** Ziff. II 8 d zu § 119), greift auch durch, wenn bei der in Erfüllung eines Gattungskaufs erfolgenden Lieferung einer mangelhaften Sache der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat, und der Tatbestand des § 123 Abs. 1 dadurch erfüllt sein soll, daß der Käufer, eben weil der Verkäufer den Fehler bei der Lieferung arglistig verschwiegen hatte, getäuscht und zur Annahme der vertragswidrigen Sache bestimmt worden ist.

§ 489. Loeffler, JW. **09** 642 ff. Die Versteigerung nach § 489 hat Gewährpflicht zur Folge. Läßt der Veräußerer versteigern, so haftet er dem Ersteher wie bei jedem anderen Veräußerungsgeschäft. Er darf auch seine Haftung nicht ausschließen, denn für ihn gilt als Regel, daß eine Ausschließung der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Gewährleistungspflicht zur Folge hat, daß der Erwerber die Versteigerung nicht als für seine Rechnung erfolgt gelten zu lassen braucht. Beantragt der Erwerber die Versteigerung, so haftet auch dieser dem Ersteher vom Gefahrübergang im gesetzlichen Umfange. Der Unterschied besteht nur darin, daß der Käufer in der Regel seine Haftung hinsichtlich der von ihm gefundenen Mängel oder auch seine Haftung überhaupt ausschließen und dies bei der Versteigerung bekannt machen kann.

§ 490. SchleswHolstAnz. **09** 360 (Kiel). **Beim Viehkaufe ist Voraussetzung für die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz, daß der Käufer eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vor Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommen hat.**

§ 492. 1. Gotthardt, SeuffBl. **09** 16 ff., geht bei der Auslegung des § 492 davon aus, daß das Gesetz, wenn es von entsprechender Anwendung redet, etwas anderes meint, als wenn es eine Anwendung schlechthin verlangt. Er kommt zu folgendem Resultate: In den im § 492 behandelten Fällen gelten gemäß § 481 die Vorschriften der §§ 469—480 nur insoweit, als sich nicht aus §§ 482—492 ein anderes ergibt. Da die Anwendung des § 478 in den Fällen, um welche es sich hier handelt, gemäß §§ 492, 481 nur insoweit ausgeschlossen ist, als nicht die §§ 487—491 ein anderes ergeben, so ist hiernach die Anwendung von § 490 Abs. 3 Satz 1 unbedenklich. Es kann hiernach auch nach Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigert werden, selbstverständlich aber nur nach Maßgabe der übrigen für den Vertrag geltenden Bestimmungen, also auch des § 478 (§ 485 findet hier keine Anwendung). Allerdings würde dann § 490 Abs. 3 Satz 1 etwas Selbstverständliches sagen, allein dies kann im vorliegenden Falle, in welchem nur auf § 490 verwiesen ist, von keiner Bedeutung sein. Daß aber durch § 490 Abs. 3 Satz 1 die Anwendung des § 478 ausgeschlossen sei, ist nicht ersichtlich. Dagegen ist die Anwendung von § 490 Abs. 3 Satz 2 ausgeschlossen, weil die Voraussetzung fehlt, auf welcher die Geltung dieser Bestimmung beruht. Diese Voraussetzung ist, wie allseits anerkannt wird, die Anwendbarkeit des § 485 auf den Fall, zu dessen Regelung § 490 Abs. 3 Satz 2 zunächst und unmittelbar bestimmt ist. Mangels Zutreffens dieser Voraussetzung findet daher auch diese Gesetzesstelle hier keine Anwendung. Vgl. auch JDR. **5** und **6** zu §§ 490, 492.

2. HessRspr. **10** 49 (Darmstadt). In dem Verkauf eines Pferdes an einen Fuhrmann liegt nicht die stillschweigende Garantie, daß das Pferd sich zum Fuhrmannsbetrieb eigne. AM. Schneider, Viehgewährschaft.

3. SchleswHolstAnz. **09** 360 (Kiel). In der Zusicherung der Trächtigkeit eines Tieres ist eine stillschweigende Vereinbarung einer Gewährfrist nicht zu sehen.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 244. Wenn der Käufer nicht die Probemäßigkeit der ihm von der Verkäuferin übersandten Ware bemängelt, sondern gegenüber der Klage auf Bezahlung der Ware nur vorgebracht hat, die Verkäuferin habe anderen, mit ihr im gleichen Vertragsverhältnisse stehenden Abnehmern minderwertige und schlechtere Waren als die ihnen übergebenen Proben geliefert, sie sei auch mit Rücksicht auf ihre Bezugsquellen nicht in der Lage, probemäßige Ware mittlerer Art und Güte zu liefern und wenn hieraus der Schluß gezogen werden soll, auch die dem Käufer angebotene Ware sei nicht probemäßig sondern minderwertig gewesen, so reicht dieses Vorbringen des Käufers nicht aus, der Verkäuferin die Beweislast für die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waren aufzubürden.

2. SchlHolstAnz. **09** 197 (Kiel). Wenn ein Landwirt Getreide nach einer Probe verkauft in der Absicht, dieses von seiner eigenen Ernte zu liefern, so liegt darin kein Spezieskauf, sofern nicht die Willenseinigung der Parteien darauf gerichtet war, daß er nur eigenes Getreide liefern sollte.

3. HansGZ. **09** Hptbl. 204 (Hamburg). Der Verkäufer brandbeschädigter Ware haftet nur dafür, daß die Ware in ihrer allgemeinen Beschaffenheit der Kaufprobe entspricht, nicht aber dafür, daß sie eben so trocken ist wie diese.

4. **RG.** HoldhMschr. **09** 191 über die Bedeutung von Mustern beim Kaufe und die Zulässigkeit eines Beweisantrags, daß bei der Musterentnahme vereinbart worden sei, die Muster sollten nicht maßgebend sein, sondern nur eine Vorstellung davon geben, wie die Ware etwa ausfalle.

§ 495. 1. *Hölder, JheringsJ. **56** 156. Die hier als Bedingung des Kaufes auf Probe bezeichnete Billigung des Gegenstandes ist nichts anderes als Genehmigung des Kaufes; denn sie ist eine solche Billigung, daß ihn der Käufer gekauft haben will, und diese kann trotz seiner höchsten Schätzung des Gegenstandes fehlen, weil ihm das Geld zum Ankaufe fehlt, sowie trotz seiner Geringschätzung desselben zutreffen, weil er z. B. aus Mitleid mit dem Verkäufer ihn doch gekauft haben will.

2. KG., JDR. **7** Ziff. 2a, jetzt auch HoldhMschr. **09** 130 u. LeipzZ. **09** 67.

2. Wiederkauf.

§ 497. KG., JDR. **7** Ziff. 2, jetzt auch SeuffBl. **09** 248 ff.

3. Vorkauf.

§ 505. Literatur: Lewandowski, Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks der Formvorschrift des § 313? GruchotsBeitr. **53** 565—635.

*Lewandowski 565 ff.: Der Vertrag, durch den ein persönliches oder dingliches Vorkaufsrecht an einem Grundstücke begründet wird, unterfällt nicht der Formvorschrift des § 313 Abs. 1 BGB. Das ergibt sich aus der Natur des Vorkaufsrechts als eines Gestaltungsrechts (Seckel, Zitelmann) und aus dem dadurch bedingten eigentümlichen Inhalte des Vorkaufsvertrags. Durch diesen Vertrag wird wohl für den Vorkaufsberechtigten bereits das Recht erworben, bei Eintritt des Vorkaufsfalls den Vorkaufsgegenstand zu kaufen, nicht aber für den Vorkaufspflichtigen schon die Verpflichtung begründet, den Gegenstand zu ver-

kaufen und nur der Vertrag, welcher diese Verpflichtung enthält, unterliegt der gerichtlichen oder notariellen Form. Die Verpflichtung zu verkaufen erwächst für den Verpflichteten aber erst mit der auf Grund des Vertrags mit dem Dritten abgegebenen Ausübungserklärung des Berechtigten, da mit dieser das Kaufverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigten und -verpflichteten überhaupt erst entsteht. Deswegen ist auch die Auffassung des sogenannten „limitierten" Vorkaufsrechts, bei dem vorher andere Kaufbedingungen vereinbart sind, mit der Natur des Vorkaufsrechts unvereinbar (vgl. Thiele, DNotV. **12** 318 ff., und Wittmack, R. **06** 465 ff.). Die herrschende Meinung, die für das obligatorische Vorkaufsrecht den Formzwang fordert (vgl. **RG. 67** 43 gegen **RG. 60** 225, JDR. **7** § 313 Ziff. II 1 g), gelangt bei konsequenter Durchführung zu unhaltbaren Resultaten hinsichtlich des dinglichen Vorkaufsrechts: Denn da das dingliche Vorkaufsrecht begrifflich ein obligatorisches involviert — es stellt sich dar als ein im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem vorkaufspflichtigen Eigentümer durch die Ausgestaltung als Grundstücksbelastung, Dritten gegenüber durch die Ausstattung mit den Wirkungen einer Vormerkung dinglich gesichertes obligatorisches Vorkaufsrecht —, so muß sie folgerichtig das Kausalgeschäft und zugleich die dingliche Einigung der Form des § 313 Abs. 1 unterwerfen, wobei die Eintragung im Grundbuche gemäß § 313 Abs. 2 den Formmangel der Einigung niemals, den Formmangel des Kausalgeschäfts nur dann heilt, wenn die Einigung der Form sowohl des § 313 Abs. 1 wie des § 873 Abs. 2 genügt hat. — Die hier vertretene Auffassung schließt auch nicht die Möglichkeit der Sicherung des obligatorischen Vorkaufsrechts durch Vormerkung aus, wie **RG. 67** 43 meint, da durch den Vorkaufsvertrag für den Berechtigten ein künftiger Anspruch auf Eigentumsübertragung im Sinne des § 883 Abs. 1 Satz 2 begründet wird (aM. Turnau-Förster Vorbem. zu § 1094 Nr. 6, Kretzschmar, Einführung **1** 204, **2** 352).

IV. Tausch.

§ 515. Hilse, R. **09** 138. Ein Tausch im steuerrechtlichen Sinne liegt auch dann vor, wenn die Vertragschließenden sich über Werte einigen, zu welchen die vertauschten Grundstücke gegenseitig angerechnet werden sollen.

Zweiter Titel. Schenkung.

Vorbemerkung: Haymann, der schon im Jahre 1905 eine Schrift über die Schenkung unter einer Auflage veröffentlicht hatte (vgl. JDR. 4), konnte im Jahre 1909 wiederum über eine größere wissenschaftliche Abhandlung aus der Lehre von der Schenkung berichten.

Literatur: Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft, JheringsJ. **56** 86—146.

§ 516. I. 1. *Haymann aO. 92 ff. a) Der Begriff des Entgelts. Das wichtigste Kriterium für die Scheidung von Leistungen und zugleich dasjenige Merkmal, das überhaupt nur der Leistung zukommen kann, ist die Entgeltlichkeit, d. h. die Verbindung mit einer Gegenleistung. Nur hinsichtlich der Leistung kann die Frage nach der Gegenleistung überhaupt aufgeworfen werden, nicht etwa hinsichtlich jeden Rechtsgeschäfts oder jeder Willenserklärung. Die Dereliktion und Okkupation ist ebensowenig entgeltlich oder unentgeltlich, wie es die Kündigung oder Mahnung ist. Gebe ich aber mein Eigentum zu dem Zwecke auf, daß ein anderer die Möglichkeit gewinnt, die derelinquierte Sache sich anzueignen, so wird meine Dereliktionshandlung zur Leistung an diesen anderen, ganz gleichgültig, ob ich mich vordem zur Eigentumsaufgabe verpflichtet hatte, ob somit mein Verhalten bereits durch Schuldvertrag als Leistung gekennzeichnet war, und sofort

kann die Frage nach dem Vorhandensein einer Gegenleistung, eines Entgelts aufgeworfen werden. Ob die Gegenleistung Tauschwert hat, ist vollständig unerheblich, nicht minder, ob ihr etwaiger Tauschwert dem der Leistung gleichkommt. Objektive Gleichwertigkeit der Leistungen wird wohl heute ernstlich kaum noch als Merkmal des entgeltlichen oder synallagmatischen Geschäfts angesprochen. Aber auch die Vorstellung der Parteien von der Gleichwertigkeit der Leistungen ist nicht minder unerheblich. Fehlt es offenbar an jedem Tauschwert und damit an einem objektiven Merkmale der Vergleichung, so ist ja der Gedanke solcher objektiven Äquivalenz von vornherein ausgeschlossen, wie bei zahlreichen Geschäften des Typus do ut facias oder facio ut facias. Aber auch der Umstand, ob die Parteien in Berücksichtigung ihrer besonderen subjektiven Bedürfnisse die Leistungen einander gleichstellen oder — was selbstverständlich viel häufiger sein wird — ob sie der Gegenleistung subjektiv einen höheren Wert beimessen, als der eigenen Leistung, und aus dieser Vorstellung heraus nur um der Gegenleistung willen die eigene Leistung gewähren, ist für die Begriffsbestimmung des entgeltlichen Geschäfts unerheblich. **b)** *Haymann aO. 98 ff. Die Gründe, aus denen in den römischen Quellen das zur Erfüllung einer letztwillig gesetzten Bedingung an einen Dritten Geleistete nicht als Schenkung des bedingt Bedachten an diesen Dritten galt, sind keineswegs in dem geltenden Rechte antiquiert, wenn auch die Institution selbst heute kaum noch praktisch ist. Das BGB. erwähnt den Fall nur im § 2076. Auch heute gilt die Gabe, die sich selbst als durch die letztwillige Zuwendung eines Dritten abgegolten offenbart, nicht als unmittelbare Zuwendung des Gebers, sondern als mittelbare Zuwendung des Erblassers an den Dritten, während sie den Charakter einer Leistung des Gebers an den Dritten ebenso einbüßt, als wenn der Geber seine Gabe als ein Mittel kennzeichnet, durch das er einem Dritten unter Lebenden leisten und damit zugleich der Dritte mittelbar dem Empfänger zuwenden will. **c)** Die causa donandi (aO. 99 ff.). Unentgeltlich ist die Leistung, die ohne die Anforderung einer Gegenleistung gewährt wird. Das Merkmal der Unentgeltlichkeit ist somit schlechthin negativ: die Negation einer Gegenleistung. Auf das Motiv des Leistenden kommt es auch hier gar nicht an. Aus wirtschaftlichen wie unwirtschaftlichen Zwecken, aus berechnender Spekulation so gut wie aus selbstloser Barmherzigkeit kann unentgeltlich geleistet werden. Das Versprechen einer unentgeltlichen Leistung ist, soweit es nicht in das Bereich der Schenkung fällt, ebenso formlos gültig, wie das Versprechen im gegenseitigen Vertrage. So etwa das Versprechen, jemandem unentgeltlich Unterricht zu gewähren oder das Klavierspiel aus Rücksicht für einen ruhebedürftigen Nachbar zu unterlassen. Daß solche Gefälligkeitsversprechungen des Obligationenschutzes entbehrten, ist nicht bewiesen. Sie können aber selbstverständlich auch nicht der Formvorschrift des § 780 BGB. unterworfen werden, denn ein selbständiges Schuldversprechen ist nicht ein solches, das ohne Verpflichtung oder ohne Verknüpfung mit einer Gegenleistung abgegeben wird — sonst wäre jedes Schenkungsversprechen abstrakt —, sondern eine solche Zusage, deren obligatorische Kraft nach dem Willen des Kontrahenten von der Gültigkeit der causa unabhängig bestehen soll. Von einem solchen Willen der Abstraktion von der Unentgeltlichkeitskausa ist aber in unseren Beispielen gar keine Rede. Unter den unentgeltlichen Leistungen nehmen diejenigen einen besonderen Rang ein, durch welche das Vermögen des Leistenden vermindert, das des Empfängers aber vermehrt wird. Das ist das Bereich der Schenkung. Die Schenkung bewirkt eine unentgeltliche Vermögensverschiebung. Fehlt es an dieser Substanzveränderung hinsichtlich der Vermögensmasse des Leistenden und des Leistungsempfängers, so liegt trotz Unentgeltlichkeit keine Schenkung im Rechtssinne vor. Darum ist die unentgeltliche Gebrauchsgewähr niemals Schenkung, falls sie dem Empfänger nur so viel Rechte gewährt, als erforderlich sind, um ihm den Gebrauch des Gegenstandes zu ermöglichen. Deshalb ist nicht nur das Kommodat,

das nur den Gewahrsam an der Sache übermittelt, keine Schenkung, sondern auch die Leihe von Kapital, das Darlehen. Zwar wird hier, um dem Entleiher den Gebrauch des Kapitals zu ermöglichen, die Darlehnssumme zu Eigentum übertragen, aber doch nur fiduziarisch unter der durch den Gebrauchszweck gegebenen Einschränkung, künftighin alles Empfangene dem Geber zurückzuerstatten. Diese Auflage hat gerade die Aufgabe, einen Ausgleich zu schaffen zwischen der geschehenen Rechtsübertragung und der nur auf zeitweilige Gewährung von Kapitalsnutzung gerichteten Geschäftsabsicht des Darlehnsgebers. Auch der gestor, der mit dem animus recipiendi die Schulden des dominus bezahlt, schenkt nicht sein Kapital, mag er vielleicht auch die Kapitalsnutzung und seine Geschäftsführung dem dominus unentgeltlich zur Verfügung stellen. Auch die Erfüllung ist keine Schenkung, weil sie keine den Gläubiger bereichernde Zuwendung darstellt. Schon die Erlangung des Forderungsrechts gilt ja, von pathologischen Fällen abgesehen, im wirtschaftlichen Leben als eine Vermehrung des Vermögens in Höhe der geschuldeten Leistung, und darum wird in dem unentgeltlichen Versprechen einer bereichernden Zuwendung mit Recht bereits eine Schenkung erblickt. **d)** Vertragsnatur der Schenkung (aaO. 102 ff.). Das BGB. vermeidet geflissentlich den Ausdruck Vertrag und spricht nur von „Einigsein über die Unentgeltlichkeit“. In den §§ 1406 und 1453 wird sogar ausdrücklich unterschieden „Ablehnung eines Vertragsantrags oder einer Schenkung“. Die Mehrheit der zweiten Kommission kennt freilich diese Unterscheidung nicht. Sie hat bekanntlich die in Schenkungsabsicht ohne Mitwirkung des Empfängers zustande gekommene Zuwendung als Antrag zum Schenkungsvertrag, als „Kausalofferte“ sich zurechtgelegt, die der zu Beschenkende durch die „Annahme“ der Zuwendung akzeptiere. Aber diese Auffassung erscheint jedenfalls dann nicht haltbar, wenn man das Spezifische der Schenkungsabsicht in „dem Zwecke der Bereicherung“ oder in der Absicht sieht, die Zwecke des Empfängers zu fördern. Denn der Inhalt solcher Absicht ist überhaupt nicht auf eine Folge gerichtet, die von der Rechtsordnung als eine von den Parteien gewollte zur Geltung gebracht würde, hat also überhaupt nicht rechtsgeschäftlichen Charakter. Im Gegensatze hierzu wäre der rechtsgeschäftliche Charakter der causa donandi außer Zweifel gestellt, wenn ihr Wesen gerade darin bestände, auf bestimmte Rechtswirkungen gerichtet zu sein, mit denen das objektive Recht die Schenkungszuwendung ausgestattet hat, wenn es für die Schenkungsabsicht charakteristisch wäre, daß der Geber die Unterwerfung seiner Gabe unter Schenkungsrecht beabsichtigt. — Für den Schenkungswillen ist nicht ein positiver Inhalt, insbesondere nicht die Richtung auf irgendwelche — seien es nun essentielle oder mehr akzidentielle — Rechtsfolgen charakteristisch, sondern das rein negative Merkmal, nichts zum Inhalte zu haben, das der Gabe die Eigenschaft unentgeltlicher Vermögenszuwendung nähme. Jeder Zweck ist mit der Schenkungskausa vereinbar, wenn er nur der willentlichen Vermögensverschiebung nach den früher erörterten Gesichtspunkten den Charakter als Leistung, als Bereicherung und als ohne Gegenleistung gewährte Gabe beläßt. Gerade weil es dem essentiellen Willensinhalte des Schenkers an jeglichem positiven Merkmale mangelt, weil ihm nichts weiter als das rein negative Moment eigen ist, den Charakter der Gabe als unentgeltlicher Bereicherung des Empfängers bestehen zu lassen, kann dieser Schenkerwille als solcher unmöglich rechtsgeschäftlichen Charakter haben. — Ist bereits mit der Zuwendung ein bestimmter Wille verknüpft, so ist ein nachträglicher Entschlußwechsel bedeutungslos. Wer ohne Absicht, Ersatz zu verlangen (§ 685 BGB.), die Schulden eines anderen bezahlt, kann nicht nachträglich diese Absicht fassen und damit seiner Zuwendung den Charakter als Schenkung rauben und sich gar die Kondiktion aus § 684 BGB. verschaffen. Sonst könnte er gar condictio indebiti nachträglich dadurch erwerben, daß er auf Grund jenes jus variandi die Absicht faßt, sich mit jener Schuldtilgung von einer vermeintlichen Verbind-

lichkeit gegen den befreiten Schuldner zu lösen. Maßgebend für das kausale Gepräge der Gabe, maßgebend auch für das Recht der Kondiktion ist nur der bereits zur Zeit der Zuwendung mit der Gabe verknüpfte endgültige Willensgehalt des Zuwenders. Aber nicht auf den erklärten, sondern auf den wirklichen Willen des Zuwenders kommt es in beider Hinsicht grundsätzlich an.

2. Ratjen, DJZ. **09** 1438. Die Zuwendungen eines Arbeitgebers an einen Unterstützungsverein seiner Arbeitnehmer sind keine Schenkungen, da der Unternehmer im Endziel eigene Vorteile erstrebt. Durch die Zuwendung des Unternehmers erhöht sich die Leistungsfähigkeit des Unterstützungsvereins und damit die Wertschätzung, die ihm von den Arbeitern entgegengebracht wird; dies bedeutet einen Anreiz für die Arbeiter dem Unternehmer treu zu bleiben und befördert dadurch die Erhaltung eines Stammes arbeitswilliger und zufriedener Arbeiter für das Unternehmen.

3. Emminghaus, LeipzZ. **09** 454 f. Die Lebensversicherung zugunsten Dritter ist keine Schenkung. Sie kann unentgeltliche Zuwendung sein, nicht aber Zuwendung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers. Der Dritte erfährt eine Bereicherung, aber nicht durch eine zu seinen Gunsten geschlossene Versicherung, sondern erst in deren Folge.

II. Aus der Praxis: 1. **RG.** 7. 5. 09, **71** 140 ff., DJZ. **09** 1091, Schl. HolstAnz. **09** 258: Bei der Zuwendung an eine juristische Person, die einen bestimmten Zweck verfolgt, ist die Bereicherung nicht deshalb zu verneinen, weil die ihr unentgeltlich zugewendete Summe für den nach den Satzungen bestimmten Zweck verausgabt werden und keine dauernde Kapitalsvermehrung bilden soll. Denn eine juristische Person besteht niemals um ihrer selbst willen, sondern um des Zweckes willen, dem sie ihr Dasein verdankt. Wer ihr ohne Gegenleistung etwas zuwendet, will damit ihre Zwecke fördern. Indem er dies tut, dem Vereine die Mittel gewährt, die ihn befähigen, seinem Daseinzwecke in vollkommener Weise gerecht zu werden, als es ohne die Zuwendung möglich wäre, bereichert er ihn nicht bloß formal, sondern materiell und endgültig.

2. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2105. Wenn eine Ehefrau, um ihrem Ehemanne bei einer Bank Kredit zu verschaffen, eine ihr zustehende Forderung der Bank zediert, so ist darin eine Schenkung nicht zu finden. **b) RG.** R. **09** Ziff. 1984. Die nach dem Zustandekommen des vermittelten Vertrags dem Vermittler erteilte Lohnzusage ist kein Schenkungsversprechen. **c) RG.** R. **09** Ziff. 2792. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlt schon dann, wenn auch nur eine Partei glaubt, auf die Zuwendung einen Rechtsanspruch zu haben. **d) RG.** R. **09** Ziff. 1118. Wenn der Schenkgeber einem anderen Wertpapiere mit dem Bemerken aushändigt: „Solltest Du in Not geraten, so verwende dies für Dich", so kann darin eine endgültige und vorbehaltlos vollzogene Schenkung erblickt werden.

3. **RG.** 16. 10. 08, **70** 15 ff., schon JDR. **7** Ziff. II 3 b.

§ 518. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 166. Eine auf Grund eines formlosen Schenkungsversprechens erteilte Wechselverpflichtung ist auch in der Hand des ersten Nehmers gültig, aber durch die Einrede der mangelnden Form des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entkräftbar. Die herrschende Meinung hält den Wechsel für vollgültig und auch für unempfindlich gegen die Einrede des Formmangels. So z. B. Staudinger Anm. 2a zu §518, Planck Anm. 2 zu § 518, Staub-Stranz Anm. 38 u. 46 a zu Art. 82 u. a.; ebenso **RG. 2** 5. Für ungültig in der Hand des ersten Nehmers wird der Wechsel von Tuhr (Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen 20) und von Dernburg, BGB. II Abt. 2 148 gehalten. ➛ Der letzteren Meinung hat sich nunmehr auch **RG.** JW. **09** 460 (s. Ziff. 2) angeschlossen. ⟵

2. **RG.** 16. 6. 09, JW. **09** 460, R. **09** Ziff. 2636, DJZ. **09** 1265. Ein schenkungsweise erteiltes Wechselakzept in Händen des Beschenkten ist nur ein Schenkungs-

versprechen, keine Bewirkung der Leistung, solange nicht nachträglich die Schenkung in gehöriger Form bestätigt worden ist.

3. Vgl. Reichel, oben Ziff. 2 zu § 267.

§ 519. *Reichel, Schuldmitübernahme 391 ff.: Dem Bürgen steht die Einrede des § 519 nie, dem privativen und kumulativen Schuldübernehmer nur dann zu, wenn er selbst bedürftig ist.

§ 520. *Reichel, Schuldmitübernahme 429 f.: Die Verpflichtung des Mitübernehmers einer Rentenschenkungsschuld erlischt i. Zw. beim Tode des Urschenkers; stirbt indes der Übernehmer früher, so schon beim Tode des Übernehmers.

§ 525. *Haymann, JheringsJ. **56** 118. Hat die Anforderung eines bestimmten Verhaltens des Empfängers nach der Geschäftsintention nur die Aufgabe, die eigene Gabe in irgendwelcher Hinsicht wieder einzuschränken und erschöpft sich ihre Bedeutung in eben dieser Modifikation der dem Empfänger durch die Zuwendung zuteil gewordenen Machtbefugnis, so handelt es sich nicht mehr um Gegenleistung oder Entgelt, sondern um eine Auflage. Diese Einschränkung seiner Gabe kann der Zuwender auf zwei verschiedene Arten zu erreichen suchen. Entweder er schreibt dem Empfänger eine ganz bestimmte Verwendung der Gabe vor, oder er läßt ihm im allgemeinen freie Hand und untersagt nur die Ausübung bestimmter Machtbefugnisse, deren der Empfänger an sich durch die Gabe teilhaftig wird. Fordert der Geber die festbestimmte Verwendungsweise nach der Geschäftsabsicht ausschließlich zu eigenen Sonderzwecken, so verliert die Gabe überhaupt den Charakter der Leistung. Wird hingegen die Verwendungsbestimmung dem Empfänger nach der Geschäftsauffassung nur zu dessen eigenem Vorteil auferlegt, so bleibt der Gabe ihr Charakter als unentgeltliche Vermögenszuwendung ebenso gewahrt, wie wenn dem Empfänger ein sonstiges Tun oder Unterlassen nach der Geschäftsintention nur zu seinem eigenen Besten anbefohlen wird. Das ist das Bereich des sogenannten modus simplex. Der Wille des Zuwenders hat hier niemals obligatorische Kraft, denn der Empfänger leistet nicht an den Geber, wenn er das Gebot befolgt, das nach der Geschäftsintension ausschließlich dem eigenen Vorteile des Empfängers dienen soll. Die Erfüllung des modus simplex wird auch nach geltendem Rechte nur nach §§ 812 ff. BGB., nicht durch Erfüllungsklage nach §§ 525 ff. BGB. gewährleistet. Darum ist auch die causa donandi, die sich in einem modus simplex konkretisiert, niemals ein Rechtsgeschäft oder Bestandteil eines solchen. Auch die Annahme einer solchen modalen Zuwendung ist nicht etwa Akzept eines Schuldvertrags, sondern nur „unmaßgebliche" Zustimmungserklärung zu der durch den modus simplex eingeschränkten, aber trotzdem unentgeltlichen Vermögenszuwendung. Ob die dem Empfänger auferlegte Verwendung auch eigenen Interessen des Gebers dient, ist so lange für das kausale Gepräge gleichgültig, als in dem Geschäfte selbst dieser Verwendung nur Bedeutung für die Zwecke des Empfängers zuerkannt wird. Der Wille des Zuwenders, nicht die objektive Interessenlage gibt und nimmt dem Tun des Empfängers den Rang der Leistung, sowie die contemplatio alterius dem neutralen Tun die Bedeutung eines „subjektiv fremden" Geschäfts, der negotiorum gestio verleihen kann. Gleichgültig für die Schenkungsqualität der Zuwendung ist ferner der Umstand, ob der modus simplex dem Empfänger noch eine Bereicherung schließlich beläßt oder ob die Durchführung der Verwendungsbestimmung jedwede bereichernde Wirkung der Gaben wieder aufhebt. Ob der modus wirtschaftlichen oder ideellen Interessen des Empfängers dienen soll, ist völlig unerheblich. Es ist Schenkung, ob ich Geld gebe zum Ankauf eines Anzugs oder zu einer Vergnügungsreise oder einer Badekur. Geschieht die Einschränkung nach der Geschäftsintention im eigenen Interesse des Gebers oder eines Dritten, so erlangt der modus obligatorische Kraft, wenn der Empfänger seine Befolgung ausdrücklich oder stillschweigend gemäß § 305

BGB. verspricht. Die Auflage ist hier echte Leistung, aber keine Gegenleistung, kein Entgelt, weil auch hier nach der Vertragsauffassung ihre Bedeutung für die Interessen des Zuwenders darin aufgeht, das Maß der eigenen Zuwendung inhaltlich zu beschränken, nicht dem Zuwender einen Vorteil zu sichern, der auch unabhängig von seiner Gabe selbständige Bedeutung für seine Zwecke behielte. Das ist die Schenkungsauflage im Sinne der §§ 525—527 BGB. Solche Einschränkung der Zuwendung ist niemals Gegenleistung, raubt also der Gabe niemals das Merkmal des Unentgeltlichen, sie kann aber dadurch den Schenkungscharakter der Gabe zerstören, daß sie, wie die Rückgabepflicht des Darlehnsempfängers gerade die vertragsmäßige Aufgabe hat, an Stelle der Kapitalszuwendung eine Gewähr der Nutzung von Kapital zu setzen. Hat der modus qualificatus, der fremdem Interesse dient, die Aufgabe, eine endgültige Bereicherung des Empfängers auszuschließen, dann ist damit zwar noch nicht der Bereich der unentgeltlichen Leistung, wohl aber der Schenkung überschritten. Die Tatsache allein aber, daß die Erfüllung der Maßgabe den Wert der Gabe völlig aufzehrt, läßt den Charakter der Zuwendung als Schenkung unter Auflage bestehen.

§ 528. *Reichel, Schuldmitübernahme 431: Auch der Mitübernehmer (kumulativer Schuldübernehmer) der Schenkschuld hat das Recht aus § 528.

§ 534. a) **RG.** 16. 10. 08, **70** 15 ff.: Eine besondere sittliche Pflicht des vermögenden Arbeitgebers zur Gründung und Ausstattung von Unterstützungskassen für die Witwen und Waisen der Angestellten besteht nach der heute geltenden Anschauung des praktischen Lebens nicht. b) **RG.** 12. 3. 09, **70** 383 erörtert mit Rücksicht auf das Erbschaftssteuergesetz die Frage, ob für die Erben eines bedeutenden Nachlasses eine sittliche Pflicht zu Schenkungen an Wohltätigkeitsanstalten besteht.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Vorbemerkung: Der § 570, der immer von neuem zu Zweifelsfragen Anlaß gibt und schon mehrfach behandelt worden ist (vgl. z. B. v. Lippmann, JDR **5** und Hagen, JDR **6**) hat durch Romberg abermals eine eingehende Untersuchung erfahren. — Zu Prozessen gibt in den letzten Jahren jetzt öfter die Frage Anlaß, ob der Mieter eines zu Geschäftszwecken gemieteten Hauses allein berechtigt ist, an der Fassade dieses Hauses Reklameschilder anzubringen. (Vgl. hierüber und über ähnliche Fragen Ziff. II 2 zu § 535.)

Literatur: Reichel, Schadensersatzpflicht des nach Mietbeendigung die Mietsache nicht zurückgebenden Mieters, JW. **09** 183. — Romberg, Untersuchungen zur Auslegung des § 570 BGB., GruchotsBeitr. **53** 635—668.

I. Miete.

§ 535. I. Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch die Ehefrau (JDR. **4** Ziff. IV, **7** Ziff. I 2 d). *Reichel, Schuldmitübernahme 285 ff.: Mitunterschrift eines fremden Verpflichtungsscheins, wofern mehr ausdrückend als bloße Zeugenschaft oder Zustimmung, ist im Zweifel als Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme) der im Scheine ausgedrückten Schuld auszulegen. Dies gilt insbesondere, wenn die Ehefrau den vom Manne unterschriebenen Mietvertrag mitunterschreibt: kumulative Übernahme der Mieterpflichten (nicht auch der Mieterrechte) durch die Frau.

II. Aus der Praxis. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (JDR. **2** Ziff. 1 b, **4** Ziff. V 6, **5** Ziff. II 6, **6** Ziff. II 2, **7** Ziff. II 1). a) **RG.** 7. 6. 09, R. **09** Ziff. 2378. Wenn ein Schiffsreeder sein Schiff einem anderen Reeder zu einer bestimmten Fahrt verfrachtet, so ist, auch wenn er durch seinen Kapitän den Besitz

des Schiffes behält, das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Reedern nicht als Werkvertrag, sondern als Sachmiete anzusehen (**RG. 48** 90). Zu den Pflichten des Mieters gehört, am Ende der Reise für die Entleerung der Schiffsräume zu sorgen. Wird durch ein fahrlässiges Verhalten der Leute, welche diese Arbeiten vornehmen, das Schiff beschädigt, so hat der Mieter für diesen Schaden einzustehen. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 245. Ist dem Mieter eines Ladens und einer Werkstatt die Mitbenutzung des Hofes als eines zum Betriebe der Werkstatt erforderlichen Raumes im Vertrag eingeräumt, so liegt bezüglich des Hofes Miete, nicht Schenkung oder Leihe vor, auch wenn ein Entgelt für die Benutzung des Hofes nicht besonders vereinbart war. **c)** SchlHolstAnz. **09** 300 (Kiel). Die Überlassung von Schuten zum Gebrauche gegen Entgelt ist auch dann als Mietvertrag anzusehen, wenn sich einige Mann der Besatzung auf der vermieteten Schute befinden.

2. Anbringung von Schildern am Hause (JDR. **4** Ziff. V 4 b, **6** Ziff. II 3). **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 37. Es ist nicht unzulässig, daß in einem Mietvertrage dem Vermieter nicht als dingliche Beschränkung, sondern als obligatorische Verpflichtung eine Beschränkung dahin auferlegt wird, daß er an der Fassade des vermieteten Hauses nicht Firmenschilder oder Schaukästen anderer Firmen anbringen lassen darf. **b)** RheinA. **161** 153 (Düsseldorf). Der Mieter eines zu Geschäftszwecken gemieteten Vorderhauses braucht daran die nachträgliche Anbringung von Reklameschildern der Hinterhausbewohner nicht zu dulden. Das Interesse des Mieters des Vorderhauses an der Benutzung der Fassade wird dadurch verletzt, daß die Reklamewirkung durch das Hinzutreten des Firmenschildes eines anderen Geschäfts beeinträchtigt wird. **c)** LG. I Berlin, KGBl. **09** 43. Es fehlt an einem Anhalte für die Annahme eines Herkommens, daß ein Arzt nach seinem Wegzug aus seiner Wohnung berechtigt ist, am Hause ein Schild mit dem Hinweis auf seine neue Wohnung eine gewisse Zeit anzubringen, auch wenn eine solche Berechtigung im Mietvertrage nicht vorgesehen ist.

3. DJZ. **09** 1500 (KG.). Ein Vertrag über Vermietung von Telephonapparaten an einen Mieter ist stillschweigend bedingt durch die Erteilung der Genehmigung zur Anbringung der Apparate durch den Hauswirt. Wenn es auch dem Mieter obliegt, diese Genehmigung zu erwirken, so braucht er doch für die Versagung derselben nur einzustehen, wenn dies durch besondere Garantieleistung zum Ausdrucke gebracht ist. Der Mieter braucht es also auch nicht zu vertreten, daß dem Vermieter der Apparate durch den Widerspruch des Hauswirts die Erfüllung des Vertrags unmöglich geworden ist.

4. PosMschr. **09** 21 (Posen). Die Aufhebung eines Mietvertrags stellt sich nicht als eine der Abrede des Schriftzwanges unterworfene Vereinbarung zu dem Vertrage dar.

5. ElsLothZ. **09** 184 (Colmar). Der Mieter, der nach rechtskräftiger Verurteilung zur Räumung seinerseits persönlich ausgezogen ist, haftet für den Mietzins weiter, falls sein Untermieter die vermieteten Räume noch innehat.

6. WürttJ. **21** 148, SeuffA. **64** 264 (Stuttgart). Der Vermieter eines Wohnraums, durch dessen Mängel der Tod eines Menschen verursacht wurde, kann von den Erben des Getöteten für die Beerdigungskosten nicht auf Grund des Mietvertrags haftbar gemacht werden.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 2238. Einen Unfall, den der Mieter bei Zahlung des Mietzinses in einem anderen, dem Vermieter gehörigen Hause erleidet, hat der Vermieter anch dem Vertrage nicht zu vertreten.

§ 536. 1. OLG. **18** 10 ff. (KG.). Der Vermieter hat in dem für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande nicht nur die ausdrücklich im Mietvertrag erwähnten Räume, sondern auch alle diejenigen Räume, welche dem Mieter den Zugang zu den ihm überlassenen Räumlichkeiten ermöglichen und für die gemein-

same Benutzung aller Mieter bestimmt sind, wie Treppen und Flure und Gänge des Kellers zu erhalten (vgl. **RG. 59** 162). In jenem Zustande befinden sich die Räume nur, wenn sie so beschaffen sind, daß ihre Benutzung ohne Gefährdung auch der von dem Mieter nach dem Vertrag eingebrachten Sachen möglich ist, und zu diesen letzteren gehören die von dem Mieter gehaltenen Haustiere, besonders solche, deren Haltung dem Mieter gestattet ist (der Vermieter hatte im Keller Gift gelegt, ohne dem Mieter davon Mitteilung zu machen).

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1855. Läßt der Vermieter durch einen Handwerker in den Mieträumen Reparaturarbeiten vornehmen, so haftet er dem Mieter für den Schaden, der aus einem Verschulden des Handwerkers bei Ausführung der Reparaturarbeiten entsteht.

3. PosMschr. **09** 162 (Posen). Die Vertragshaftung des Hauseigentümers gegenüber dem Mieter für gefahrlosen Zugang zum Miethaus erstreckt sich nicht auch auf das dem Vermieter gleichfalls gehörige Nachbarhaus.

§ 537. 1. a) **RG.** 12. 2. 09, JW. **09** 161. Nach § 537 ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit der vermieteten Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauche gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473 zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet. § 472 bestimmt, daß bei der Minderung wegen eines Mangels der verkauften Sache der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen ist, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde. Hiernach kommt es auch für die Minderung des Mietzinses wegen Mängel der Sache auf die Zeit des Abschlusses des Mietvertrags an. b) R. **09** Ziff. 2239 (KG.). Wenn der Mieter wegen Mängel der Mieträume eine Minderung der Miete beansprucht und dieserhalb bei Zahlung der jeweilig fälligen Mietraten einen Vorbehalt macht, so sind ihm bei Geltendmachung des Minderungsanspruchs auf sein Verlangen Zinsen von dem an jeder Mietzahlung abzusetzenden Betrage vom Tage des Verfalles der einzelnen Mietraten ab zu vergüten.

2. Zusicherung einer Eigenschaft. HansGZ. **09** Beibl. 293 ff. (LG. Hamburg). Die bei Abschluß des Mietvertrags getroffene Vereinbarung, daß der Vermieter keinen Konkurrenten in das Grundstück einziehen lassen dürfe, stellt nicht die Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks im Sinne des § 537 dar.

§ 538. HansGZ. **09** Beibl. 280 (Hamburg). Der Sinn des § 538 ist der, daß der Minderungsanspruch durch den Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen werden soll, nur darf keine doppelte Entschädigung verlangt werden. Vgl. Mittelstein, JDR. **7** sub b zu §§ 537, 538.

§ 539. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 151. Die Kenntnis des Mangels der Mietsache schließt die Rechte des Mieters aus §§ 537, 538 BGB. nicht aus, wenn der Vermieter sich besonders verpflichtet hat, den dem Mieter bekannten Mangel zu beseitigen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2637. Der Vermieter wird von der Verpflichtung wegen vertragswidrigen Zustandes der Mietsache (Fehlen des Funkenfängers an einer Lokomobile) Schadensersatz zu leisten, nicht dadurch befreit, daß der Mieter die Sache weiter gebraucht, nachdem er während der Mietzeit ihren Mangel erkannt hat.

§ 542. 1. Schadensersatz neben § 542 (JDR. **1**, **2**, **3** Ziff. 2, **5** Ziff. I 2, **6** Ziff. 1, **7** Ziff. 4). a) HansGZ. **09** Beibl. 180 (Hamburg) hält die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs neben der Kündigung auch für die Zeit nach der Auflösung des Mietvertrags für zulässig (Darlegung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes). b) **RG.** R. **09** Ziff. 2243. Der Pächter kann die Schäden, die ihm aus der Benutzung des Pachtgegenstandes nach der Kündigung entstehen, ersetzt verlangen, wenn er das Pachtverhältnis fortgesetzt hat, um größeren Schaden von dem Verpächter abzuwenden. c) RheinA. **106** 155 (Düsseldorf) wie **RG.** JDR. **6** Ziff. 1.

2. Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. FrankfRdsch. **43** 142 (Frankfurt a. M.). Das Recht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, bedingt nicht eine Kündigung derart, daß daraufhin der Mieter sofort ausziehen müßte (Kündigung für sofort), vielmehr ist auch eine Kündigung, die mit der Setzung einer zur Bewirkung des Auszugs angemessenen Frist verknüpft ist, zulässig.

3. Nichtgewährung oder Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs (JDR. **5** Ziff. II 4). **a) RG.** R. **09** Ziff. 2242. Hat der Verpächter die Brunnenreparatur vorzunehmen und ist eine Verseuchung des Brunnenwassers durch das Eindringen von Jauche infolge mangelnder Abdichtung der Brunnenwände eingetreten, so hat der Pächter das Recht zur fristlosen Kündigung des Pachtvertrags. Hieran wird nichts geändert, wenn nach dem Abzuge des Pächters das Brunnenwasser wieder brauchbar wird. **b)** R. **09** Ziff. 3751 (Hamburg). Eine Wohnung, in der Ratten nicht nur vereinzelt, sondern häufig und längere Zeit hindurch auftreten, die in der Wohnung befindlichen Sachen, wie Kleidungsstücke, beschädigen, ist zum vertragsmäßigen Gebrauche nicht geeignet. Der Mieter ist daher berechtigt, eine solche Wohnung sofort zu kündigen. **c) RG.** R. **09** Ziff. 1671. Wenn der Mieter die wertvollsten Stücke der in die Mieträume eingebrachten Möbel eines frühen Morgens fortschafft, so kann es als eine den Mieter zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags berechtigende Behinderung in dem vertragsmäßigen Gebrauche der Mieträume nicht angesehen werden, wenn der Vermieter die Mieträume verschließt und sich zur Entfernung des Verschlusses nur unter der Bedingung bereit erklärt, daß die fortgeschafften Möbel in die Mieträume wieder zurückgebracht werden. **d)** R. **09** Ziff. 3752 (Naumburg). Dem Mieter von Schankräumen, der die Wirtschaft seinerseits wieder weiter vermieten wollte, steht kein Kündigungsrecht zu, wenn nach mehrjähriger Vertragsdauer einem neuen Untermieter die Schankerlaubnis wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert wird; es gehört nicht zu den Pflichten des Vermieters, die Schankerlaubnis gewissermaßen als vertragsmäßigen Gebrauch mitzugewähren und die Verweigerung der Erlaubnis stellt kein Entziehen des Gebrauchs dar. **e)** FrankfRdsch. **43** 142 (Frankfurt a. M.). Auch häusliche Belästigungen des Mieters durch Beleidigungen u. dgl. können sich als Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs der gemieteten Wohnung darstellen. **f) RG.** R. **09** Ziff. 2241. Ist bei der Pacht über ein Badehaus hinsichtlich des schadhaft gewordenen Kessels zwischen Verpächter und Pächter vereinbart worden, daß der Pächter den Kessel auf seine Kosten unter einer von dem Verpächter zu leistenden Beihilfe wieder in Stand zu setzen habe, so kann daraus, daß der Kessel nicht alsbald wieder brauchbar war, der Pächter kein Kündigungsrecht herleiten; andererseits ist der nicht vorschußpflichtige Verpächter, auch bevor er die versprochene Beihilfe geleistet, berechtigt, die weiter verfallene Pacht einzufordern.

4. Abs. 2. Unerhebliche Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs. **RG.** R. **09** Ziff. 1856. Für die Frage, ob eine Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs im Sinne des § 542 Abs. 2 erheblich ist, wie auch für die weitere Frage, ob die Kündigung durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird, kann allerdings der Umstand, daß es sich um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handelt, von entscheidender Bedeutung sein. Aber grundsätzlich ist Abs. 2 auch da anwendbar, wo der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft vorliegt.

§ 544. 1. R. **09** Ziff. 1469 (Stuttgart). Ekelerregende Gerüche, welche von außen in erheblichem Maße in die Wohnräume eindringen, begründen die im § 544 vorgesehene „gefahrbringende Beschaffenheit". Vgl. JDR. **6**.

2. „Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" s. o. zu § 542 Ziff. 2.

§ 547. *Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen 54 ff. Notwendige Verwendungen sind solche, die zur Erhaltung einer Sache oder zur Verhütung ihrer Verschlechterung gemacht werden. Die im gem. R. übliche Definition berücksichtigte fälschlicherweise nur die erste Hälfte des Satzes; die andere Hälfte ist aber ebenso wichtig. Denn in ihr kommt der — in den praktischen Beispielen der Römer immer wiederkehrende — Gedanke zum Ausdrucke, daß Neuerungen, die an sich eine nützliche Verwendung bilden, unter Umständen noch zu den notwendigen zu rechnen sind. Entscheidend ist der Zweck der Verwendung. Soll sie eine Verschlechterung verhüten, ist sie noch als notwendige, soll sie dagegen eine Verbesserung herbeiführen, dann ist sie als nützliche Verwendung anzusehen. Dieser Grundsatz läßt sich nicht allein aus der Begriffsbestimmung der notwendigen Verwendungen entnehmen, sondern ergibt sich auch aus der Definition der nützlichen. Nach lex 79 § 1 Dig. 50, 16 sind nützliche Verwendungen, solche, die die Sache verbessern sollen, nicht aber solche, die nur eine Verschlechterung verhüten sollen. Das sind eben immer noch notwendige, z. B.: Der Mieter eines Hauses hat ein Zimmer neu tapeziert; das Zimmer hatte seiner Bestimmung gemäß ursprünglich eine neue Tapete getragen. Durch die Länge der Zeit war die Tapete ruiniert worden; das Zimmer stand im Begriffe, seine Zwecke nicht mehr zu erfüllen. Eine neue Tapete stellt in diesem Falle eine notwendige Verwendung dar, die dem Mieter zu ersetzen ist. Sie geschah lediglich, um eine Verschlechterung der Sache zu verhüten; anders wenn der Mieter die Tapete in einem Raume angebracht hätte, der vorher niemals eine solche trug. Hier bezweckte die Verwendung eine Verbesserung der Sache. Sie bildet eine nützliche Verwendung und der Mieter kann keinen Ersatz dafür verlangen.

§ 548. Über die Frage, ob durch die Mietvertragsklausel „die Wohnung ist wirtschaftlich zu benutzen und in demselben Zustande, in welchem sie dem Mieter übergeben wurde, bei dem einstigen Abzuge zurückzugeben“ der Mieter eine weitergehende Haftung für Beschädigungen der Mietsache auf sich nimmt, als sie ihm § 548 auferlegt, handelt LG. III Berlin, KGBl. **09** 53 ff.

§ 549. 1. a) **RG.** R. **09** Ziff. 333. Bei grundsätzlicher Weigerung des Vermieters braucht der Mieter einen Untermieter nicht zu benennen. b) **RG.** R. **09** Ziff. 3330: Beschränkte Erlaubnis zur Untermiete steht der Verweigerung gleich.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1857. Die Bestimmung des § 549 bezieht sich auf jedes Mietverhältnis, auch auf das Untermietverhältnis; bei letzterem stellt sich im Verhältnisse des Untermieters zum Untervermieter auch der Eigentümer des Grundstücks als ein Dritter dar.

3. LG. I Berlin, KGBl. **09** 17 ff.: Aus der Bestimmung des § 549 kann nicht unter Berufung auf § 857 Abs. 3 ZPO. gefolgert werden, daß die Ausübung des Mietgebrauchs beim Vorliegen dieser Bedingung der Pfändung durch die Gläubiger des Mieters unterworfen sei. Denn diese Annahme würde dem Willen und dem Interesse des Vermieters und dem eigentümlichen Wesen des Mietvertrags widersprechen. Selbst wenn der Vermieter damit einverstanden war, daß der Mieter den Gebrauch der Mietsache ganz oder teilweise einem Dritten überlassen dürfe, so widerstreitet es doch seinem Vertragswillen, daß sich ein beliebiger Dritter im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz der Mietsache setzen oder nach seinem Ermessen über den Gebrauch der Mietsache verfügen dürfe. Wäre die Pfändung des Mietgebrauchs zulässig, so würde der höchstpersönliche Charakter des Mietverhältnisses, der auch im Falle des § 549 erhalten bleibt, wie schon die Vorschriften des Abs. 1 Satz 2 und des Abs. 2 § 549 zeigen, völlig verloren gehen, und es würden sehr wichtige Interessen des Vermieters schutzlos werden. Vgl. hierzu auch KGBl. **09** 87 (KG.).

4. Die Erlaubnis ist ein Vertrag. *Klein, ABürgR. **33** 255 (Zitate s. das.).

5. Abs. 2. LG. III Berlin, KGBl. **09** 53: Überträgt der Mieter dem Gaste einen Teil der Disposition über die Räume oder des Gebrauchs oder des Rechtes auf Gebrauch, so ist der § 549 Abs. 2 analog oder direkt anzuwenden. Die Aufnahme eines Gastes im Gewerbebetrieb eines Schankwirts zur Bewirtung, Beköstigung und Bedienung gegen Entgelt fällt aber unter diejenigen Fälle, in denen der Mieter einen Teil seiner Dispositionsrechte und der Mitbenutzungsrechte zeitlich einem Dritten überläßt. Der Gast erwirbt durch Bestellung von Speisen oder Getränken ein Recht, in dem Lokale zu verweilen (vgl. auch Niendorf, Mietrecht [7] 213, 214, § 331 b). Der Vermieter haftet daher nicht, wenn der Gast des Mieters die vermietete Sache beschädigt.

§ 550. Über Zurücknahme der „Abmachung" vgl. *Klein, ABürgR. **33** 271.

§ 553. 1. Über Zurücknahme der „Abmachung" s. Klein, ABürgR. **33** 271.

2. Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist s. o. zu § 542 Ziff. 2.

§ 554. „Ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" s. o. zu § 542 Ziff. 2.

§ 556. Abs. 3. *Reichel, Schuldmitübernahme 112 ff.: In Ansehung der Rückgabepflicht hat der Untermieter die Stellung eines gesetzlichen Mitübernehmers (kumulativen Schuldübernehmers). Seine Rechtsstellung zum Obervermieter bemißt sich also insoweit nach Gesamtschuldrecht.

§ 557. 1. *Reichel, JW. **09** 183. Gegenüber dem Anspruch aus Satz 1 steht dem Mieter der Entlastungsnachweis frei, daß die Nichtrückgabe der Mietsache auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten hat (§ 285) (gegen Planck, Staudinger, Oertmann).

2. ElsLothZ. **09** 184 (Colmar). Die Entschädigungsforderung aus § 557 ist ebenso wie die Mietzinsforderung eine Masseschuld nach § 59 Ziff. 2 KO.

§ 559. I. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 100 ff.: Das Vermieterpfandrecht entsteht gemäß §§ 1257, 1209 BGB. sofort mit Abschluß des Mietvertrags für die ganze in diesem, wenn auch bedingt oder unbestimmt, vorgesehene Mietzeit in den Grenzen des § 559. Das laufende und folgende Mietjahr wird dabei stets nach dem Zeitpunkte der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts berechnet. — 5 ff.: An den eingebrachten Sachen des Mieters können andere Pfandrechte bestehen und entstehen. — 85 f.: Der gute Glaube eines Pfandgläubigers wird auch gegenüber dem Vermieter geschützt. — 238 f.: Der Vermieter hat kein Recht zur Befriedigung des Abzahlungsverkäufers. — 171, 163: Bei eingebrachten Sachen besteht eine Vermutung für das Vermieterpfandrecht. — 146 f., 311, 338: Der Vermieter kann die Sachen zum Verkaufe herausverlangen oder unter Abtretung des Herausgabeanspruchs verkaufen. Im zweiten Falle gilt § 1244 nicht. — 261 ff.: Bei Übertragung der Mietforderung folgt das Pfandrecht. Der neue Gläubiger hat aber das Sperrecht nur als Besitzer des Grundstücks.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 436 ff.: Das Vermieterpfandrecht ergreift auch die Illaten des Mitübernehmers (kumulativen Schuldübernehmers) der Mietzinsschuld, insbesondere also die Illaten der Ehefrau des Mieters, der in Verpflichtungsabsicht den Mietvertrag mitunterschrieben hat. Für die Illaten des Bürgen gilt dies nicht.

3. Kirchner, DJZ. **09** 375: Dem Vermieter steht kein gesetzliches Pfandrecht zu, wenn der Mieter Sachen auf Grund eines unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrags besitzt. Die von Schulz, DJZ. **08** 960 (JDR. **7** Ziff. I 4 a), vertretene gegenteilige Ansicht enthalte nicht nur eine dem Gesetze zuwiderlaufende Erweiterung des Vermieterpfandrechts, sondern widerspreche auch dem Wesen des Pfandrechts im allgemeinen.

II. Aus der Praxis. 1. Künftige Entschädigungsforderung (vgl. besonders **RG. 54** 301 ff., JDR. **2** Ziff. II 1). a) **RG.** 21. 5. 09, R. **09** Ziff. 1985. Der bei kündigungsloser Aufhebung des Pachtvertrags dem Verpächter

vertraglich gegen den Pächter zustehende Anspruch auf Ersatz eines etwaigen Pachtzinsausfalls stellt sich nicht als Pachtzins im Sinne des § 585, sondern als Entschädigungsforderung im Sinne des § 559 BGB. dar, und zwar als künftige Entschädigungsforderung, wenn er erst an den einzelnen Pachtzinszahlungsterminen in Höhe des jeweiligen Ausfalls zu zahlen ist. **b)** **RG.** 21. 9. 09, R. **09** Ziff. 3047. Kann ein Verpächter eine Forderung, die er darauf gründet, daß der Pächter der vertraglichen Verpflichtung, die Dächer, Fenster usw. des Pachtgegenstandes in stand zu halten, nicht nachgekommen sei, nur geltendmachen, wenn der Pächter bis zum Ablaufe der Pachtzeit die Verpflichtung unerfüllt gelassen hat, so liegt, solange die Pachtzeit läuft, eine noch nicht fällige, also künftige Forderung im Sinne des § 559 vor. **c)** KGBl. **09** 114 (KG.). Das Pfandrecht des Vermieters kann nur für gegenwärtig feststehende, nicht für solche Entschädigungsforderungen geltend gemacht werden, welche infolge Aufhebung des Mietverhältnisses durch den Vermieter an Stelle künftiger Mietzinsraten treten.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3332. Bei dem sog. Bierpachtvertrage, bei dem als Gegenstand für die Überlassung von Wohn- und Wirtschaftsräumen nur die Verpflichtung eingegangen wird, das Bier und zwar zu einem über den Marktpreis erhöhten Preis ausschließlich vom Vertragsgegner zu beziehen, kommt ein Vermieterpfandrecht aus § 559 nicht in Frage. Vgl. JDR. **5** Ziff. II 1.

3. Berechnung des laufenden Mietjahrs (JDR. **2** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2 u. 4, **5** Ziff. I 3). HansGZ. **09** Beibl. 207 (Hamburg). Nicht der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges an den Dritten, sondern der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts entscheidet darüber, wie das laufende und das auf die Veräußerung folgende Mietjahr zu berechnen ist.

4. OLG. **19** 152 f. (Hamburg). Einen Anspruch auf den Erlös aus den seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen hat der Vermieter auch dann, wenn eine freiwillige Veräußerung der von einem anderen Gläubiger des Mieters gepfändeten Sachen in Gemäßheit des § 825 ZPO. stattgefunden hat.

§ 560. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 511 ff.: Reichen die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar aus, so erlischt sein Pfandrecht an den entfernten Sachen, auch wenn ein Pfandgläubiger die Sachen entfernt. Mit dem Pfandrecht erlischt das Vorzugsrecht aus § 805 ZPO. — Werden von den eingebrachten Sachen verschiedene Sachen für verschiedene Gläubiger des Mieters gepfändet und reichen die pfandfreien Sachen nicht zur offenbaren Sicherung des Vermieters aus, so kann der Vermieter sein Vorzugsrecht aus § 805 ZPO. nur gegen die Gläubiger geltend machen, die ihre Pfänder am längsten in der Mietwohnung lassen. — 249: Die Beschränkung des § 560 Satz 2 aE. gilt auch bei den Besitzansprüchen des Vermieters auf Grund der §§ 561 Abs. 1 aE., 1231, 1232 (s. a. unten zu § 803 ZPO.).

2. Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers (JDR. **1**, **2** u. **4** Ziff. 1 a, **5** Ziff. I 1 und 7). **a)** **RG.** 21. 9. 09, JW. **09** 657 f. Mag auch an sich der Widerspruch des Vermieters nicht nur, wie § 805 ZPO. positiv bestimmt, gegen die Pfändung, sondern auch gegen die Entfernung der gepfändeten Sachen unzulässig oder doch unnötig und bedeutungslos sein, so folgt daraus doch nicht, daß die im § 560 Satz 2 erfolgte Untersagung des Widerspruchs auf die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Entfernung der Sachen keine Anwendung fände. Diese Untersagung hat die Bedeutung, daß mit der Entfernung der Sachen aus dem Mietgrundstücke das Pfandrecht als dingliches Recht erlischt, mag der Vermieter widersprechen oder nicht. Die Unzulässigkeit des Widerspruchs des Vermieters gegen die Entfernung der Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung beeinträchtigt dagegen sein Recht auf Befriedigung aus den gepfändeten Sachen nicht. Die materiellen Wirkungen seines Pfandrechts bleiben, soweit die

Bestimmung des § 560 Satz 2 BGB. nicht in Frage kommt, bestehen. Die Tragweite dieser beiden Arten der Versagung des Widerspruchsrechts ist also eine völlig verschiedene. Sind die Voraussetzungen beider gegeben, so hat die Entfernung der Sachen die rechtsaufhebenden Folgen des § 560 Satz 2 BGB. **b)** OLG. **19** 2 f., DJZ. **09** 1150 (KG.) Das Vermieterpfandrecht auf Grund des § 560 erlischt durch Fortschaffung im Wege der Pfändung, falls die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters ausreichen. Wo § 560 in den Ausnahmefällen des Satzes 2 einen auf die Erhaltung des Pfandrechts des Vermieters abzielenden Widerspruch dem letzteren versagt, kann auch der im § 805 ZPO. als Ersatz des Widerspruchs gewährte Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung nicht geltend gemacht werden (vgl. auch KG., JDR. **5** Ziff. IIa). **c)** OLG. **19** 153 ff. (Frankfurt). Das im § 560 dem Mieter gegebene Recht, den Vermieter auf die zurückbleibenden Sachen zu verweisen, ist sowohl nach der äußeren Fassung der Vorschrift wie ihrem inneren Zwecke nach auf den Pfändungsgläubiger unanwendbar. Der § 560 geht davon aus, daß der Vermieter der Entfernung der vom Mieter eingebrachten Sachen an sich widersprechen kann. Satz 2 stellt nur eine Ausnahme dar: Dem Pfändungsgläubiger gegenüber steht das Gesetz aber hinsichtlich der Geltendmachung des Vermieterpfandrechts grundsätzlich auf einem ganz anderen Standpunkte; der Vermieter ist gemäß § 805 ZPO. zu einem Widerspruche gegen die Entfernung gepfändeter Sachen überhaupt nicht berechtigt. Schon aus diesem Grunde geht es nicht an, das im § 560 Satz 2 dem Mieter gewährte Recht auf den Pfändungsgläubiger auszudehnen. Dem steht besonders auch der im § 560 Satz 2 zum Ausdrucke gebrachte gesetzgeberische Gedanke entgegen. Danach hat der Grundsatz, daß das Pfandrecht des Vermieters alle eingebrachten Sachen umfaßt, zugunsten des Mieters — aber auch ausschließlich zu seinen Gunsten — unter den in Satz 2 genannten Voraussetzungen durchbrochen werden sollen, um ihm die im Verkehr erforderliche Bewegungsfreiheit zu sichern. Diese Einschränkung auch im Falle der Wegschaffung eingebrachter Sachen zugunsten des Pfändungsgläubigers eintreten zu lassen, besteht um so weniger Veranlassung, als hier bereits eine wirtschaftliche Bindung des Mieters infolge der Pfändung seiner Sachen eingetreten ist.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1672. Wenn der Mieter morgens gegen 5 Uhr eine Reihe der wertvollsten in die Mieträume eingebrachten Möbel fortschaffen läßt, so kann der Vermieter der Entfernung widersprechen, auch wenn die Entfernung lediglich zwecks Ausbesserung erfolgen soll.

4. **RG.** 21. 9. 09, JW. **09** 657 f. Dem Erfordernisse des „offenbar" Ausreichens im Sinne des § 560 Satz 2 ist genügt, wenn der Vermieter selbst keinen Zweifel daran hat, daß die zurückbleibenden Sachen zu seiner Sicherheit hinreichen und diese Meinung auch bei der späteren richterlichen Prüfung sich als zutreffend erweist.

§ 561. 1. Über das Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 vgl. zunächst JDR. **5**, **6**, **7** Ziff. I. **a)** *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. 171 ff. Das Sperrecht des Vermieters ist zwar dinglicher Natur, ist aber gegenüber nachstehenden dinglich Berechtigten nur beschränkt wirksam. — 8, 462 ff.: Der Vermieter behält sein Pfandrecht auch ohne Widerspruch und Klage, wenn ein bürgerlicher Pfandgläubiger oder ein Pfändungspfandgläubiger die Sachen entfernen läßt oder innerhalb Monatsfrist in Besitz nimmt. — Die Pfändung für die Mietzinsforderung genügt zur Erhaltung des Pfandrechts im Falle des Abs. 2 Satz 2. **b)** OLG. **19** 3 f. (Celle). Es erscheint durchaus zwingend, daß der Vermieter, der, wie dies gegenüber dem Pfändungsgläubiger der Fall, einen Anspruch auf Herausgabe zwecks Rückschaffung der Sachen nicht hat, sondern nur das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse, sein Pfandrecht nicht verliert, wenn er das ihm gar nicht zustehende Recht auf Rückschaffung nicht gerichtlich geltend macht. Was für die Nichtanwendung des § 561 dem Pfändungspfandrecht gegenüber ausgeführt ist, muß auch dem Konkursverwalter gegenüber gelten.

2. **RG.** 28. 5. 09, R. **09** Ziff. 2638. Die im § 561 BGB. bestimmte Monatsfrist bezieht sich nicht auf einen an Stelle des Vermieterpfandrechts etwa getretenen Bereicherungsanspruch.

3. Gerichtliche Geltendmachung im Sinne des Abs. 2 Satz 2 (JDR. **1** Ziff. 4 c, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2 a). KGBl. **09** 55 ff. (KG.). Daß die gerichtliche Geltendmachung nicht unbedingt durch Klagerhebung geschehen muß, sondern auch im Wege der einstweiligen Verfügung geschehen kann, ist herrschende Rechtsansicht und ergibt sich ohne weiteres aus der weiten Bedeutung, welche den Worten „gerichtlich geltend machen" zugeschrieben werden muß. Während aber Planck, Staudinger, Brückner, Goldmann, Lilienthal neben der Klagerhebung den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung für ausreichend erklären, verteidigen Niendorf (§ 352) und Mittelstein [2] (1909) 416 die Ansicht, daß innerhalb der Frist auch die einstweilige Verfügung erlassen und dem Gegner zugestellt sein müsse. Dieser Ansicht konnte jedoch der Senat nicht beitreten. Das Gericht ist durch das Gesuch um Erlaß einer einstweiligen Verfügung in dieselbe Lage versetzt, in welcher es sich gegenüber einer zugestellten Klage erst in der mündlichen Verhandlung befindet. Die Erlassung der einstweiligen Verfügung stellt die verlangte gerichtliche Entscheidung selbst dar, welche in dem Klageweg erst durch das Urteil getroffen wird. Daher müssen die Wirkungen der gerichtlichen Geltendmachung nicht erst der Erlassung und Zustellung der einstweiligen Verfügung, sondern schon der Einreichung des Gesuchs, welches einer Zustellung vor der Entscheidung des Gerichts nicht bedarf, beigelegt werden.

§ 562. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 174. Das Recht aus § 562 steht nachstehenden Pfandgläubigern nicht zu.

§ 563. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 440: Für die Zeit zwischen Pfändung und Geltendmachung des Vermieterpfandrechts besteht stets der Vorrechtsanspruch aus § 805 ZPO. ohne Beschränkung.

§ 564. 1. Kündigung (JDR. **5** u. **6** Ziff. 2). OLG. **18** 12 (Braunschweig). Die bloße Tatsache der Räumung einer Mietwohnung berechtigt für sich allein noch nicht zu dem Schlusse der Kündigung. Höchstens kann aus der Ablieferung der Schlüssel auf den Willen des Mieters, die Wohnung aufzugeben, geschlossen werden.

2. Nicht bestimmte Mietzeit (JDR. **5** Ziff. 1). **a) RG.** JW. **09** 451, R. **09** Ziff. 2793. Die Vertragszeit eines Miet- oder Pachtvertrags ist nicht nur dann „bestimmt", wenn das Ende kalendermäßig berechnet werden kann, sondern auch dann, wenn der Endpunkt durch andere tatsächliche Umstände festgestellt ist, z. B. durch nähere Bezeichnung des Vertragszwecks. **b)** R. **09** Ziff. 2639 (BayObLG.). Die Dauer eines Pachtvertrags ist auch dann zeitlich bestimmt, wenn dessen Beendigung vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses mit ungewissem Zeitpunkt abhängig gemacht ist. **c)** SeuffA. **64** 345 (Darmstadt). Ein Mietvertrag, durch den eine Familienwohnung vom 1. Oktober 1907 bis 1. Oktober 1908 vermietet, auf ein Jahr die Kündigung ausgeschlossen, dann aber zum 1. April, 1. Juli, 1. Oktober zugelassen ist, ist auf unbestimmte Zeit geschlossen.

3. KGBl. **09** 62 (KG.). Auch bei Mietverträgen ist die Kündigung regelmäßig am folgenden Montage zulässig, wenn der letzte Tag der Kündigungsfrist auf einen Sonntag fällt.

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend oder eine Auslegungsregel? (JDR. **3** u. **4** Ziff. 4 b, 5, **6** u. **7** Ziff. 1). **a) RG.** R. **09** Ziff. 3051. Wer geltend machen will, daß ein mündlicher auf vier Jahre geschlossener Mietvertrag entweder für diesen ganzen Zeitraum oder gar nicht gelten solle, hat Tatsachen anzuführen, durch die eine Ausnahme von der Regel des § 566 Satz 2 begründet wird. **b)** PosMschr. **09** 6 (Posen). Satz 2 stellt schlechthin bezüglich aller formlosen langfristigen Mietverträge die Fiktion des Abschlusses auf unbestimmte Zeit auf. Es

würde eine große Rechtsunsicherheit zur Folge haben, wollte man in jedem einzelnen Falle den Parteiwillen dahin zu ermitteln suchen, ob die Parteien den Vertrag, unter der Voraussetzung der Ungültigkeit der vereinbarten Geltungsdauer, auf unbestimmte Zeit geschlossen haben würden [aM. OLG. **9** 302 (Frankfurt) und **10** 162 (Hamburg)].

2. PosMschr. **12** 70 (Königsberg). Eine Abrede über Anbringung eines Firmenschildes des Mieters kann neben dem schriftlichen Mietvertrage mündlich getroffen werden. Eine solche Abrede gilt auch nicht etwa nur für das erste Mietjahr.

3. R. **09** Ziff. 3754 (Hamburg). Auch wenn die Parteien sich ausdrücklich verpflichtet haben, den mündlich über eine längere Dauer als ein Jahr geschlossenen Mietvertrag schriftlich abzufassen, erwachsen den Parteien doch keine weiteren Rechte als diejenigen, die gemäß § 566 sich aus dem Mietvertrage selbst ergeben.

4. Über die Heilung einer formlosen, sich in einem Kaufvertrage findenden Mietabrede durch Auflassung vgl. SeuffA. **64** 222 ff. (Dresden).

5. SächsRpflA. **09** 139 (Dresden) über die Gültigkeit eines schriftlichen Mietvertrags trotz eines Schreibfehlers hinsichtlich des Jahres der Vertragsendigung.

§ 569. 1. *Kreß, SeuffBl. **09** 229 ff., bejaht die Frage, ob das im § 569 dem Erben eingeräumte Kündigungsrecht gegebenenfalls vom Testamentsvollstrecker auszuüben ist — aM. OLG. Augsburg, BayRpflZ. **08** 91 (JDR. **7** Ziff. 1) —. Er führt aus, daß der Erbe persönlich kündige, verlangt die der Einräumung dieses außerordentlichen Kündigungsrechts zugrunde liegende ratio — das persönliche Vertrauen, auf dem das Mietverhältnis beruht — nicht. Das Kündigungsrecht des § 569 ist ferner kein derart höchst persönliches Recht, daß es bei Ausübung durch den Testamentsvollstrecker den Zweck verfehlen, inhaltlich eine Änderung erfahren würde, daher an die Person des Erben gebunden werden müßte (§ 399 BGB.). Es entsteht auch nicht erst in der Person des Erben — so SeuffA. **60** 33 —, sonst könnte es nicht, was zulässig ist (DJZ. **04** 868, JDR. **3**), von vornherein vertragsmäßig ausgeschlossen werden.

2. HessRspr. **10** 167 (Anonym). Wird der Erblasser vom Erben zweiter Ordnung oder Großeltern und deren überlebenden Ehegatten auf Grund des Gesetzes beerbt, so steht das Kündigungsrecht hinsichtlich der ehelichen Wohnung nicht der Gesamtheit der Erben, sondern dem Ehegatten allein zu. Ebenso Neumann Handausgabe, zu § 1932; aM. Sontag. DJZ. **09** 1141, bei Untersuchung der Frage, ob Rechte zum Voraus des überlebenden Ehegatten gehören können.

3. KGBl. **09** 115 (KG.). Durch eine Kündigung gemäß § 569 kann das Mietverhältnis auch schon vor Beginn der Mietzeit zur Aufhebung gebracht werden.

4. OLG. Kiel, JDR. **7** Ziff. 3 jetzt auch SeuffA. **64** 397.

§ 570. 1. Hinsichtlich der Frage, ob die Beamteneigenschaft bereits beim Vertragsschlusse vorliegen muß (vgl. zunächst JDR. **5**, **6** u. **7** Ziff. 1), tritt Romberg, GruchotsBeitr. **53** 658 ff., den Ausführungen des KG., JDR. **5** Ziff. 1 b, mit folgender Hervorhebung bei: Dem Vermieter muß das Recht des Nachweises, er würde an einen „Beamten" nicht vermietet oder doch dessen Kündigungsrecht ausgeschlossen haben, zugestanden werden, andererseits hat er aber auch die Beweislast dieser Behauptung zu tragen. Hiernach kann ein Beamter, der beim Abschlusse seines Mietvertrags noch nicht Beamter war, im Falle der Versetzung das Mietverhältnis zwar nach § 570 BGB. kündigen; dem Vermieter bleibt aber der Gegenbeweis offen, daß er entweder an einen Beamten überhaupt nicht vermietet hätte oder doch nur unter einer das Versetzungskündigungsrecht des § 570 ausschließenden Vereinbarung.

2. Romberg aaO. 664 ff.: Ein Mietvertrag, den ein Beamter unter der Voraussetzung seiner Versetzung abschließt, ist im Zweifel voll wirksam, ohne daß es für diese Wirksamkeit darauf ankäme, ob er beim Abschluß auf das Bevorstehen einer Versetzung hingewiesen hat oder nicht. Auch kann, wenn ein für einen künftigen

Zeitpunkt, an dem Orte einer ursprünglichen Versetzung abgeschlossener Mietvertrag eines Beamten durch den Fall einer anderweitigen Versetzung in seiner Verwirklichung vereitelt wird, dem Mieter kein kraft gesetzlicher Vermutung bestehendes Rücktrittsrecht zugestanden werden.

3. Bei der Anwendung des § 570 ist nach Romberg, GruchotsBeitr. **53** 638 ff. der Grundsatz zu befolgen, daß unter mehreren nach dem Wortlaute der Vorschrift zulässigen Möglichkeiten die richtige unter Berücksichtigung der besonderen Aufgabe und Stellung des Paragraphen dann gesucht werden kann, wenn diese Berücksichtigung nicht eine Erweiterung des vom § 570 geschaffenen Sondertatbestandes darstellt. In gleicher Weise kann über den unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes hinaus die vis ac potestas der Vorschrift auf die unter die gleiche ratio fallenden Fälle angewendet werden, sofern dadurch nur nicht eine Erweiterung der in dem Paragraphen geschaffenen Ausnahme, also ein sonstiger Verstoß gegen das Regelrecht, stattfindet. Dieser Grundsatz ist maßgebend, wenn im Einzelfalle zu untersuchen sein wird, was der Gesetzgeber im § 570 hat sagen wollen, und welches Prinzip der Vorschrift zugrunde liegt.

4. Begriff der Versetzung (JDR. **2** Ziff. 1 b u. 3 c, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **7** Ziff. 2). Romberg, GruchotsBeitr. aaO. 640 ff.: Der Fall der Versetzung ist zivilrechtlich schon und nur dann eingetreten, wenn die zuständige Behörde dem Beamten dienstlich in bestimmter Weise eröffnet, daß er von einem bestimmten Zeitpunkt ab an einem anderen als dem ihm bisher angewiesenen Orte dauernd dienstlich tätig zu sein habe. Die Bestimmtheit der dienstlichen Eröffnung ist je nach dem konkreten Falle zu beurteilen. Jedenfalls braucht die zuständige Behörde nicht eine definitive Anordnung getroffen zu haben, noch ein Versetzungsdekret erlassen, noch selbst den Ort der Versetzung bestimmt zu haben. Ist eine Anordnung der Versetzung zwar nicht erfolgt, eröffnet aber die zuständige Behörde in der bezeichneten Weise dem Beamten (irrtümlich), daß er versetzt sei, so muß sich dieser an diesen Dienstbefehl unbedingt halten können. Mit der amtlichen Eröffnung ist er zivilrechtlich versetzt. Anderenfalls würde den Parteien eine übertriebene und kaum erfüllbare Pflicht aufgebürdet werden, sich bei der amtlichen Eröffnung einer Versetzung darum zu kümmern, ob ihr auch eine tatsächliche Anordnung der Versetzung zugrunde liege.

5. Über Kündigung eines von Eheleuten gemeinschaftlich geschlossenen Mietvertrags nach § 570 handelt eingehend — unter Darlegung der verschiedenen Ansichten, z. B. von Dennler, Oertmann — Romberg aaO. 642—656.

§ 571. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 92. Die Bestimmung des § 571 begründet gesetzliche Nachübernahme (privative Schuldübernahme) in der Person des Erwerbers.

2. Begriff der Überlassung (JDR. **6** u. **7** Ziff. 1). R. **09** Ziff. 2641 (BayObLG.). Die vertragsmäßige Zulassung von Ölbohrungen auf einem Grundstücke kann als dessen Überlassung angesehen werden.

§ 572. *Reichel, Schuldmitübernahme 439. Satz 2 Halbsatz 2 begründet eine gesetzliche privative Schuldübernahme (nicht kumulative Schuldübernahme); der § 572 ist dem § 571 anzupassen (gegen Oertmann zu § 572).

§ 573. 1. R. **09** Ziff. 1858 (Jena). Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen im Sinne des § 573 BGB. stehen diejenigen gleich, die ohne den Willen des Vermieters im Wege der Zwangsvollstreckung, namentlich durch Pfändung und Überweisung, erfolgen. Die Bestimmung des § 573 Satz 1 BGB. findet auch auf den Fall des Erwerbs durch Zuschlag in der Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung. Vgl. JDR. **5** Ziff. 1 c.

2. KGBl. **09** 63 (KG.). Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstück ist

nicht als eine Verfügung des Eigentümers über die Mietzinsen im Sinne des § 573 zu erachten.

II. Pacht.

§ 581. 1. Pacht und ähnliche Verträge (JDR. **1** u. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** u. **6** Ziff. 4, **7** Ziff. 1). a) **RG.** JW. **09** 451, R. **09** Ziff. 2794. Die Überlassung von Grundstücksparzellen zur Ausbeutung von Quarzitsteinen, solange brauchbare Steine vorhanden sind, ist ein Pachtvertrag. b) **RG.** R. **09** Ziff. 249, WarnE. **2** 126. Ist die eingerichtete Fabrik und nicht bloß das Fabrikgebäude Gegenstand der Überlassung zum Gebrauche und zur Nutzung, so handelt es sich um einen gewerblichen Betrieb, dessen Überlassung die Gewinnung von Erträgen ermöglicht. c) **RG.** 30. 10. 08, **70** 20 ff. Ein Vertrag, durch den der Verleger einer Zeitung, einem anderen gegen Entgelt und auf Zeit den Betrieb des Inseratenteils einer Zeitung überläßt, ist als Pachtvertrag anzusehen. Daß ein Handels- oder Gewerbebetrieb den Gegenstand eines Pachtvertrags bilden kann, geht schon aus § 1822 Nr. 4 BGB. hervor. Aber auch ein Teil eines Gewerbebetriebs, ein bestimmter Zweig eines Unternehmens kann Pachtobjekt sein, wenn er sich vom Hauptbetrieb als besonderer Gegenstand der Nutzung trennen und selbständig machen läßt.

2. Jagdpachtvertag (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 3, **7** Ziff. 2). **RG.** 1. 12. 08, **70** 70 ff., JW. **09** 48 hält an der schon früher von ihm vertretenen Auffassung fest, daß der Gegenstand des Jagdpachtvertrags das Jagdrecht und nicht die zu bejagenden Grundstücke seien. Der Jagdpächter erlangt durch den Vertrag nur die Befugnis zur Ausübung eines persönlichen Rechtes, tritt aber zu den zu bejagenden Grundstücken in kein als Pacht anzusehendes rechtliches Verhältnis (72). Das Jagdrecht ist kein für sich allein bestehendes, vom Eigentume loszulösendes Recht, sondern es fällt lediglich unter die Nutzungen, die aus dem Eigentum an Grundstücken zu ziehen sind. Dieses Nutzungsrechts entäußert sich der Eigentümer durch die Verpachtung der Jagd. Der Pächter übt nur eine der aus dem Eigentume herzuleitenden Nutzungsbefugnisse des Verpächters aus. Da mithin bei der Jagdpacht zwischen dem Verpächter und Pächter nur obligatorische Beziehungen bestehen, die für den Erwerber der Grundstücke nicht ohne weiteres, sondern erst dadurch, daß er in den Vertrag eintritt, bindend werden, so ist die entsprechende Anwendung des § 571 auf den Jagdpachtvertrag ausgeschlossen. An dieser Natur des Vertrags wird auch dadurch nichts geändert, daß dem Pächter die Benutzung des Jagdhauses überlassen worden ist (74).

3. ElsLothZ. **09** 301 (Colmar). Wenn die Auflösung eines auf eine Reihe von Jahren schriftlich abgeschlossenen Pachtvertrags mündlich wieder rückgängig gemacht wird, so hat dies die Bedeutung eines neuen Vertragsschlusses. Mangels schriftlicher Form wird daher das Pachtverhältnis nur auf unbestimmte Zeit vom Tage der Auflösung an wieder in Kraft gesetzt.

4. OLG. **18** 14 f. (Dresden). Aus § 545, der nach § 581 auf die Pacht entsprechend anzuwenden ist, ergibt sich deutlich, daß dem Pächter gegenüber der Verpächter die Pachtsache gegen unvorhergesehene Gefahren zu schützen hat, die auf den Gebrauch der Sache und die Möglichkeit der Fruchtziehung ungünstig einwirken können. Es ist dies eine Folge des im § 581 (536) ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes. Der Verpächter ist nach § 538 schadensersatzpflichtig, wenn er den erforderlichen Schutz nicht gewährt, und § 545 Abs. 2 enthält nur eine Ausnahmebestimmung.

§ 585. PosMschr. **12** 88 (Posen). Der Verpächter kann sich gegenüber dem die Zwangsvollstreckung in Früchte auf dem Halme betreibenden Gläubiger des Pächters auf sein gesetzliches Pfandrecht berufen.

§ 588. R. **09** Ziff. 1860 (Stuttgart). Auf solche Gegenstände, die der Pächter unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers erwirbt, bezieht sich die Vorschrift, daß

der Verpächter mit der Einverleibung in das Inventar Eigentümer werde, nicht; das Eigentum des Verkäufers besteht daher fort.

§ 591. SeuffA. **64** 399 (Rostock). Der Schadensersatzanspruch wegen ungenügender Bestellung ist im Konkurse des Schuldners keine Masseschuld, sondern Konkursforderung mit Absonderungsrecht.

§ 597. **RG.** R. **09** Ziff. 2932. Die Pflicht zur Rückgewähr einer gepachteten Brauhofsgerechtigkeit, auf Grund deren dem Pächter die Konzession zum Betrieb einer Schankwirtschaft vom Verpächter verschafft ist, umfaßt die Verpflichtung, gegenüber der Verwaltungsbehörde auf die Konzession zu verzichten.

Vierter Titel. Leihe.

Vorbemerkung: Zum Begriff und seiner Abgrenzung gegenüber der Miete steuert Lesser einiges bei. Krückmann nimmt zu der Theorie der Gefälligkeitsverträge (vgl. JDR. **7** Vorbem. zu § 598) Stellung.

Literatur: Krückmann, SeuffBl. **09** 113 ff., 153 ff. — Lesser, Inhalt der Leistungspflicht. Breslau 1909.

§ 598. I. Allgemeines. 1. Leihe und Miete. Lesser 44. Der Vermieter ist zu einem Tun, der Verleiher zu einem Unterlassen verpflichtet. Denn während der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Sache zu gewähren hat, ist der Verleiher verpflichtet, den Gebrauch durch den Entleiher zu dulden.

2. Leihe und Gefälligkeitsvertrag. Krückmann 113 ff., 153 ff. wendet sich gegen die von v. Blume im R. **08** 650 (vgl. JDR. **7** § 598 I) versuchte Aufstellung eines neuen Vertragstypus in dem sog. „Gefälligkeitsvertrage". Nach seiner Ansicht genügen die bestehenden Vertragskategorien Schenkung, Leihe, Verwahrung, Auftrag; diese umfassen nicht nur alle möglichen Arten der Gefälligkeitsverträge, sondern sie grenzen auch die Rechte und Pflichten der Gefälligkeitskontrahenten in einer dem gesunden Rechtsgefühl entsprechenden Weise ab. Verf. erläutert seine Ansicht, namentlich auch für die Leihe, an einer Anzahl von Beispielen.

II. Einzelheiten. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 863. Wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft Wertpapiere überläßt, damit diese mit den Papieren einem Dritten Sicherheit leiste, so liegt — je nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Überlassung — Miete oder Leihe vor.

2. Krückmann aaO. und JheringsJ. **54** 107. Wenn jemand einen anderen aus Gefälligkeit auf seinem Wagen mitfahren läßt, so liegt ein Leihevertrag vor (aM. v. Blume aaO., der einen Gefälligkeitsvertrag konstruiert).

§ 602. **RG.** BayRpflZ. **09** 208, PosMSchr. **09** 70. Den Umstand, daß die Rückgabe der geliehenen Sachen nur noch in einem wesentlich entwerteten Zustande möglich ist, hat der Entleiher zu vertreten, sofern er nicht den Entschuldigungsbeweis führt.

Fünfter Titel. Darlehen.

Vorbemerkung: Beiträge zur Vertragsnatur des Darlehens geben Kohler und Hoeniger; sie vertreten die Theorie des sog. „Vereinbarungsdarlehns", während das RG. nach wie vor (vgl. zuletzt **71** 117, § 607 II Ziff. 2) auf dem Standpunkte des Realvertrags steht. — Im übrigen erschöpfen sich Literatur und Judikatur in Einzelfragen.

Literatur: Hilse, Widerruf des Darlehnsversprechens auf Hypothek, KGBl. **09** 49. — Hoeniger, Zum Vereinbarungsdarlehn, ABürgR. **33** 278. — Jost, Verteilung der Beweislast nach der Entscheidung des **RG. 68** 305, HessRspr. **10** 7. — Kohler, Das Vereinbarungsdarlehn, ABürgR. **33** 1.

§ 607. I. Dogmatisches. Zum Vereinbarungsdarlehn. a) Kohler aaO. 1 ff. Das Darlehen ist kein Real-, sondern ein Konsensualvertrag. Nur die Theorie des sog. „Vereinbarungsdarlehns" (von Kohler schon häufig verfochten, bekämpft besonders von Regelsberger in JheringsJ. **52** 412), nicht

die des Realvertrags mit pactum de mutuo dando, trägt den modernen Anschauungen und Verkehrsverhältnissen Rechnung. Eine Ausnahme zugunsten des Realdarlehns läßt sich höchstens bei dem sog. „Freundschaftsdarlehn" aufstellen. Die Theorie des Realvertrags ist vor allem deshalb in dieser Allgemeinheit zu verwerfen, weil sie jedes Darlehen als Freundschaftsdarlehn auffaßt und das gegenwärtig viel häufigere Geschäftsdarlehn — das nicht aus persönlichem Wohlwollen, sondern aus berechtigtem Verkehrseigennutze gegeben wird — völlig außer acht läßt. Verf. billigt die Ansichten von Lübbert, JheringsJ **52** 313, und erläutert seinen Standpunkt an einer Reihe praktischer Beispiele. **b)** Hoeniger aaO. 278 ff. gelangt auf Grund von Untersuchungen über die sog. „gemischten Verträge" zu dem gleichen Resultat. Er geht insofern noch weiter als Kohler, als er auch das Freundschaftsdarlehn als Konsensualvertrag aufgefaßt wissen will. Die Unbrauchbarkeit der Realvertragstheorie zeige sich besonders in Fällen, wo die Darlehnshingabe im Rahmen eines anderen Vertrags als Leistung eines Vertragsteils erscheine, z. B. als Gegenleistung für Vermietung einer Wohnung u. a. Verf. erläutert seine Ansicht an einer Anzahl von Beispielen.

II. Rechtsprechung. 1. Kontrahenten des Darlehnsvertrags. **a)** **RG.** R. **09** II Ziff. 2381. Wenn jemand im Namen und als Bevollmächtigter eines anderen ein Darlehen auszahlt, so wird der andere der Darlehnsgläubiger, auch wenn das ausgeliehene Geld aus dem Vermögen des Auszahlenden herrührt. **b)** **RG.** R. **09** II Ziff. 1471. Wer Geld auf seinen Namen bei einer Bank einzahlt, wird, auch wenn er das Geld zum Teil von einem anderen zur Einzahlung bei der Bank erhalten hat, allein Gläubiger der Bank; der andere erwirbt nur einen persönlichen Anspruch dem Einzahlenden gegenüber. **c)** **RG.** R. **09** II Ziff. 2380. Der Empfänger des Darlehens ist der Darlehnsschuldner. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß später ein Schuldschein auf einen Dritten als den Schuldner ausgestellt wird. Für den Dritten kann ein Schuldverhältnis nur im Wege der Schuldübernahme oder eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses begründet werden.

2. Gesamtschuld beim Darlehnsvertrage. **RG.** **71** 117, R. **09** II Ziff. 1861. Das Darlehen ist ein Realvertrag; die Verpflichtung zur Rückerstattung wird durch die Hingabe erzeugt. Eine Gesamtschuld auf Rückerstattung entsteht aus dem Darlehen daher nur, wenn das Darlehen mehreren Personen gemeinschaftlich gegeben worden ist.

3. Darlehen und stille Gesellschaft. OLG. **19** 390, ZAktGes. **17** 70 (KG.). Wenn jemand einem Buchhändler ein Darlehen gewährt und dafür einen festen Gewinn für jedes verkaufte Buch einer bestimmten Gattung zugesichert erhält, im übrigen aber weder Einfluß auf den Geschäftsbetrieb, noch das Recht auf Einsicht der Geschäftsbücher haben soll, so wird das Vertragsverhältnis durch die Gewinnbeteiligung nicht zu einer stillen Gesellschaft, sondern behält den Charakter eines Darlehnsverhältnisses, nur mit der Besonderheit dieser Gewinnbeteiligung (vgl. auch **RG.** **57** 175).

4. Darlehen zu Spielzwecken. Vgl. JDR. **7** § 607 I Ziff. 3. **a)** OLG. **18** 34 (KG.). Wenn bei einem gemeinschaftlichen Glücksspiel ein Spieler dem anderen nach und nach kleinere Beträge leiht in der Absicht, die zeitweilig günstige Aussicht des Spieles für sich auszunutzen und dem Mitspieler mehr abzugewinnen, als dieser bei sich hat, so verstößt eine solche eigennützige Förderung des (wenn auch erlaubten) Spieles gegen die guten Sitten, und das Darlehnsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 nichtig. Der auf Rückgabe des Darlehens verklagte Mitspieler kann sich jedoch nicht nur auf diese Vorschrift, sondern auch auf § 762 berufen, da er so, wie er gespielt hat, nicht minder auf Borg gespielt hat, als wenn er dem Gewinner den Spielverlust schuldig geblieben wäre. **b)** OLG. **18** 35 (Frankfurt). Wenn ein Verein bei

Veranstaltung eines gemeinschaftlichen Glücksspiels Spielern, die infolge Verlustes ihrer Barmittel am Weiterspielen verhindert sind, Darlehen gewährt, um ihnen die Fortsetzung des Spieles zu ermöglichen und so dem Vereine die Mittel zuzuführen, die mit Rücksicht auf ihre Höhe die wesentlichsten Vereinseinnahmen darstellen, so verstoßen solche Darlehnsgeschäfte gegen die guten Sitten und sind gemäß § 138 nichtig. **c)** Die Entscheidung JDR. **7** § 607 I Ziff. 3 b f. jetzt auch **RG. 70** 1, BankA. **8** 176.

5. Darlehen zu Bauzwecken. Vgl. JDR. **7** § 607 I Ziff. 4. **a) RG.** ZBlFG. **2** 58, R. **09** II Ziff. 1761. Wenn einem Bauunternehmer die Mittel zur Aufführung eines Baues durch Baugelder verschafft werden, die ihm ein Geldgeber gegen eine für ihn einzutragende Hypothek und entsprechend dem Fortschreiten des Baues darleiht, so ist das Verfügungsrecht des Bauunternehmers über das Baugeld beschränkt durch die Rücksicht auf das Interesse, das der Geldgeber an der ordnungsmäßigen Fortführung und Vollendung des Baues hat. **b) RG.** ZBlFG. **9** 115, R. **08** II Ziff. 2472. Mit dem Begriffe des Baugelddarlehns ist es nicht unvereinbar, daß seine Gewährung von der Einräumung einer Hypothek zu bestimmter Stelle abhängig gemacht wird; der Wille beider Vertragsteile kann trotzdem dahin gehen, daß das Darlehen lediglich zur Errichtung des Baues, nicht zur Abstoßung voreingetragener Hypotheken verwendet werde. **c)** Vgl. auch § 610 II Ziff. 1 und 2.

6. Verbindung von Darlehen und Kaution. Die Entsch. JDR. **7** § 607 I Ziff. 5 jetzt auch BayRpflZ. **08** 437, BankA. **8** 140.

7. Verbindung von Darlehen und Lieferungsvertrag. **a) RG.** GruchotsBeitr. **53** 945. Wenn bei einem Vertrage, nach dem der eine Teil dem anderen ein nach und nach rückzahlbares Darlehen gewährt, dieser dagegen seinen Bedarf an Waren bestimmter Art von jenem zu beziehen sich verpflichtet, der Bezugsverpflichtete wegen mangelhafter Lieferung zurücktritt, muß er — unbeschadet des Rechtes, seine Schadensersatzforderung aufzurechnen — das Darlehen alsbald zurückgeben. Der Einwand, daß der Darlehnsgeber den Verpflichteten, den er durch mangelhafte Lieferung geschädigt habe, nach Treu und Glauben nicht noch dadurch benachteiligen dürfe, daß er ihm den Kredit entziehe, ist nicht stichhaltig. Der Darlehnsnehmer konnte sich anderweit decken und unter Zurückweisung der schlechten Ware die nach dem Vertrage zu leistenden Teilzahlungen auf das Darlehen zurückhalten (§ 273); wenn er aber den Warenbezug endgültig einstellt, so kann ihm nicht gestattet sein, das ihm nur gegen Eingehung der Bezugsverpflichtung gewährte Darlehen weiter zu nutzen. **b)** BayObLG. **9** 294 und 601 über die Gebührenbewertung einer notariellen Urkunde, welche das Schuldanerkenntnis eines Gastwirts über ein von einem Bierbrauer gewährtes Darlehen und die Übernahme der Verpflichtung enthält, seinen Bierbedarf von dem Darlehnsgeber zu beziehen. Aus dem Charakter des Darlehnsvertrags als eines Realvertrags wird geschlossen, daß es sich um zwei durchaus selbständige Rechtsgeschäfte handelt, die einer rechtlichen Einheit entbehren und daher auch bei der Gebührenberechnung gesondert zu behandeln sind.

8. Darlehen und Schlüsselgewalt. Bezold, SeuffBl. **09** 167 (auch Augsburg aaO.). Die Aufnahme von Darlehen für Zwecke des Haushalts fällt nicht in den Bereich der Schlüsselgewalt.

III. Zu Absatz 2. 1. Änderung des Schuldgrundes. **a)** Hans. GZ. **09** Beibl. 142 (Hamburg). Bei der Umwandlung einer Verbindlichkeit in eine Darlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 ist es Auslegungsfrage, ob die Parteien das alte Schuldverhältnis durch Novation zum Erlöschen bringen oder nach Analogie der Übernahme erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2) neben dem alten Schuldverhältnis ein neues begründen wollten. Während

eine für das alte Schuldverhältnis übernommene Bürgschaft im ersteren Falle erlischt, bleibt sie im zweiten Falle bestehen. Der Bürge muß die stärkere — novierende — Wirkung der Umwandlung beweisen. b) HansGZ. **09** Beibl. 88 (Hamburg). Wenn jemand einem anderen für gelieferte Waren eine Hypothek bestellt, so ist aus dem Umstande, daß die Parteien vereinbaren, eine Darlehnshypothek eintragen zu lassen, und aus der dann erfolgten Eintragung der Hypothek als Darlehnshypothek noch nicht ohne weiteres zu schließen, daß eine Sicherungshypothek nicht in Frage steht. Denn wenn auch formell eine Novation nach § 607 Abs. 2 vorliegen mag, so entspricht doch eine derartige vereinfachende Umgestaltung des Schuldgrundes der Gepflogenheit des Grundstücksverkehrs; dazu kommt, daß notorisch auch Sicherungshypotheken (zumal wegen der Schwierigkeiten in der Zwangsversteigerung — vgl. §§ 45, 110 ZVG. —) vielfach als gewöhnliche Hypotheken eingetragen werden.

2. Aufrechnung einer Forderung aus einem pactum de mutuo dando gegen eine Geldforderung. SächsRpflA. **09** 239 (Dresden). Die Aufrechnung einer Forderung aus einem Darlehnsvorvertrage (§ 610) gegen eine Geldforderung ist unzulässig. Denn bei einer solchen Aufrechnung würden nicht nur zwei Forderungen erlöschen, sondern eine neue Forderung, nämlich diejenige aus der Gewährung des Darlehens entstehen; in Wahrheit würde also nur der Schuldgrund der Leistung des Darlehnsempfängers geändert, der die bisher aus einem anderen Schuldverhältnisse geschuldete Leistung nunmehr als Darlehen schulden würde. Eine derartige Änderung eines Schuldgrundes kann aber nicht einseitig, sondern nur mit Zustimmung des Vertragsgegners vorgenommen werden (§ 607 Abs. 2).

3. Einwendungen aus der alten Verbindlichkeit. a) **RG.** ZBlFG. **10** 58, R. **09** II Ziff. 1470. Wenn ein Grundstückseigentümer einem anderen, der auf dem Grundstücke Bauten aufgeführt hat, als Vergütung für diese Arbeiten eine Darlehnshypothek als Sicherungshypothek bestellt hat, so können, und zwar auch dem Erwerber der Hypothek gegenüber, die Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis auch dem Anspruch aus der Darlehnsschuld entgegengehalten werden. b) **RG.** JW. **09** 460, LeipzZ. **09** 776, R. **09** II Ziff. 2795. Durch Umwandlung einer Kaufpreisforderung in eine Darlehnsforderung und durch hypothekarische Eintragung der letzteren ist zwar das Zurückgehen auf das der Hypothek zugrunde liegende ursprüngliche Rechtsverhältnis nicht ausgeschlossen; doch kann der Schuldner auf eine bloß dilatorische Einrede aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse nicht mehr zurückgreifen.

4. Unzulässige Änderung des Schuldgrundes. a) Hachenburg, LeipzZ. **09** 265. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann mit ihren Gesellschaftern nicht vereinbaren, daß die Stammeinlage künftig als Darlehen geschuldet werden solle. b) Vgl. hierzu **RG.** ZAktGes. **17** 36. Die Vereinbarung, eine an eine GmbH. gezahlte Summe solle auf die rückständige Einlage eines Gesellschafters verrechnet werden, sofern der Zahlende den Geschäftsanteil dieses Gesellschafters erwerben würde, andernfalls aber als ein der Gesellschaft gewährtes 5 prozentiges Darlehen gelten, ist zulässig.

§ 609. 1. Rückgabepflicht bei Verbindung des Darlehens mit einem anderen Vertrage. Vgl. § 607 II Ziff. 7 a.

2. Beweislast (vgl. JDR. **7** § 609 III). Jost, HessRspr. **10** 7, wendet sich gegen die in **RG. 68** 305 vorgenommene verschiedenartige Verteilung der Beweislast in den Fällen der §§ 271 Abs. 1 und 609 (vgl. JDR. **7** aaO.). Auch beim Darlehen sei folgender Gedankengang möglich: § 609 stellt die gesetzliche Regel auf,

daß eine Kündigungsfrist von 1 bzw. 3 Monaten eingehalten werden muß; wenn der Schuldner eine andere bei der Darlehnshingabe erfolgte Vereinbarung behauptet, so bringt er damit keine Einrede vor, sondern er bestreitet nur, daß der Gläubiger den Inhalt des Rechtsgeschäfts vollständig angegeben hat. Jost hält es indessen für praktischer, in beiden hier fraglichen Fällen dem anderen Teile (also dem Käufer und dem Darlehnsnehmer) die Beweislast aufzubürden.

§ 610. I. Dogmatisches. Vgl. hierzu § 607 I.

II. Darlehnsvorvertrag. 1. Bestimmbarkeit der Leistung. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 828, BayRpflZ. **09** 454, R. **09** II Ziff. 1768. Ein Vertrag, durch den ein Geldgeber sich verpflichtet, dem anderen Teile zu einem Baue, dessen Art und Umfang durch Bauzeichnungen, Kostenanschläge u. a. feststeht, Baugelder entsprechend dem Fortschreiten des Baues und dem jeweiligen Bedürfnisse des Geldsuchers bis zu einem bestimmten Höchstbetrage zu geben, ist hinsichtlich der Höhe der einzelnen Darlehnsleistungen ausreichend bestimmt.

2. Kann auf Grund eines Darlehnsvorvertrags eine Hypothek bestellt werden? ElsLothJZ. **09** 633 (Colmar). Ein Baugeldvertrag, nach welchem der Baugeldgeber zur Herstellung eines Baues ein in Teilbeträgen je nach dem Fortschreiten des Baues zahlbares Darlehen zusagt und der Baugeldnehmer sich verpflichtet, den nach bestimmten Plänen herzustellenden Bau unter Verwendung der Baugelder auszuführen, begründet bis zur tatsächlichen Auszahlung der Darlehnsbeträge eine künftige oder bedingte Darlehnsforderung, für welche eine Hypothek bestellt werden kann.

3. Darlehnsversprechen auf Hypothek ein gegenseitiger Vertrag? **RG.** JW. **09** 309, R. **09** II Ziff. 2933. Es ist Tatfrage, ob beim Versprechen eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek ein gegenseitiger Vertrag vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die Darlehnshingabe wirtschaftlich als ein Kapitalgeschäft, rechtlich als Kauf einer Hypothek erscheint, wie bei Beleihungen von Grundstücken durch Bankinstitute. Dient dagegen das Darlehen wirtschaftlich den Zwecken des Empfängers — wobei ein eigenes Interesse des Darlehnsgebers an der Forderung des Empfängers sehr wohl mit im Spiele sein kann —, so stellt sich regelmäßig die Bestellung einer Hypothek als bloße Voraussetzung der Darlehensgewährung dar. Der Darlehnsgeber will hier nicht einen klagbaren Anspruch auf Bestellung der Hypothek erwerben; er will vielmehr das Darlehen nur auf der Grundlage dieser als Sicherheit bedungenen Vorableistung gewähren. Der Vertrag bleibt in diesem Flale ein einseitig verpflichtender, wie ihn § 610 im Auge hat.

III. Abtretbarkeit, Aufrechenbarkeit des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando. 1. Abtretbarkeit. a) Die Entsch. JDR. **7** § 607 I Ziff. 2 s. jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 415, JW. **09** 309. b) **RG.** ZAktGes. **17** 22. Ist das Darlehen zu einem bestimmten Zwecke versprochen, so darf die Abtretung nicht dazu führen, es diesem Zwecke zu entfremden. Soll das Darlehen zum Baue einer Elektrizitätsanlage dienen, so darf der Anspruch auf die Darlehnsgewährung an den Lieferanten der Anlage abgetreten werden.

2. Aufrechenbarkeit. Vgl. § 607 III Ziff. 2.

IV. Widerruf des Darlehnsversprechens. 1. Im allgemeinen. a) **RG.** LeipzZ. **09** 545, R. **09** II Ziff. 1675. Der Widerruf des Darlehnsversprechens kann so lange erfolgen, als das Darlehen noch nicht gegeben ist. Daran ändert auch ein Verzug des Darlehnsversprechenden nichts; ein solcher Verzug kann regelmäßig nur eine Schadensersatzpflicht begründen. Nur dann würde der Versprechende infolge des Verzugs das Recht des Widerrufs verloren haben, wenn erst die vertragswidrige Vorenthaltung des Darlehens die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse

des Empfängers herbeigeführt hätte; ein Widerruf unter solchen Umständen würde als Arglist, als Verstoß gegen Treu und Glauben im Vertragsverhältnis erscheinen. **b)** Die Entsch. JDR. **7** § 610 Ziff. 2 b jetzt auch **RG.** R. **09** II Ziff. 1674.

2. Widerruf eines Darlehnsversprechens auf Hypothek. Hilse aaO. Der Widerruf gemäß § 610 ist nicht nur dann zulässig, wenn in den persönlichen Verhältnissen des Darlehnsnehmers, sondern auch wenn in den dinglichen Verhältnissen des mit dem Darlehen zu belastenden Grundstücks eine dem Versprechenden nachteilige Änderung eingetreten ist, insbesondere also wenn dem Versprechenden infolge einer inzwischen bewirkten Mehrbelastung des Pfandgrundstücks die am Tage des Versprechens nächstoffene Stelle nicht mehr gewährt werden kann und an der nunmehr gebotenen der Rückerstattungsanspruch erheblich gefährdet wird. Wenn dem Gläubiger im § 1133 das stärkere Recht der vorzeitigen Rückforderung des Kapitals zugebilligt wird, so muß ihm unter ähnlichen Voraussetzungen auch der schwächere Widerruf des Darlehens zuerkannt werden (vgl. dagegen die Entsch. JDR. **7** § 610 Ziff. 3 a).

3. Widerruf bei Abtretung des Anspruchs auf Darlehnsgewährung. **a)** Die Ensch. JDR. **7** § 610 Ziff. 2 a f. jetzt auch Gruchots Beitr. **53** 415. **b)** **RG.** R. **09** II Ziff. 1673. Tritt bei einem Darlehnsversprechen mit Zustimmung des Versprechenden an Stelle des Versprechensempfängers ein Dritter dergestalt, daß er die Darlehnssumme erhalten und als Darlehnsschuldner an den Versprechenden zurückzahlen soll, so kommen für die Frage, ob ein Widerruf des Darlehnsversprechens zulässig ist,. lediglich die Vermögensverhältnisse des Dritten in Betracht. Als Maßstab für die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Dritten ist lediglich der Stand seines Vermögens zur Zeit seines Eintritts in den Vertrag in Rücksicht zu ziehen.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: In der Vorgruppe nimmt der Tarifvertrag wiederum den breitesten Raum ein. Die immer umfangreicher werdende Judikatur schließt sich vielfach den Ansichten Lotmars (vgl. JDR. 7 Vorbem. zu §§ 611 ff.) an; doch wird dessen Theorie von der „Unabdingbarkeit der Tarifverträge" (auch vom 29. DJT. angenommen) von der Mehrheit der Schriftsteller und gerichtlichen Entscheidungen nachdrücklich bekämpft. Daneben steht (dank dem DJT. und dem im Jahre 1909 abgehaltenen Kongr. f. gew. Rschutz) das Erfinderrecht der Angestellten im Brennpunkte des Interesses. Die Verhandlungen des Deutschen Reichstags haben die öffentliche Aufmerksamkeit auf den bisher von der Rechtsordnung nur wenig berücksichtigten Bühnenengagementsvertrag gelenkt, dessen reichsgesetzliche Regelung von vielen Seiten gefordert wird. Die Literatur behandelt im übrigen Einzelfragen, vornehmlich sozialer Natur (vgl. den Aufs. von Planck über „Das BGB. und die arbeitenden Klassen", die Ausführungen über den Akkordvertrag, das Zurückbehaltungsrecht an Lohnforderungen — eine noch immer ungeklärte Streitfrage —, das Recht des Arbeitgebers, von dem Angestellten Unterlassung von Diensten bei dritten Personen zu verlangen, u. a. m.). Hervorgehoben sei der Komm. von Friedländer zur RAO. mit seinen Untersuchungen über das Wesen des Anwaltsvertrags. Die Judikatur bringt viele Einzelentscheidungen.

Literatur: Abel, Die Tarifverträge und der DJT., GewuKfmG. **14** 137. — Auerswald, Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, GewuKfmG. **14** 166 und DJZ. **09** 630. — Bauer, Der Dienstvertrag der kaufmännischen Angestellten. Jena 1908 (im Heft 26 der Schr. f. soz. Reform). — Baum, Fortbildung des Einigungsamtswesens im Entwurf einer RVersO., GewuKfmG. **14** 384. — Boethke, Bedarf das Dienstverhältnis der Privateisenbahnbeamten der besonderen gesetzlichen Regelung? EisenbE. **25** 13. — Böhm, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden

Verhaltens, JW. **09** 9. — Braun, Die Tarifverträge und die deutschen Arbeiter. Stuttgart 1909. — Cantor, Erfinderrecht der Angestellten, ZIndR. **4** Heft 11 und 12. — Cuno, Der Dienstvertrag der technischen Angestellten in gewerblichen Betrieben. Jena 1908 (im Heft 27 der Schr. f. soz. Reform). — v. Dassel, Zum Zeugnisverweigerungsrechte der Ärzte, R. **09** 394. — Eisentraut, Widerklage wegen unerlaubter Handlungen gegenüber der Lohnforderung, GewuKfmG. **14** 348. — Erdel, Bittweise Weiterbeschäftigung des gekündigten Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **14** 275. — v. Felisch, Zum Reichstheatergesetze, DJZ. **09** 625. — Ders., Theaterrecht, R. **09** 437. — Flesch, Beschränkung der Macht zur Auflösung des Arbeitsvertrags, GewuKfmG. **14** 377. — Friedländer, Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung. München 1908. — Derselbe, Handaktenzurückbehaltungsrecht des Anwalts im Konkurse des Auftraggebers, LeipzZ. **09** 272 und 464. — Fuld, Der Dienstvertrag der Bureaubeamten der Rechtsanwälte (in Heft 27 der Schr. f. soz. Reform). — Derselbe, Rechte und Pflichten der Eisenbahnbeamten an den von ihnen gemachten Erfindungen, EisenbE. **25** Sonderheft 50. — Derselbe, Ein Reichsgesetz über den Bühnenvertrag, R. **09** 58. — Geßler, Der Tarifvertrag und der 29. DJT. SeuffBl. **09** 50. — Derselbe, Vortrag über Tarifvertrag aaO. 383. — Goldschmidt, Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Halle 1909. — Gösser, Das gewerbliche Arbeits- und Lehrverhältnis. Berlin 1909. — Gößmann, Die zivilrechtliche Haftung des Unternehmers eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs während der ersten dreizehn Wochen nach dem Betriebsunfall eines seiner Arbeiter, SeuffBl. **74** 334. — Hirschberg, Freie Wohnung der Bediensteten, JW. **09** 184. — Holländer, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens, JW. **09** 93. — Hoppe, Zur Frage eines neuen Reichstheatergesetzes, DJZ. **09** 458. — Josef, Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung, GesuR. **10** 403 ff., 453 ff. — Derselbe, Gefahrloser Zugang zum Geschäftslokal, BayRpflZ. **09** 333. — Derselbe, Freie Wohnung der Bediensteten, SeuffBl. **09** 717. — Kaiserl. Statist. Amt, Die Weiterbildung des Tarifvertrags im Deutschen Reiche, Berlin 1908. — Klein, Wann hat der zur Dienstleistung Verpflichtete Anspruch darauf, daß ihm die Leistung vom Dienstberechtigten gestattet werde? ÖstZBl. **28** 24. — Köppe, Der Arbeitstarifvertrag als Gesetzesproblem. Jena 1908. — Landsberger, Gratifikationen, GewuKfmG. **14** 305. — Lesser, Inhalt der Leistungspflicht. Breslau 1909. — Lönnies, Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, PosMSchr. **09** 38. — Mayer, Bittweise Weiterbeschäftigung des gekündigten Handlungsgehilfen, Gewu. KfmG. **14** 156. — Meyer, Kann der Student auf Zulassung zur Prüfung klagen? R. **09** 60. — Mumm, Theaterrecht, R. **09** 357. — G. Neumann, Recht der Angestellten an ihren Erfindungen, GruchotsBeitr. **53** 803. — Nissen, Handaktenzurückbehaltungsrecht des Anwalts im Konkurse des Auftraggebers, JW. **09** 98 und LeipzZ. **09** 384. — Opet in Ztschr. „Der neue Weg" Heft 4, 106 ff. und Heft 5, 126 ff. — Oesterrieth, das. Heft 1, 5 ff. — Planck, Das bürgerliche Recht und die arbeitenden Klassen, DJZ. **09** 23. — Rauter, Recht der Angestellten an ihren Erfindungen, SächsRpflA. **09** 636. — Reif, Die Konkurrenzklausel im Dienstvertrage. Jena 1908 (in Heft 26 der Schr. f. soz. Reform). — Schulich, Der Erfinderschutz technischer Privatangestellter. Jena 1908 (in Heft 27 der Schr. der Ges. f. soz. Reform). — v. Schulz, Tarifverträge und Zwangsinnungen, GewuKfmG. **15** 6. — Seelig, in Ztschr. „Der neue Weg" Heft 7, 201 ff. — Sinzheimer, Generalstreik und Tarifvertrag, GewuKfmG. **15** 49. — Steiner, Zur rechtlichen Stellung des Gutsstellmachers und Gutsschmieds in Ost- und Westpreußen, PosMSchr. **09** 152. — Stichling, Die Zeugnispflicht des Arztes gegenüber seinem Patienten, DJZ. **09** 254. — Voigt, Erfindungsschutz technischer Dienstnehmer, GewRschutz **09** 5. — Wertheimer, Das Erfinderrecht der Angestellten auf dem Stett. Kongr. f. gew. Rschutz, LeipzZ. **09** 497. — Wölbling, Ein Vorschlag zur gesetzlichen Regelung des Tarifvertrags, GewuKfmG. **14** 161. — Derselbe, Der Dienstvertrag der Techniker in Betrieben, die nicht der GewO. unterstehen. Jena 1908 (in Heft 26 der Schr. f. soz. Reform). — Derselbe, Zur rechtlichen Natur des Akkordvertrags, DJZ. **09** 1469. — Zimmermann, Hat der Patient ein Recht, vom Arzte eine spezifizierte Rechnung zu verlangen? GesuR. **10** 386. — Über das Koalitionsrecht der Arbeiter s. Lit. zur GewO.

§§ 611 ff. I. Allgemeines. Dienstvertrag des BGB. und arbeitende Klassen. Planck aaO. 23. Verf. weist auf die zahlreichen Vorschriften des Dienstvertrags hin, die im Interesse der Dienstverpflichteten (und damit im wesentlichen der arbeitenden Klassen) gegeben sind; z. B. §§ 615—619, 624. Wollte man wegen Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse bei dem Dienstvertrage von einem Klassenrechte sprechen, so würde es ein Klassenrecht zugunsten der arbeitenden Klasse sein. Auch das Koalitionsrecht sei den Arbeitern

durch das BGB. nicht genommen, wenngleich § 61 bei weiter Auslegung Bedenken gegen die Rechtsfähigkeit der Berufsvereine aufkommen lasse und eine gesetzliche Regelung der Stellung dieser Vereine wünschenswert sei. Durch § 826 sei den Arbeitern schließlich die Freiheit im Lohnkampf in ausreichender Weise gewährleistet.

II. Tarifvertrag. Vgl. JDR. **7** §§ 611 ff. 1. Inhalt, Charakter, Zweck und Parteien des Vertrags. Form des Vertrags. Volkswirtschaftliche Bedeutung der Tarifverträge. **a)** Inhalt. Geßler aaO. 383. Der Inhalt des Tarifvertrags zerfällt in einen formellen Teil (Beginn, Dauer, Kündigung und Erneuerung des Vertrags) und zwei Hauptgruppen: Arbeitsnormen und Berufsnormen. Die Arbeitsnormen regeln das Verhältnis zwischen den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitern und geben den Inhalt an, den die Arbeitsverträge selbst haben sollen (soziale Voraussetzungen, berufliche Qualitäten, Löhne, Überstunden, Akkordsätze, Betriebsnormen, Fürsorgenormen usw.). Die Berufsnormen regeln den Verkehr der Verbände unter sich, bestimmen vielfach, daß Reklamationen durch die Bureaus des Arbeitgeberverbandes und der Gewerkschaft zu erledigen sind und daß während der Dauer des Tarifvertrags Streik, Aussperrung, Boykott und Verrufserklärung ausgeschlossen sein sollen. **b)** Charakter. Geßler aaO. 384. Der Tarifvertrag ist keine Koalition (entgegen der Ansicht des RG.); denn er ist nicht eine Vereinigung nach der gleichen Richtung Interessierter, seine Kontrahenten stehen vielmehr im entgegengesetzten Interesse. Der Tarifvertrag ist auch kein Arbeitsvertrag, weil er nicht auf den Abschluß von Arbeitsverträgen gerichtet ist, sondern nur für den Fall des Abschlusses von Arbeitsverträgen Normen aufstellen will. **c)** Zweck. HansGZ. **09** Beibl. 30, GewuKfmG. **14** 261 (OG. Hamburg). Der Hauptzweck der Tarifverträge kann nach dem geltenden Rechte nur der sein, daß die Vertragsparteien, d. h. die Korporationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, bzw. ihre Vorstände, rechtlich verpflichtet sein sollen, ihrerseits mit allen zulässigen Mitteln dahin zu wirken, daß auch die Mitglieder der Korporationen die im Tarife festgelegten Arbeitsbedingungen in den von ihnen eingegangenen Arbeitsverhältnissen als gültig ansehen. Tun die Korporationen bzw. ihre Vorstände dies nicht oder veranlassen sie gar selbst die Nichtbefolgung der Tarifbestimmungen, so machen sie sich des Tarifbruchs schuldig. **d)** Träger von Rechten und Pflichten. Geßler aaO. 384. Träger von Rechten und Pflichten aus dem Tarifvertrage sind nach den sog. Vertragstheorie die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nach der Verbandstheorie nur die kontrahierenden Verbände, nach der Kumulationstheorie sowohl die einen als die anderen. Geßler hält die Verbandstheorie für die richtige. **e)** Form des Vertrags. Wölbling aaO. 161 ff. macht Vorschläge zur gesetzlichen Regelung des Tarifvertrags. Er legt einen Entwurf vor, dessen einzelne Bestimmungen er erörtert. **f)** Volkswirtschaftliche Bedeutung. Gegenüber den Zitaten in JDR. **7** §§ 611 ff. (namentlich Lotmar aaO.) seien hier einige gegnerische Stimmen angeführt. α. Schellwien, Hirths Ann. **09** 788 ff. Es besteht sowohl bei den Unternehmern wie bei den Arbeitern die Erkenntnis, daß der Tarifvertrag ein zweischneidiges Schwert ist. Für viele Industrien ist er geradezu unmöglich, da sich eine einwandfreie Form für eine kollektive Regelung nicht finden läßt (z. B. Elektrotechnik, Maschinenbau). Aber auch sonst bildet er nicht grundsätzlich einen Fortschritt. Dem Arbeitgeber, namentlich demjenigen, der für den Export arbeitet oder auf dem inländischen Markte mit der Konkurrenz des Auslandes zu rechnen hat, bindet er die Hände, da er die festgelegten hohen Lohnsätze auch dann zahlen muß, wenn die ausländischen Löhne fallen und die ausländische Konkurrenz billiger produzieren kann. Der Arbeitgeber ist zudem dem Arbeiter gegenüber insofern im Nachteil, als der Arbeiter sich jederzeit außer-

halb des Vertragsbereichs zu anderen Bedingungen Arbeit suchen kann, während er, der Arbeitgeber selbst, Arbeitskräfte nur unter den Bedingungen des Tarifs erhalten kann. Da schließlich die Löhne unter Zugrundelegung der vorhandenen technischen Einrichtungen aufgestellt sind, kann der Unternehmer die Fortschritte der Technik nicht rechtzeitig ausnutzen, sondern muß den Abschluß des Vertrags abwarten und erleidet hierdurch regelmäßig Nachteile. — Für den Arbeitnehmer bedeutet der Vertrag ein Hemmnis, günstige Lagen auszunützen; er schwächt sein Streben, da seine individuellen Fähigkeiten nicht berücksichtigt werden. Ältere Arbeiter laufen zudem leichter Gefahr, brotlos zu werden, da die Arbeitgeber die tarifmäßigen, regelmäßig hohen Löhne meist nicht zahlen wollen. — Der Tarifvertrag bedeutet kein Instrument des Friedens, sondern sichert günstigenfalls eine Zeitlang eine Art von Waffenstillstand, nach dessen Ablauf die wirtschaftlichen Kämpfe von neuem beginnen. Ein dauernder Interessenausgleich findet keinesfalls statt. β. Statistisches Amt, Weiterbildung des Tarifverträges 244 f. Die Idee des Tarifvertrags mit ihrer Nivellierung der Arbeitsbedingungen der Individuen schlägt der Idee des gerechten Lohnes, die in möglichst vollkommener Anpassung des Lohnes an die Leistung besteht, direkt ins Gesicht.

2. Verhältnis zwischen den Arbeitsnormen des Tarifvertrags und dem individuellen Arbeitsvertrage. Unabdingbarkeit des Tarifvertrags. a) Dogmatisches. Geßler aaO. 383. Zwei Ansichten: nach der Theorie der absoluten Rechtswirkung des Tarifvertrags geht der Arbeitsnormenvertrag „automatisch in den individuellen Arbeitsvertrag über"; nach der (herrschenden) Theorie der Verbandswirkung ist dagegen der tarifwidrige Einzelvertrag gültig, und eine Verletzung des Tarifvertrags begründet lediglich den Anspruch des einen Verbands gegen den anderen auf Beseitigung des vertraglichen Zustandes. b) Rechtsprechung. Vgl. auch § 612. α. HansGZ. **09** Beibl. 29, GewuKfmG. **14** 261 (GG. Hamburg), ebenso bei GewuKfmG. **14** 240 (mit umfassender Literaturangabe), **15** 36 (GG. Berlin) u. v. a. Der Abschluß eines Lohntarifvertrags zwischen einer Arbeitgeber- und einer Arbeitnehmerkorporation hat nicht die Wirkung, daß die einzelnen Mitglieder der Korporationen nicht mehr das Recht hätten, im Einzelfalle besondere, von den Tarifbestimmungen abweichende Arbeitsbedingungen miteinander ausdrücklich zu vereinbaren, und daß etwa doch getroffene Vereinbarungen solcher Art nichtig seien. Die Annahme einer solchen zwingenden Kraft der Tarifverträge läßt sich gesetzlich nicht begründen; zudem kann von einer Gefährdung des Zweckes der Tarifverträge (s. o. II Ziff. 1 c, unten β) durch einige Sondervereinbarungen nicht die Rede sein. — Allenfalls kann auf ein tarifwidriges Abkommen § 138 Abs. 2 Anwendung finden. β. AM.: GewuKfmG. **14** 173, GewA. **8** 461 (GG. Hannover). Dem Wesen und Zwecke der Tarifverträge, die dazu dienen, die Stellung der Arbeiterpartei zu verbessern und eine Verminderung der Lohnkämpfe und eine Sicherung des Wirtschaftslebens herbeizuführen, würde es widersprechen, wenn der einzelne Arbeitgeber die ihm unbequemen Tarifbestimmungen durch Einzelverträge aufheben könnte. γ. Ähnlich vertritt auch das GG. Mannheim den Grundsatz der „Unabdingbarkeit der Tarifverträge". Dieser Grundsatz soll jedoch (GewuKfmG. **15** 11) dann nicht Platz greifen, wenn der Arbeitgeber einerseits der Arbeitgebervereinigung, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat, nicht mehr angehört und andererseits seinerzeit den Tarifvertrag nicht speziell unterschriftlich anerkannt hat. c) Vorschläge zur Gesetzgebung. Geßler aaO. 383 und SeuffBl. **09** 50 ff. hält die gesetzliche Einführung der Unabdingbarkeit des Tarifvertrags, wie sie der 29. DJT. (vgl. JDR. **7** §§ 611 ff., III Ziff. 1 c) befürwortet hat, nicht für empfehlenswert. An gesetzgeberischen Maßnahmen wünscht er nur: Rechtsfähigkeit der Berufsvereine, Schaffung

eines Tarif- und Schiedsamts für die Nationaltarifverträge, Einführung der Berufung gegen die Schiedssprüche in Anbetracht des meist hohen Streitwerts, Beseitigung der §§ 152, 153 GewO. **d)** Bruch des Tarifvertrags. α. Hans. GZ. **09** Beibl. 29, GewuKfmG. **14** 261 (GG. Hamburg). Auf ein tarifwidriges Verhalten kann § 138 Abs. 2 Anwendung finden. β. Geßler aaO. 50 ff. Strafrechtlich ist dem Tarifbruch als einer Art des unlauteren Wettbewerbs beizukommen. γ. S. auch unten 3 a α. **e)** In R. **09** 135 wird ein nordamerikanisches Urteil über die rechtliche Wirkung der Tarifverträge mitgeteilt (eine Bindung des einzelnen Arbeiters durch den Tarifvertrag wird verneint).

3. Zulässigkeit einseitiger Maßnahmen während der Geltungsdauer des Tarifvertrags. **a)** Tarifvertrag und Generalstreik. α. Sinzheimer, GewuKfmG. **15** 49 ff. Die Beteiligung an einem Generalstreike seitens einer Arbeitnehmerorganisation, welche einen Arbeitstarifvertrag abgeschlossen hat, während des Bestehens dieses Tarifvertrags bedeutet dann keinen Tarifbruch, wenn die Arbeitsniederlegung in gar keiner Beziehung zu dem fraglichen Tarife steht, sondern allgemeine Interessen sozialer oder politischer Natur, Existenzfragen der Klasse, im Wege des Generalstreiks durchgesetzt werden sollen. β. AM. das Statistische Amt in „Die Weiterbildung des Tarifvertrags im Deutschen Reiche" 244 f. Die normale Absicht des Tarifvertrags ist der Ausschluß jedes Streiks zwischen den Tarifparteien. **b)** Obligatorischer Arbeitsnachweis. GewuKfmG. **15** 3 (GG. München). Während der Dauer eines Tarifvertrags ist die Neueinführung aller einseitigen Zwangsmaßregeln unzulässig, insbesondere auch die Einrichtung eines obligatorischen Arbeitsnachweises seitens der Arbeitgeber.

4. Einzelheiten. **a)** Tarifverträge und Zwangsinnungen v. Schulz, GewuKfmG. **15** 6. Auch Zwangsinnungen sind befugt, Tarifverträge abzuschließen (entgegen einem auf § 100 q GewO. gestützten Erlasse des Regierungspräsidenten in Düsseldorf). **b)** Geltungsgebiet. α. GewuKfmG. **14** 361 (GG. Augsburg). Ein für das gesamte Baugewerbe eines Bezirkes abgeschlossener Tarifvertrag gilt i. Zw. auch für Tiefbauunternehmungen. β. GewuKfmG. **14** 338 (GG. Berlin). Die Bestimmungen eines Tarifvertrags gelten ohne besondere Abrede nicht für Angehörige eines anderen Gewerbes, die von einer dem Tarifvertrag unterstehenden Firma angenommen werden. γ. GewuKfmG. **14** 361 (GG. Augsburg). Die Bestimmungen von Tarifverträgen gelten als ortsübliche Arbeitsbedingungen für das ganze betreffende Gewerbe, wenn die Mehrzahl der Arbeitgeber und Arbeitnehmer des fraglichen Bezirkes sich dem Tarifvertrag unterworfen haben. Der einzelne Arbeitgeber kann zwar durch Sonderbestimmungen die Wirksamkeit des Tarifvertrags außer Kraft setzen; schließt er aber solche Sondervereinbarungen nicht, so ist auf die tarifmäßigen Bestimmungen zurückzugreifen. δ. GewuKfmG. **14** 244, GewA. **09** 657 (GG. Rathenow). Ein zu einem Tarifverbande gehöriger Arbeitgeber, der mit einem zu dem gleichen Verbande gehörenden Arbeiter einen Vertrag mit den tarifmäßigen Lohnsätzen abschließt, muß, wenn er — was ihm freisteht — einzelne Bestimmungen des Tarifvertrags auf den Einzelvertrag nicht gelten lassen will, dies dem Arbeiter ausdrücklich mitteilen, widrigenfalls der Einzelvertrag auch insoweit tarifmäßig geschlossen gilt. **c)** Auslegung eines Tarifvertrags. GewuKfmG. **14** 242 (GG. Berlin). Bei Auslegung eines Tarifvertrags ist zunächst zu ermitteln, welche Ansicht die Parteien beim Vertragsschluß über seine Bedeutung gehabt haben; läßt sich diese nicht feststellen, so wird die Ansicht des Gewerbegerichts in Frage kommen, das den Vertragsschluß vermittelt hat, wenngleich diese Ansicht für das erkennende Gericht nicht maßgebend sein kann. Voraussetzung ist freilich, daß die genannte Ansicht den Grundsätzen des Tarifvertragsrechts nicht widerspricht. **d)** Berücksichtigung des Tarif-

vertrags im Prozesse. GewuKfmG. **15** 36 (GG. Berlin). Ein Tarifvertrag darf im Prozesse nicht berücksichtigt werden, wenn sich die Parteien nicht darauf berufen. **e)** Tarifbestimmungen nach Beendigung des Vertrags. GewuKfmG. **14** 285, GewA. **8** 655 (GG. Mannheim). Die Bestimmungen eines Tarifvertrags, die einem unter seiner Herrschaft geschlossenen Arbeitsvertrage zugrunde gelegt worden sind, gelten auch nach Auflösung des Tarifvertrags für den Einzelvertrag weiter. Freilich gelten sie nicht als tarifmäßige Bestimmungen, sondern weil sie Bestandteile des Einzelvertrags geworden sind.

§ 611. I. Abgrenzung von anderen Rechtsverhältnissen und Allgemeines. 1. Dienstvertrag, Kauf und Miete. Josef, Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung, GesuR. **10** 403 ff., 453 ff. Der sog. „Pensionsvertrag" ist ein aus den obigen Vertragsformen gemischter, aber einheitlicher Vertrag. Aus der Einheitlichkeit folgt, daß auf den gesamten Vertrag (je nach der Rechtsnatur der einzelnen Vorschrift oder dem ausgesprochenen oder mutmaßlichen Vertragswillen der Parteien) Vorschriften aus je einer dieser Vertragsformen zur Anwendung gelangen. Insbesondere wirken Mängel der Erfüllung eines Vertragsbestandteils auf den ganzen Vertrag.

2. Dienstvertrag und Miete. **a)** SchlHolstAnz. **08** 326 (Kiel). Ein Vertrag über die Überlassung eines Fuhrwerkes ist, auch soweit die Dienste des Kutschers in Betracht kommen, kein Dienstvertrag, sondern Miete. **b)** SchlHolstAnz. **09** 300 (Kiel). Die Überlassung einer Schute zum Gebrauche gegen Entgelt (z. B. für den Transport von Kies) ist nicht als Dienstvertrag, sondern als Mietvertrag anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn sich einige Mann der Besatzung auf der Schute befinden.

3. Dienstvertrag und Werkvertrag. **a)** Lesser, Inhalt der Leistungspflicht 86 ff., vgl. unten § 631 I Ziff. 1. **b)** SchlHolstAnz. **09** 261 (Kiel). Ein Frachtvertrag ist begrifflich als Werkvertrag, nicht als Dienstvertrag anzusehen. **c)** **RG.** R. **09** II Ziff. 3755. Wenn der Leiter einer Musikerkapelle einem Theaterdirektor die Kapelle zu den Theaterabenden gegen Entgelt zum Musizieren unter einem von dem Theaterdirektor zu stellenden Kapellmeister zur Verfügung stellt, so liegt ein Dienstvertrag, kein Werkvertrag vor. **d)** PosMSchr. **09** 12 (Posen). Wenn ein zur Herstellung einer bestimmten Menge von Ziegeln engagierter Ziegelmeister Vergütung nach Zeit erhält und den Weisungen seines Arbeitgebers zu folgen verpflichtet ist, so liegt kein Werk-, sondern ein Dienstvertrag vor. **e)** Ein Vertrag über sog. „Gesundbeten" ist kein Dienst-, sondern Werkvertrag. Vgl. § 631 IV Ziff. 10. **f)** SächsOLG. **30** 122 (Dresden). Die Tätigkeit eines Bücherrevisors kann bald als Leistung von Diensten, bald als Ausführung eines Werkvertrags anzusehen sein. Soll er nach Lage der Sache Bücher führen, sie in bestimmten Zeitabschnitten prüfen, Revisionsberichte anfertigen, Generalversammlungen beiwohnen u. ä., so liegen die Voraussetzungen eines Dienstvertrags vor; ein Werkvertrag ist dagegen gegeben, wenn ihm lediglich obliegt, äußerlich abgeschlossene Bücher auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu prüfen, Fehler zu beseitigen und die Ordnungsmäßigkeit zu bescheinigen. **g)** SächsRpflA. **09** 526 (Dresden). Ein Vertrag, durch den ein Kaufmann seine außenstehenden Forderungen an den Inhaber eines Inkassobureaus zu dem Zwecke abtritt, damit dieser davon die Gläubiger des Abtretenden befriedige und sie zum Verzicht auf einen Teil ihrer Forderungen bewege, stellt sich — je nachdem es den Parteien auf die Herbeiführung des genannten Erfolges oder auf Leistung von Diensten zur Herbeiführung des Erfolges ankommt — als ein (auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter) Werk- oder Dienstvertrag dar. Vgl. hierzu unten III Ziff. 3 a und § 627 Ziff. 1 b. **h)** Über den Akkordvertrag s. u. Ziff. 10.

4. Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag. Der bayerische sog. Pfandvermittelungsvertrag ist kein Dienst- oder Mäklervertrag, sondern Werkvertrag; vgl. § 631 III Ziff. 6.

5. Dienstvertrag und Frachtvertrag. SchlHolstAnz. **09** 261 (Kiel). Ob ein Frachtvertrag und nicht ein Vertrag über Leistung von Diensten vorliegt, hängt davon ab, ob der Unternehmer seine wirtschaftliche Selbständigkeit behalten hat oder nicht.

6. Zivil- und handelsrechtlicher Dienstvertrag. a) GewuKfmG. **14** 317 (LG. Mainz). Ein in einem Handelsgewerbe angestellter „Registrator", dessen Tätigkeit darin besteht, die abgehenden Briefe der Handelsfirma mit der Kopiermaschine zu kopieren und die Kopien dieser Briefe sowie die eingehenden Briefe zu ordnen, ist nicht Handlungsgehilfe. b) GewuKfmG. **15** 18 (LG. Zwickau). Ein Zeitungsredakteur leistet keine kaufmännischen, sondern literarische Dienste; er ist daher kein Handlungsgehilfe, sondern untersteht den Vorschriften des BGB.

7. Zivil- und gewerberechtlicher Dienstvertrag. GewuKfmG. **15** 40 (GG. Offenbach a. M.). Der Wagenführer einer elektrischen Straßenbahn unterliegt, da solche Bahnen zu den Eisenbahnunternehmungen des § 6 GewO. gehören, nicht der Gewerbeordnung, sondern dem BGB.

8. Zivilrechtlicher Dienstvertrag und Vertrag des landwirtschaftlichen Arbeiters und Gesindes. a) PosMSchr. **09** 83 (Königsberg). Ein Gutsstellmacher ist nicht als „Instmann" anzusehen, wenn seine Hauptdiensttätigkeit auf Ausübung eines Handwerks, nicht auf Verrichtung der vorkommenden landwirtschaftlichen gemeinen Dienste gerichtet ist. Seine Entschädigungsforderungen wegen ungerechtfertigter Dienstentlassung unterliegen daher im ganzen Umfange der Entscheidung des ordentlichen Richters, ohne daß die in der GesO. und der KabO. vom 8. August 1837 vorgesehene polizeiliche Vermittelung nachgesucht werden müßte. b) AM. Steiner, PosMSchr. **09** 152. Der Begriff des Instmanns ist aus § 2 c G. betr. die Verl. des Dienstpfl. des Gesindes usw. vom 24. April 1854 zu entnehmen. Hiernach aber gehört der Gutsstellmacher zu den Instleuten. Denn einerseits bezieht er freie Wohnung auf dem Gute sowie einen im voraus bestimmten Lohn, andererseits dienen auch seine rein handwerksmäßigen Dienste — wenn auch nur mittelbar — der Bewirtschaftung des Gutes. c) **RG.** R. **09** 411. Eine Hausnäherin ist kein Gesinde. Ob sie während ihrer Hausnäharbeiten Unterhalt von der Arbeitgeberin erhält, ist unerheblich.

9. Dienstvertrag und „Dienstverhältnis" im Sinne des Preuß. Stempelsteuergesetzes. **RG. 71** 334 ff., JW. **09** 479. Nicht jeder Dienstvertrag begründet ein „Dienstverhältnis" im Sinne der Ermäßigungsvorschrift des Abs. 2 der Tarifst. 73 PrStempStG. Zur Anwendung dieser Bestimmung ist ein Dienstverhältnis von längerer Dauer erforderlich, bei dem der Dienstverpflichtete in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zum Berechtigten steht, ohne daß eine sozial geringere Stellung erfordert würde (angenommen beim Hausverwalter gegenüber dem Hauseigentümer).

10. Insbesondere: Akkordvertrag. Vgl. JDR. **7** § 611 I Ziff. 4. a) Im allgemeinen (Dienstvertrag? Werkvertrag?). α. Wölbling, DJZ. **09** 1469 ff., bespricht das Wesen des Akkordvertrags und erörtert die Frage, ob das BGB. den Akkordvertrag regele. Er gelangt dabei zu folgendem Ergebnisse: Der Gesetzgeber hat den Akkordvertrag nicht regeln wollen; deshalb ist es nicht erforderlich, diesen in die gesetzlichen Schemata des Dienst- oder Werkvertrags hineinzupressen, die für ihn nicht geschaffen oder doch nur sehr unzureichend sind. Gleichwohl ist der Akkordvertrag nicht der freien Rechtsfindung ausgeliefert, sondern unterliegt den allgemeinen Vorschriften des BGB. — Würde man dagegen annehmen,

der Gesetzgeber habe den Akkordvertrag regeln wollen, so würde (entgegen der herrschenden Meinung) der Vertragstypus des Werkvertrags dem des Dienstvertrags vorzuziehen sein. Die Teilung Lotmars (vgl. JDR. 7 aaO.: der im Geschäftsbetriebe des Arbeitgebers geschlossene Akkordvertrag sei Dienstvertrag, jeder andere Werkvertrag) dürfte dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechen. β. SeuffBl. **09** 363 (München). Ein Vertrag, in dem mehrere Arbeiter einem Baumeister gegenüber die Herstellung von Verputzarbeiten an einem Hause übernehmen, ist trotz seiner Bezeichnung „Akkordvertrag" unter Umständen kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag. Für die Annahme der letzteren Vertragsform sprechen folgende Gesichtspunkte: Festsetzung eines Stundenlohns neben dem Werklohne; Belastung des Baumeisters mit der Versicherung für die Arbeiter und mit der Gefahrtragung für die Arbeiten; der Umstand, daß der Arbeitgeber die Arbeiten nicht selbst konsumiert, sondern mittels ihrer ein Gewerbe betreibt. Der § 133 kommt auch für Auslegung von Verträgen in Betracht. **b)** Akkordabrede innerhalb eines Dienstvertrags. GewuKfmG. **14** 288 (GG. Posen). Wenn ein Arbeitgeber einem zunächst auf Tagelohn beschäftigten Arbeiter später Arbeiten im Akkord überträgt, so bedeutet diese Akkordabrede keinen Werkvertrag, sondern eine auf veränderte Festsetzung der Lohnhöhe gerichtete Nebenberedung des Dienstvertrags. **c)** Rechtliche Bedeutung des einzelnen Akkordabkommens innerhalb eines Akkordvertrags. Gew. uKfmG. **14** 218 (GG. Charlottenburg). Wenn auch der Akkordvertrag als Dienstvertrag anzusehen ist, so hat doch jedes einzelne Akkordabkommen innerhalb des Dienstvertrags eine derartige Selbständigkeit, daß, wenn der Arbeitnehmer den Akkord ausgeführt und der Arbeitgeber ihn abgenommen und bezahlt hat, die gegenseitigen Rechtsbeziehungen aus diesem Akkordabkommen beendet und ihre Ansprüche hieraus erloschen sind. Der Arbeitgeber kann daher den zuviel gezahlten Lohn für einen früheren Akkord dem Arbeitnehmer nicht auf einen späteren Akkord anrechnen.

11. Notar (vgl. auch unten IV Ziff. 5, 6). **a)** OLG. **18** 98 (Colmar). Das Rechtsverhältnis zwischen dem Notar und demjenigen, der seine Tätigkeit beansprucht, stellt sich als Dienstvertrag dar. Bei einem zu beurkundenden Vertrage sind Auftraggeber die beiden Vertragsparteien, da die Wahl des Notars auf ihrer Vereinbarung beruht. **b)** RheinA. **106** 57 (Düsseldorf). Der Notar haftet bei Übernahme der nicht zu seinen Amtsgeschäften gehörigen Geschäfte für etwaigen Schaden infolge mangelhafter Ausführung nicht nach § 839, sondern aus dem Vertrag.

12. Gerichtsvollzieheramt (vgl. auch unten IV Ziff. 7). HansGZ. **09** Beibl. 83 (Hamburg). Der Versteigerungsauftrag einer Privatperson an das Hamburger Gerichtsvollzieheramt begründet zwischen dem Amte und dem Auftraggeber ein privatrechtliches Dienstverhältnis aus §§ 611, 675.

13. Rechtsanwalt. Friedländer, Kommentar zur RAO. Exkurs vor § 30 (100 ff.). Die Tätigkeit des Anwalts seinem Klienten gegenüber kann von verschiedenster Art sein. Zwei Hauptgruppen lassen sich trennen: Als wichtigster Teil der Anwaltsgeschäfte kommt die Führung von Rechtssachen in Betracht (Vertretung vor Gerichten usw., insbesondere Prozeßführung, außergerichtliche Beistandleistung, Vertretung gegenüber Dritten, Vermögensverwaltung für andere); eine zweite Gruppe von Geschäften umfaßt die ausschließliche Raterteilung in konkreten Fällen (Konsultation), Fertigung von Gutachten, Verträgen, Testamenten usw., also die Leistung gewisser fest umgrenzter Tätigkeitsresultate. Aus dieser Verschiedenheit der Anwaltsgeschäfte ergibt sich, daß die Frage nach der Rechtsnatur des Anwaltsvertrags nicht einheitlich beantwortet werden kann. In Betracht können kommen der Dienstvertrag und Werkvertrag des BGB. Allein bei näherer Untersuchung ergibt sich, daß zwar eine Verwandtschaft zwischen dem Anwaltsvertrag

und jenen Kontraktsformen gegeben ist, daß es aber zu unannehmbaren Konsequenzen führen würde, wenn alle Fragen nach den für diese Rechtsnormen gegebenen Rechtssätzen gelöst werden sollten. Beispiele: Der Anwalt als Syndikus eines Unternehmens wird schwerlich ein Zeugnis gemäß § 630 begehren können; der Anwalt, der es übernommen hat, über eine Frage in bestimmtem Sinne ein Rechtsgutachten zu verfassen, kann nicht auf Lieferung dieses Werkes verklagt werden, wenn er seine Rechtsanschauung nachträglich ändert. Aus alledem ergibt sich, daß der Anwaltsvertrag als pactum sui generis, und zwar — je nach Lage des Falles — als modifizierter Dienstvertrag oder modifizierter Werkvertrag anzusehen ist. (Ähnlich Lotmar aaO. **1** 315 ff., Staudinger, BGB. Schuldverh. 382, Kuhlenbeck, JW. **04** 595.) Im Zweifel wird die erstere Kategorie anzunehmen sein (vgl. Dernburg, BGB. **2** Abt. 2, 492).

14. Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. DJZ. **09** 481 (Hamm). Wenn auch die Stellung des Aufsichtsratsmitglieds zur Gesellschaft insofern von der des Vorstandsmitglieds verschieden ist, als sie ihn nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Gesellschaft bringt und regelmäßig nur eine Nebenbeschäftigung für ihn bedeutet, so besteht doch auch für die Aufsichtsratsmitglieder ein Dienstvertrag mit dem Gegenstand einer Geschäftsbesorgung (§§ 611, 675); alle Einzelverpflichtungen sind nur der Ausfluß dieser einheitlichen Dienstpflicht. — Die Entsch. wird (aaO.) von Bondi angegriffen.

15. Agenturvertrag (vgl. JDR. **7** § 611 II Ziff. 3 und unten IV Ziff. 9). **a)** Im allgemeinen. **RG.** RheinA. **160** 254, LeipzZ. **09** 551. Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag. Da aber der Agent im Gegensatze zu anderen Dienstnehmern ein selbständiger Gewerbetreibender ist, der regelmäßig die Gefahr ergebnisloser Bemühungen trägt, ist der Agenturvertrag, auch soweit die Sondervorschriften des HGB. nicht Platz greifen, in vielen Beziehungen anders zu beurteilen als der gewöhnliche Dienstvertrag; dies gilt namentlich hinsichtlich der Kündigung. **b)** Agent oder Angestellter? α. OLG. **19** 17, R. **09** II Ziff. 2520, (München). Ein Reisender, der seine Geschäfte, frei wie es ihm beliebt, ohne Unterordnung unter den Willen des Prinzipals, mit Hilfe eines von ihm bezahlten Unterreisenden betreibt, seine Reisekosten selbst bestreitet und nur Provision nach Maßgabe der ausgeführten Bestellungen erhält, auch für den Eingang der Zahlungen haftet, ist nicht Angestellter, sondern Agent. β. OLG. **19** 300, R. **09** II Ziff. 3849 (Kiel). Wer nur Provision und Reisespesen, kein Gehalt bezieht, einen bestimmten Bezirk zur Vertretung zugewiesen erhält, in dem er Untervertreter beschäftigen und durch Vermittler abschließen kann, ist nicht Angestellter, sondern Agent, auch wenn er seine ganze Zeit der einen Firma widmen und sich jederzeit eine Prüfung seiner Geschäftsführung gefallen lassen muß.

16. Ist der Auskunftsvertrag ein Dienstvertrag? Vgl. § 635 I Ziff. 2 b.

17. Privatdienstvertrag und öffentliches Recht. **a) RG.** GruchotsBeitr. **53** 1075, R. **09** II Ziff. 2173. Durch die Immatrikulation eines Studierenden an einer Universität oder technischen Hochschule kommt ein privatrechtlicher (Dienst- oder Werk-) Vertrag nicht zustande. Denn die Universitäten usw. gehören zu denjenigen öffentlichen Anstalten, mit denen der Staat seine Pflicht erfüllt, für die geistigen Interessen der Staatsbürger zu sorgen. Sie sind ein Teil der öffentlichen Verwaltung; ihre Beziehungen zu den Studierenden regeln sich nach den Normen über öffentliche Anstaltsnutzung. Der Studierende kann daher nicht im ordentlichen Rechtsweg auf Zulassung zur Prüfung oder auf Schadensersatz wegen verweigerter Zulassung klagen. **b)** Dazu Meyer, R. **09** 60 ff. Ebenso wie durch die Aufnahme, die (der Anstellung des Staatsbeamten vergleichbar) eine

Art Gewaltverhältnis der Lehranstalt über den Studierenden schafft, wird durch die Belegung von Unterrichtsfächern ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen. Der Staat ist lediglich öffentlich-rechtlich verpflichtet, dem Studierenden Unterricht zu erteilen, der Studierende, ihn zu nehmen. Einen privatrechtlichen Anspruch auf Gewährung des Unterrichts, wie er gegen den Inhaber einer Privatlehranstalt aus dem Dienstvertrag erhoben werden könnte, hat der Studierende daher nicht. **c**) GewuKfmG. **14** 176 (GG. Geestemünde). Ein von einer Kirchengemeinde angestellter Friedhofsgärtner hat lediglich Pflichten des Kirchendienstes, also öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zu erfüllen.

18. Sonstige, mit dem Dienstvertrage zusammenhängende Fragen allgemeiner Natur. **a**) Einfluß des Dienstvertrags auf den Wohnsitz des Bediensteten. BayObLG. **9** 359. Dadurch, daß jemand außerhalb seines Wohnsitzes in ein Dienstverhältnis tritt, begründet er dort nicht ohne weiteres einen neuen Wohnsitz; es muß im Zweifel angenommen werden, daß, wer außerhalb seines Wohnsitzes in ein Dienstverhältnis tritt, sich am Dienstorte nicht ständig, sondern nur für so lange niederlassen will, als er dort in einem Dienstverhältnisse bleibt. **b**) Verträge des Vormundes über Dienstleistungen des Mündels. PosMSchr. **09** 78 (Königsberg). Der Vormund kann Dienstverträge für sein Mündel nicht mit sich selbst abschließen, sondern es muß ein Pfleger bestellt werden (§ 1909). § 113 steht nicht entgegen, da diese Vorschrift einen Ausfluß der Vertretungsmacht des Vormundes darstellt und da eine Grenze findet, wo — wie im vorliegenden Falle — die Vertretungsmacht des Vormundes selbst ihre Schranke hat (§ 1795).

II. Zustandekommen und Parteien des Dienstvertrags. Zulässigkeit bestimmter Vertragsabreden. 1. Zustandekommen eines Dienstvertrags. ElsLothJZ. **09** 120 (Colmar). Die Festsetzung einer Vergütung gehört zum wesentlichen Inhalt eines Dienstvertrags; daher muß der Verpflichtete behaupten und beweisen, daß ausdrücklich ein bestimmter Preis oder stillschweigend die übliche oder taxmäßige Vergütung vereinbart worden sei.

2. Nichtvorliegen eines Dienstvertrags. **a**) SchlHolstAnz. **09** 312 (Kiel). Wenn einem Unternehmer, dem von einer Behörde größere Lieferungen übertragen worden sind, das zur Beschaffung der Lieferung erforderliche Geld von Dritten mit der Abrede hergegeben wird, daß von den seitens der Behörde geleisteten Zahlungen dem Unternehmer ein bestimmter Betrag wöchentlich zur Bestreitung seines Unterhalts ausgezahlt werden solle und der Anspruch im übrigen den Geldgebern abgetreten werde, so tritt dadurch der Unternehmer weder zu der Behörde noch zu den Geldgebern in ein Arbeits- oder Dienstverhältnis. **b**) SeuffBl. **09** 566 (Bamberg). Wenn der Besitzer einer Dreschmaschine diese einzelnen Landwirten zum Dreschen übergibt und diese die hierzu erforderlichen Arbeiter stellen, so schließt er mit den Arbeitern kein Dienstvertragsverhältnis über Versorgung der Maschine ab. Wird ein Arbeiter durch die Maschine verletzt, so haftet der Besitzer, wenn ihn ein Verschulden trifft, nicht aus Vertrag, sondern aus unerlaubter Handlung.

3. Anfechtung wegen Irrtums. OLG. **18** 37 (Dresden). Auch bei Dienstverträgen kann § 119 Abs. 2 zur Anwendung kommen; doch nötigt schon der Umstand, daß regelmäßig eine Kündigungsfrist eingehalten werden soll, dazu, besonders strenge Anforderungen an den Irrtum zu stellen, da sonst das Recht auf beiderseitige Einhaltung einer Kündigungsfrist leicht bedeutungslos werden würde. Jedenfalls ist § 119 Abs. 2 nicht schon dann anwendbar, wenn die von dem Dienstherrn bei dem Verpflichteten vorausgesetzten Eigenschaften nicht in dem weitgehenden Maße vorhanden sind, in welchem sie der Dienstherr erwartete.

4. Dienstpflichtiger oder selbständiger Unternehmer?

GewuKfmG. **14** 196 (LG. Chemnitz). Der Bierausgeber, der „das Bier auf Rechnung hat", ist kein selbständiger Unternehmer, sondern Angestellter.

5. Dienstpflichtiger oder Kaufmann? GewuKfmG. **15** 43 (KfmG. Leipzig). Ein Verlagsbuchhändler, der als Kassierer eines Mietervereins eine Ausstellung veranstaltet und einen von dem Vereine gemieteten Saal an Interessenten weiter vermieten soll, ist in dieser Eigenschaft kein Kaufmann, sondern steht zu dem Verein in einem Zivil-Dienst- und Mäklerverhältnis im Sinne von §§ 611, 652 BGB.

6. Vertragskontrahenten. Gesichtspunkt der Versicherungspflicht. **a)** GewuKfmG. **14** 192 u. 367 (GG. Hamburg). Ein zwischen einem unselbständigen Polier und einem Bauunternehmer abgeschlossener Akkordvertrag über Ausführung von Putzarbeiten darf den von dem Polier angenommenen Arbeitern gegenüber nach Treu und Glauben nicht so ausgelegt werden, als ob der Polier die Ausführung der Arbeiten auf eigenes und alleiniges Risiko selbständig übernommen hätte und die Arbeiter ihn als ihren Arbeitgeber anzusehen und von ihm ihre Löhne zu erhalten hätten; zur Lohnzahlung ist vielmehr allein der wirtschaftlich selbständige Unternehmer verpflichtet. **b)** GewuKfmG. **14** 243 (GG. München). Der Oberkellner, der die Bezahlung eines zweiten Kellners aus seinem Lohne und seinen Trinkgeldern übernommen hat, ist gleichwohl diesem gegenüber nicht Arbeitgeber und daher auch nicht zur Zahlung von Krankenkassenbeiträgen verpflichtet. **c)** PosMSchr. **09** 42 (Posen). Wenn ein Ziegelmeister, der mit dem Ziegeleibesitzer in einem Werkvertragsverhältnisse steht, die Ziegeleiarbeiten in eigenem Namen angenommen hat, so ist er — obgleich nach zivilistischen Begriffen der Dienstherr der Arbeiter — doch nicht verpflichtet, Versicherungsbeiträge für sie zu zahlen. Die Versicherungspflicht liegt vielmehr demjenigen ob, in dessen gewerblichem Betriebe der Lohn gezahlt wird und der in wirtschaftlichem Sinne der Unternehmer des Betriebs und damit der Dienstherr der Arbeiter ist. Der Ziegelmeister verfügt aber über die Kräfte der angenommenen Arbeiter nicht für sich, sondern für den Betrieb des Besitzers und gibt den in seinem Akkorde steckenden Arbeitslohn wirtschaftlich nur an diese weiter.

7. Zulässigkeit bestimmter Vertragsabreden. **a)** SchlHolst. Anz. **09** 108 (Kiel) (vgl. JDR. **7** § 611 IV Ziff. 8). Ein Vertrag, durch den sich ein Geschäftsinhaber von seinem Angestellten versprechen läßt, daß dieser für alle Fehlbeträge in der Kasse und im Warenbestand aufzukommen habe, verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. (Vgl. dazu ZAktGes. **17** 25 [Aufs.]: Das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft, das mit der Kassenführung beauftragt ist, muß für einen Fehlbetrag in der Kasse aufkommen.) **b) RG.** GruchotsBeitr. **53** 683, SeuffBl. **09** 309, ZAktGes. **17** 121. Wenn ein Angestellter seinem Prinzipale besonders wertvolle Dienste leistet und dafür eine Sondervergütung erhält, so liegt darin nach der Verkehrsauffassung nichts Anstößiges, auch wenn der Angestellte schon nach dem Dienstvertrage für das darin zugesicherte Gehalt zur Leistung jener Dienste verpflichtet war. Etwas anderes ist es aber, wenn der Angestellte die Leistung solcher Dienste von einer Sondervergütung abhängig macht und die Pflichterfüllung verweigert, bis ihm ein besonderer Vermögensvorteil versprochen wird. Die Vereinbarung einer solchen Vergütung verstößt gegen die guten Sitten und ist nach § 138 Abs. 1 nichtig.

III. Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag im allgemeinen. 1. Welches Recht ist maßgebend? HansGZ. **09** Hptbl. 248 (Hamburg). Für die Rechte und Pflichten eines im Auslande wohnenden Agenten ist nicht ohne weiteres der inländische Sitz des Geschäftsherrn, sondern das Recht des Erfüllungsorts, d. h. desjenigen Ortes maßgebend, wo der Agent seine Tätigkeit entfalten soll.

2. Unterlassung anderweiter Dienste. Vgl. JDR. **6** § 611 Ziff. 4 d und **7** § 611 III Ziff. 1, namentlich die Entsch. **RG. 67** 4 und die gegenteiligen Ausführungen von Fuchs, JDR. **7** aaO. a) Böhm, JW. **09** 9, hält die Gründe von Fuchs gegenüber der genannten Entscheidung nicht für durchgreifend; er warnt im übrigen vor Verallgemeinerungen, da Streitigkeiten, bei denen die Begriffe „Treu und Glauben", „gute Sitten" nicht unwesentlich mitsprächen, nur von Fall zu Fall entschieden werden könnten. **b)** Holländer, JW. **09** 93 ff., bekämpft gleichfalls die Fuchsschen Ausführungen; er hält die erwähnte Entsch. für praktisch und dem Rechtsgefühl entsprechend. **c)** Übereinst. mit jener Entsch. jetzt auch GG. Chemnitz in GewuKfmG. **14** 336, unter Übertragung der dort für Handlungsgehilfen aufgestellten Grundsätze auf Gewerbegehilfen.

3. Hat der Verpflichtete einen Anspruch auf Annahme der Dienste? (vgl. JDR. **7** § 611 III Ziff. 2). **a)** SächsRpflA. **09** 526 (Dresden). Soweit nicht etwas Gegenteiliges verabredet ist, hat der Dienstverpflichtete gegenüber dem Berechtigten keinen Anspruch auf Annahme der Dienste. Erklärt der Berechtigte, daß er auf die Dienstleistung verzichte, so muß der Verpflichtete alles, was ihm zur Ausführung der Dienste übergeben worden ist und was er bei einer Geschäftsbesorgung (§ 675) erlangt hat, herausgeben (§ 667). Danach kann ein Kaufmann, der seine außenstehenden Forderungen an den Inhaber eines Inkassobureaus abgetreten hat, damit dieser die Gläubiger des Abtretenden befriedige (vgl. oben I Ziff. 3 g), die Abtretungserklärung jederzeit mit der Wirkung widerrufen, daß der Inhaber zur Rückzahlung der ihm abgetretenen Forderungen und zur Aushändigung des eingezogenen Geldes verpflichtet ist. (Abweichend — auf der Grundlage des § 627 — das Obergericht Tsingtau in DJZ. **09** 91, vgl. unten § 627 Ziff. 1 b.) **b)** *Klein, ÖstZBl. **28** 24 ff. Der Dienstverpflichtete hat ein Recht auf Arbeit bei Dienstverträgen, bei denen er deshalb an der Vornahme der Leistung interessiert ist, weil er aus der hierzu erforderlichen Arbeitsentwickelung für sich Vorteile zieht und ziehen soll. Hierher gehören nur solche Dienstverträge, durch die sich der Dienstverpflichtete für längere Zeit gebunden hat, und bei denen der Dienstverpflichtete deshalb an der Arbeitsentwickelung in hohem Maße Interesse hat, weil er ohne eine solche Arbeitsentwickelung entweder bereits erworbene besondere Kenntnisse und Fertigkeiten verliert, oder doch jedenfalls nicht so mit der Zeit und deren Errungenschaften fortschreiten kann, wie es unbedingt notwendig ist, wenn der Dienstverpflichtete in dem von ihm gewählten Arbeitszweige später noch erfolgreich wirken soll. **c)** Die Frage wird namentlich beim Bühnenengagementsvertrage (s. u. IV Ziff. 10) erörtert. Planck, BGB § 611 Anm. 3 c, nimmt an, daß der Schauspieler sich das Recht auf Beschäftigung besonders ausbedingen müsse, und daß, wenn er dies tue, kein reiner Dienstvertrag, sondern ein gemischter Vertrag vorliege. Goldmann-Lilienthal, BGB., Schuldverh. § 168 Anm. 3 zu § 611 meint, daß ein klagbares Recht auf Beschäftigung bestehe, wenn dies im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochen sei. Die meisten Schriftsteller halten bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtslage eine gesetzliche Normierung des Rechtes auf Arbeit beim Schauspieler für geboten (vgl. Mumm, R. **09** 357 ff., Hoppe, DJZ. **09** 458 ff.; dagegen insbes. v. Felisch, R. **09** 437 ff. und DJZ. **09** 625 ff.). Über die Parallelfrage beim Werkvertrag, ob der Künstler gegenüber dem Besteller des Kunstwerks einen Anspruch auf öffentliche Aufstellung des letzteren habe, vgl. unten § 631 II.

4. Erfindungen der Angestellten. Vgl. JDR. **7** § 611 II Ziff. 10. **a)** Beschlüsse des 29. DJT. Erfindungen gehören dem Angestellten, sofern der Vertrag nicht das Gegenteil bestimmt. Abreden, durch die dem Unternehmer ohne angemessenes Entgelt auch das Eigentum an solchen Erfindungen gesichert wird, die außerhalb des vertraglichen Tätigkeitsbereichs des Angestellten liegen, sind nichtig

Eine sonstige Einschränkung der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Angestelltenerfindungen empfiehlt sich nicht (Folgen patentrechtliche Sätze). **b**) Beschlüsse des Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz 1909 (abgedr. z. B. in GewRschutz **09** 256). Das Recht an der Erfindung ist grundsätzlich übertragbar, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit nicht zu empfehlen. Es ist undurchführbar und für Unternehmer und Angestellte nachteilig, einen Rechtssatz des Inhalts aufzustellen, daß jedem Angestellten schematisch ein Recht auf Gewinnbeteiligung an seiner Erfindung zustehe. Mangels abweichender Vertragsbestimmung geht das Recht an der Erfindung stillschweigend auf denjenigen über, dem der Erfinder vertraglich zu einer Beschäftigung verpflichtet ist, in deren Bereich die Erfindung fällt. Fällt sie nicht in diesen Bereich, ist sie aber geeignet, im Betriebe des Unternehmers verwendet zu werden, so kann dieser eine freie Lizenz verlangen; wünscht er weitergehende Ausnutzung, so hat er den Angestellten angemessen zu entschädigen. Der Erfinder hat ein klagbares Recht auf Nennung in der Patentrolle. **c**) Literatur. Besprechung dieser Beschlüsse und Reformvorschläge. **α.** Wölbling, GewuKfmG. **14** 248 ff., bespricht die Beschlüsse des 29. DJT. Er verlangt „wegen der bei Angestelltenverträgen oft beliebten unklaren Ausdrucksweise" eine ausdrückliche, nicht nur stillschweigende Vertragsbestimmung, wenn dem Angestellten das Erfinderrecht nicht zustehen soll, und will in Anlehnung an § 343 dem Richter die Befugnis gewähren, unangemessene niedrige Vergütungen heraufzusetzen. β. Wertheimer, LeipzZ. **09** 497 ff., bespricht die Beschl. des Kongr. f. gew. Rschutz. Der Erfinderehre sei durch die patentrechtlichen Vorschläge Genüge geleistet. Eine Regelung der materiellen Seite erscheine bedenklich, da die Ermittelung des Nutzens der Erfindung und die Umsetzung dieses Nutzens in Geld sich meist (z. B. bei sog. Defensivpatenten) nicht werde feststellen lassen. Die Frage hat nach Ansicht des Verf. schon deshalb keine große Bedeutung, weil nur 3,4 pCt. aller Patente den Ablauf der Schutzfrist erreichen, also nur sehr wenige wirklich wertvoll sein dürften. γ. Cantor, ZIndR. **4** 133 ff., bespricht Thesen und Beschl. des Kongr. f. gew. Rschutz. Er hält eine Bestimmung, wonach das Recht an der Angestelltenerfindung grundsätzlich unübertragbar sein soll, namentlich im Interesse armer Angestellter für wenig wünschenswert und sucht an der Hand von Entscheidungen nachzuweisen, daß die Rechtsprechung das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen bereits jetzt in ausreichender Weise wahre. δ. Der Bund technisch-industrieller Beamten wendet sich auf seinem Bundestag 1909 (vgl. GewRschutz **09** 282) „aus nationalwirtschaftlichen Gründen" gegen die „lediglich aus privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten beeinflußten" Entschließungen des DJT. und des Kongr. f. gew. Rschutz. ε. Voigt, GewRschutz **09** 5 ff. „Beauftragte" Erfindungen eines Angestellten sind Eigentum des Unternehmers, der bezüglich einer Schutzentnahme oder Fabrikation frei darüber verfügen kann. Den beauftragten Leistungen stehen fabrikatorische Fortschritte, Verbesserung der Arbeitsmethoden, kurz alle Erfindungen gleich, in denen durch Ersparnisse, ohne daß das Einkommen der Arbeiter geschmälert wird, eine Steigerung des Gewinns ermöglicht wird. Nicht beauftragte Erfindungen, d. h. Erfindungen, die der Angestellte außerhalb seines Arbeitsgebiets macht, unterliegen bezüglich der Verwertung durch die Firma und Verteilung des Gewinns freier Vereinbarung. ζ. *Goldschmidt, Recht der Angestellten an ihren Erfindungen. Es werden eingehend dargelegt die Bestrebungen namentlich der chemischen Industrie, durch systematische wissenschaftliche Arbeiten auf noch unbekannten Gebieten der Technik neue Arbeitsfelder zu erschließen; im Anschluß hieran wird die Stellung der mit diesen Arbeiten beauftragten Angestellten im Gesamtorganismus eines modernen Großunternehmens erörtert. Verf. meint, daß die Gewährung von Sonderrechten an die erfindenden Angestellten diesen nur scheinbare Vorteile, der gesamten deutschen Industrie und allen an ihr Beteiligten aber

notwendig große Nachteile bringen würde. Namentlich wendet er sich gegen jede Beschränkung der Vertragsfreiheit zwischen Unternehmer und Angestellten durch gesetzliche Bestimmungen. η. Fuld, EisenbE. **25** Sonderh. 50 ff., bespricht das Erfinderrecht der Eisenbahnangestellten. ϑ. G. Neumann, GruchotsBeitr. **53** 803 ff. Für die Beantwortung der Frage, ob bei Erfindungen von Angestellten diesen oder ihrem Dienstherrn das Eigentumsrecht zusteht, ist von entscheidender Bedeutung der Umstand, daß erfinderische Tätigkeit kaum jemals Gegenstand eines scharf begrenzten Dienstvertrags sein kann. Dies gilt um so mehr, als es einerseits der Angestellte in der Hand hat, seine Erfindung geheimzuhalten, andererseits dem Dienstherrn jede Kontrolle über die Tätigkeit des Angestellten fehlt und er trotzdem — selbst bei Geheimhaltung der Erfindung — dem Angestellten die Vergütung zahlen muß. Unter solchen Umständen ist der Wunsch der technischen Angestellten nach gesetzlicher Anerkennung ihres Anspruchs schon an sich wenig verständlich. Aber auch sonst empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung der Frage in diesem Sinne nicht. Die vaterländische Industrie wird bei der Überfülle des Angebots durch Geheimhaltung einzelner Erfindungen nicht geschädigt. Vielfach ist auch die Erfindung nur eine Folgeerscheinung von Anordnungen des Dienstherrn und wäre vermutlich von ihm selbst gemacht worden, wenn er sich mit den zur Erfindung führenden Gedanken weiter beschäftigt hätte. Die Befürchtung, daß die Angestellten wegen zu geringer Vergütungsaussichten viele Erfindungen geheim halten werden, ist zudem schon deshalb unbegründet, weil jeder Erfinder damit rechnen muß, daß die geheim gehaltene Erfindung demnächst von einem anderen gemacht und kundgegeben wird. Ein Beschränkung der gesetzlichen Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Angestelltenerfinderrechts ist darum nicht zu empfehlen. ι. Rauter, Sächs. RpflA. **09** 636 ff., hält gegenüber den Erörterungen, die das Recht an der Angestelltenerfindung entweder dem Dienstherrn oder dem Angestellten zugesprochen wissen wollen, ein auf ein Gesellschaftsverhältnis begründetes Mitrecht beider Parteien für das nächstliegende und für beide Parteien am meisten dienliche. **d)** Rechtsprechung. α. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **09** 97. Mag man auch nicht davon ausgehen, daß Erfindungen des Angestellten schon kraft des Anstellungsverhältnisses dem Geschäftsherrn gehören, so ist doch daran festzuhalten, daß der Geschäftsherr die Erfindung mindestens dann für sich in Anspruch nehmen kann, wenn sie entweder in Erfüllung einer dienstlichen, auf besonderem Auftrage beruhenden Aufgabe erfolgt ist oder doch in den Rahmen der dem Angestellten vertragsmäßig obliegenden Diensttätigkeit fällt. β. R. **09** II Ziff. 3187 (Cöln). Die vertragsmäßige Verpflichtung eines Angestellten, alle Erfindungen, welche er während der Dienstzeit macht, dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen, hindert ihn nicht, über eine vor dem Dienstantritt gemachte Erfindung während der Dienstzeit zu seinem Privatnutzen, eventuell sogar unter Benachteiligung des Dienstherrn, zu verfügen.

5. Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen (vgl. JDR. **7** § 611 II Ziff. 9). Die Frage der Zulässigkeit dieses Rechtes ist noch immer heftig umstritten. Von der Mehrzahl der Schriftsteller und der gerichtlichen Entscheidungen wird sie verneint (vgl. o. zu § 273 Ziff. 5); doch mehren sich die Stimmen, die den grundsätzlichen Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts gegenüber Lohnforderungen als eine Überspannung des Schutzes der wirtschaftlich Schwachen ansehen. In dieser Hinsicht seien genannt: **a)** Lönnies, PosMSchr. **09** 38. Verf. spricht sich für ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen aus. Theoretisch erscheine der Hinweis auf § 394 annehmbar, praktisch dagegen verfehlt. Es bedeute eine Überspannung des Schutzes der wirtschaftlich Schwachen, wenn der geschädigte Arbeitgeber dem schuldigen Arbeitnehmer

noch seinen vollen Lohn zahlen müsse. **b)** Der Ausschuß des GG. Breslau spricht sich in einer Eingabe an den Reichstag (abgedr. in GewuKfmG. **14** 350) für Einschränkung des § 394 aus. Die Aufrechnung von Ansprüchen des Arbeitgebers gegen den Lohn des Arbeiters soll zulässig sein, wenn diese Ansprüche aus vorsätzlicher Schädigung des Arbeitgebers durch den Arbeiter, insbes. durch Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, Betrug oder vorsätzliche Sachbeschädigung, herrühren. Es werden gesetzgeberische Maßnahmen gefordert. **c)** Eisentraut, GewuKfm. **14** 349, sucht auf anderem Wege das gleiche Ziel zu erreichen. Er führt aus: Wenn auch eine Aufrechnung von Ansprüchen des Arbeitgebers gegen die Lohnforderung des Arbeiters und ebenso nach h. M. auch eine Zurückbehaltung nicht möglich ist, so läßt sich ein wirtschaftlich ähnlicher Erfolg doch mit der Widerklage erreichen. Allerdings darf diese (wegen § 33 ZPO.) nicht auf unerlaubte Handlungen gestützt sein, sondern muß als Vertragsklage nach § 611 erhoben werden; dies ist aber möglich, da der diebische, betrügerische usw. Arbeiter jedenfalls die dem Dienstvertrage besonders innewohnende, noch über § 242 hinausgehende (v. Staudinger, BGB., Vorbem. zum Dienstvertrage) persönliche Treuepflicht verletzt hat und deshalb auch vertraglich zum Schadensersatze verpflichtet ist. (Stellt sich das Arbeitsverhältnis als ein Werkvertrag dar, so wird eine Widerklage im allgemeinen nicht zulässig sein, da der Werkvertrag meist jenes persönlichen Moments der Treuepflicht ermangelt.) **d)** ➠ Die das Zurückbehaltungsrecht verwerfenden Schriftsteller und Entscheidungen führen für ihre Ansicht die üblichen Gründe ins Feld (entweder die Generalklausel des § 273: „sofern sich nicht ... ergibt" in Verb. mit § 1 LohnbeschlG. oder das Verbot des § 394, das durch eine den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeiführende Zurückbehaltung umgangen werden würde). Einen neuen Gesichtspunkt bringt — Red. ⬅ Auerswald, DJZ. **09** 630 ff. Nach seiner Ansicht soll das Zurückbehaltungsrecht aus der Generalklausel des § 273 in Anwendung des dem Zurückbehaltungsverbote des § 556 Abs. 2 zugrunde liegenden Prinzips der Dringlichkeit ausgeschlossen sein.

6. Arbeiterunterstützungskasse. GewuKfmG. **14** 219 (LG. Stuttgart). Eine Vereinbarung über die Einbehaltung eines Teiles des Lohnes der Arbeiter als Beitrag zu einer Arbeiterunterstützungskasse ist unzulässig, da die Vorteile der Kasse nicht der Allgemeinheit der Arbeiter, sondern nur einzelnen zugute kommen. — Vgl. dagegen JDR. **7** § 611 IV Ziff. 12 c u. die dort. Zit. bezügl. der Fabrikpensionskassen.

7. Einzelheiten. **a)** GewuKfmG. **14** 217 (GG. Charlottenburg). Der Dienstpflichtige kann unbeschadet seines Anspruchs auf Vergütung die Dienstleistung ablehnen, wenn ihm kein geeigneter Raum für die notwendige Aufbewahrung seiner Kleider während des Dienstes gestellt wird. Benutzt er aber den ihm angewiesenen Raum in Kenntnis seiner Beschaffenheit, so kann er wegen Verlustes oder Beschädigung der Kleidungsstücke den Dienstherrn nicht haftbar machen. **b)** Vgl. dazu GewuKfmG. **14** 263 (GG. Berlin). Den Dienstnehmer trifft zum mindesten ein überwiegendes Verschulden, wenn er seine Sachen in dem Raume aufhängt, obwohl er die Gefahr erkennt, in welche die Sachen durch die Aufhängung geraten. **c)** OLG. **18** 21, ZAktGes. **17** 179 (Hamburg). Ein Geschenk, das der Angestellte von einem Dritten dafür erhalten hat, daß er mit dem Dritten namens seines Dienstherrn ein Geschäft abgeschlossen hat, braucht er nicht an den Dienstherrn herauszugeben, da der Dritte dabei eine dem Dienstherrn zur Last fallende Gegenleistung nicht erwartet hat. **d)** HansGZ. **09** Beibl. 31 (Hamburg), best. durch **RG.** ZAktGes. **17** 34. Wer einen bei der Post als Telegrammadresse angemeldeten Namen bei Eintritt als Angestellter in eine Firma löschen läßt und ihn für die Firma anmeldet, kann, wenn er aus der Firma ausscheidet, nicht

verlangen, daß die Firma alsbald auf den Gebrauch der Adresse verzichte, muß ihr vielmehr eine angemessene Zeit lassen, ihre Kunden an eine andere Adresse zu gewöhnen.

8. Kontraktbruch. a) Streik. Haftung der Streikenden als Gesamtschuldner (vgl. JDR. **7** § 611 III Ziff. 7). RheinA. **106** 124 (Düsseldorf). Vertragsbrüchig Streikende sind nicht nur nach § 628 Abs. 2, sondern, wenn sie die Vertragsverletzungen vereint begehen, um unberechtigte Forderungen durchzusetzen, auch aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung als Gesamtschuldner schadensersatzpflichtig (§§ 826, 830, 840). — Vgl. dagegen Lotmar, JDR. **7** aaO. **b)** Annahme kontraktbrüchiger Arbeiter. PosMSchr. **09** 164 (Königsberg). Wenn jemand Arbeiter, von denen er weiß, daß sie einem Dritten zur Leistung von Diensten verpflichtet sind, für sich anwirbt, so macht er sich dem Dritten gegenüber aus § 826 schadensersatzpflichtig. Der Kenntnis steht gleich, wenn er die Verpflichtung der Arbeiter annehmen konnte, es aber absichtlich unterließ, den Sachverhalt aufzuklären, um sich nötigenfalls mit Nichtwissen entschuldigen zu können. **c)** Aussperrung. ElsLothJZ. **09** 455 (Colmar). Die mittels sog. „schwarzer Listen" herbeigeführte Aussperrung einzelner Arbeitnehmer von den Arbeitsplätzen eines bestimmten Kreises von Arbeitgebern ist grundsätzlich ein erlaubtes Kampfmittel der Arbeitgeber auf wirtschaftlichem Gebiet und verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten. Ein solcher Verstoß liegt nur im Falle des Mißbrauchs vor, wenn nämlich der Arbeitgeber den Arbeitnehmer grundlos oder ohne genügenden Grund auf die schwarze Liste gesetzt hat, so daß dessen Aussperrung sich als ungerechtfertigte oder doch überaus harte Maßregel darstellt. **d)** Kann in der Satzung eines Arbeitgeberverbandes bestimmt werden, daß Arbeiter, die vereinzelt unter Vertragsbruch die Arbeit auf einem Verbandswerke niedergelegt haben, während einer bestimmten Zeit von einem anderen Verbandswerke nicht angenommen werden dürfen? Die Frage wird von Lotmar, SozPr. **18** 108, im Hinblick auf § 826 BGB. verneint, von Oertmann, ABürgR. **33** 221 ff., bejaht.

IV. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Vertrag mit Arzt, Anwalt und ähnlichen Personen. Josef, BayRpflZ. **09** 333, bespricht die Haftung von Personen, die ihre dem Erwerbsverkehre gewidmeten Räume dem Publikum öffnen, für Unfälle, welche Leute aus dem Publikum beim Betreten dieser Räume erleiden. Er unterscheidet dabei zwischen Gastwirten einerseits und Ärzten, Anwälten, Handwerkern, Ladenbesitzern andererseits. Der Besucher einer Gastwirtschaft erlangt (und will erlangen) im weitesten Umfange den Gebrauch der Geschäftsräume; es entsteht also zwischen Gast und Wirt über den Gebrauch der Räume ein mietähnliches Vertragsverhältnis, aus dem heraus der Wirt für Unfälle haftet. Demgegenüber besteht die von dem Arzte, dem Anwalte, dem Handwerker, dem Ladenbesitzer geschuldete Leistung in der Behandlung, Ratserteilung, Herstellung eines Werkes, Übergabe der Ware, und sie gewähren demjenigen, der diese Leistungen begehrt, Aufenthalt in ihren Räumen nur, weil sie die Leistungen sonst nicht bewirken könnten. Aber diese Aufenthaltsgewährung hat keine selbständige Bedeutung, insbesondere ist sie kein Teil der von dem Arzte usw. geschuldeten Leistung und mithin auch kein Teil des Dienst-, bzw. Werk- bzw. Kaufvertrags. Eine Haftung für Unfälle kann also nur aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung in Betracht kommen (wichtig bei Verschulden von Angestellten und der Exkulpierungsmöglichkeit, vgl. §§ 278, 831). Josef wendet sich gegen ein Urteil des OLG. Breslau (OLG. **18** 62), in dem ein Warenhaus für den Unfall eines Besuchers aus einem Vertragsverhältnisse haftbar gemacht worden war.

2. Vertrag mit Arzt. a) **RG.** R. **09** II Ziff. 2382. Die Anstellung eines Arztes bei einer Heilanstalt gewährt dem Anstellenden nicht grundsätzlich und für alle Fälle das Recht, zu Reklamezwecken auf die frühere Tätigkeit des angestellten Arztes hinzuweisen. **b)** Vergütung für besonders schwierige Leistungen eines Spezialarztes. Die Entsch. OLG., JDR. **7** Ziff. 2 c jetzt auch R. **09** II Ziff. 453. **c)** KGBl. **09** 115 (LG. II Berlin). Der Abschluß eines Vertrags zwischen einem Arzte und einer (vermögenden) Ehefrau über Behandlung ihres (vermögenslosen) Ehemanns schließt einen Anspruch des Arztes aus Geschäftsführung ohne Auftrag (weil nämlich der Arzt als Geschäftsführer die zur Unterhaltspflicht gehörende ärztliche Behandlung für die verpflichtete Frau wahrgenommen habe) aus. Denn bei Erfüllung eines Vertrags fehlt der Wille, neben dem Vertrage durch dieselbe Handlung noch eine quasikontraktliche Verbindlichkeit aus der auftragslosen Geschäftsführung zu erfüllen. **d)** Schweigepflicht. α. HansGZ. **09** Beibl. 185 (Hamburg). Das Recht der Zeugnisverweigerung von Ärzten erstreckt sich nicht auf alle Tatsachen, die sie bei Ausübung ihres Berufs erfahren, sondern nur auf anvertraute, deren Geheimhaltung durch die Natur der Sache geboten erscheint. Hat daher ein Arzt auf Veranlassung der haftpflichtigen Eisenbahn einen Verunglückten untersucht und hat ihn dieser der Gesellschaft gegenüber von der Verschwiegenheitspflicht entbunden, so muß der Arzt auch vor Gericht aussagen. β. v. Dassel, R. **09** 394 f. Niemand ist verpflichtet, sich für einen Dritten von einem Arzte untersuchen zu lassen und ihm Angaben zu machen. Wer sich aber auf eine solche Untersuchung einläßt und die Fragen des Arztes beantwortet, tut das doch nur zu dem Zwecke oder mindestens mit dem Bewußtsein, daß der Arzt seine Wahrnehmungen dem Auftraggeber mitteilen wird. Hieraus folgt, daß der Arzt in einem solchen Falle weder verpflichtet noch berechtigt ist, über seine Wahrnehmungen die Aussage zu verweigern. **e)** Spezifizierung der Rechnung. Verhältnis zur Schweigepflicht. Zimmermann, GesuR. **10** 386 ff. Der Patient ist auf Grund des Vertrags berechtigt, vom Arzte eine spezifizierte Rechnung zu verlangen. Fraglich kann erscheinen, ob auch ein Dritter, der zur Bezahlung der Arztrechnung verpflichtet ist (z. B. Ehemann, Vater, Geschäftsinhaber, Krankenkasse) eine solche Spezifikation beanspruchen kann. Die Berufung auf das Dienstgeheimnis wird hier den Arzt von einer Spezifikation nicht entbinden können; doch wird er seine Angaben so machen müssen, daß wohl Bedeutung und Umfang der Dienste, nicht aber auch die Krankheit des Patienten daraus ersehen werden kann. **f)** Arzt und Lebensversicherung. α. Meltzing, HirthsAnn. **09** 37 ff., 156 ff., behandelt die Geschichte der Beziehungen zwischen Ärzten und Lebensversicherungsgesellschaften in Deutschland. β. Stichling, DJZ. **09** 254. Der Vertrag zwischen dem Arzte und seinem Patienten st nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß der Arzt dem Erben des Patienten gegenüber verpflichtet ist, zwecks Erlangung der Lebensversicherungssumme ein Zeugnis über den Tod des Patienten und über die Todesursache auszustellen. Gegenüber einem Nichterben, der Anspruch auf die Versicherungssumme hat, besteht diese Verpflichtung nicht; der Nichterbe hat auch keinen Schadensersatzanspruch aus § 826 gegen den Arzt, wenn dieser etwa unter dem Zwange des Ärzteverbandes die Ausstellung eines sog. Lebensversicherungszeugnisses verweigert. Wohl aber kann er in solchem Falle den Verband aus § 826 ersatzpflichtig machen. **g)** Einschränkung der Vertragsfreiheit. Baum, GewuKfmG. **14** 384 ff., bespricht den in dem Entw. der RVersO. §§ 435 bis 457 (bes. § 451) geplanten Eingriff in die Vertragsfreiheit der Kassenärzte (ein im Falle des Notstandes von der Landeszentralbehörde bestelltes Einigungsamt soll berechtigt sein, durch rechtskräftigen vollstreckbaren Schiedsspruch die beteiligten Ärzte bei Vermeidung einer zu zahlenden Entschädigung zur Vornahme ärztlicher

Handlungen zu zwingen). Verf. wünscht Ausdehnung dieses Prinzips auf andere Gewerbe im Falle eines Notstandes im öffentlichen Interesse.

3. Vertrag mit Tierarzt. BayRpflZ. **09** 477 (Nürnberg). In dem zwischen Tierhalter und Tierarzt wegen Behandlung des Tieres abgeschlossenen Dienstvertrage (nicht Werkvertrage, denn der Tierarzt steht für keinen Erfolg ein) ist eine Vereinbarung über den Ausschluß der Tierhalterhaftung mangels ausdrücklicher oder stillschweigender Abreden nicht enthalten. Daß der Tierarzt bei geringfügigen Verletzungen die Haftung des Tierhalters gewöhnlich nicht in Anspruch nimmt, ist nicht Anerkennung einer verbindlichen Rechtssitte, sondern Entgegenkommen; auch Billigkeitsgründe sprechen nicht dafür, dem Arzte die Gefahr aufzubürden, da der Tierhalter den ihm durch das Tier drohenden Schäden durch Eingehen einer Versicherung zu begegnen pflegt.

4. Vertrag mit Rechtsanwalt. **a)** Vgl. oben I Ziff. 13. **b)** Z. in GesuR. **10** 86. Läßt der Anwalt zu, daß sein Bureauvorsteher Geschäfte erledigt, welche rechtliche Beurteilung oder juristische Vorbildung erfordern, so ist er für einen hieraus entstehenden Schaden seinem Mandanten aus § 28 RAO., § 823 BGB. ersatzpflichtig. **c)** BayObLG. **9** 248. Der Anwalt haftet dem Auftragbeger für den durch falsche Raterteilung entstehenden Schaden, sofern dieser nicht auch ohne die irrige Rechtsbelehrung eingetreten sein würde. **d)** **RG.** JW. **09** 217. Einem Rechtsanwalte kann daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er in Anlehnung an einen hervorragenden Kommentar eine vom RG. noch nicht entschiedene Ansicht befolgt, die nachmals vom RG. im entgegengesetzten Sinne entschieden wird. (Er nahm mit Gaupp-Stein, Komm. zur ZPO., an, § 207 ZPO. sei keine Notfrist.) **e)** FrankfRundsch. **43** 82 (Frankfurt). Dem Anwalte steht, solange das Vertragsverhältnis besteht, ein klagbarer Anspruch auf Leistung von Vorschuß gegen den Auftraggeber zu. **f)** Mehrere Anwälte. α. OLG. **18** 95, R. **09** II Ziff. 1472 (Hamburg). Derjenige, der mehreren zur gemeinschaftlichen Ausübung der Anwaltschaft verbundenen Rechtsanwälten Vollmacht gegeben, aber nur mit einem derselben, der im Prozesse stets aufgetreten ist, verhandelt hat, kann sich wegen eines Verschuldens desselben nur an ihn, nicht auch an die anderen halten. β. PosMSchr. **09** 131 (Posen). Wenn ein von einer Partei mit Vollmacht versehener Rechtsanwalt einen anderen, bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt mit der Prozeßführung beauftragt, so entsteht ein unmittelbares Vertragsverhältnis zwischen diesem und der Partei. **g)** Schweigepflicht. HansGZ. **09** Beibl. 229 (Hamburg). Der Rechtsanwalt hat nicht nur die ihm durch Mitteilung seines Klienten anvertrauten Tatsachen, sondern alle von ihm bei der Geschäftsführung wahrgenommenen Tatsachen geheim zu halten. Vgl. auch die aaO. zit. Entsch. **h)** Recht des Mandanten auf Herausgabe der Handakten. α. Nissen, JW. **09** 89 ff., LeipzZ. **09** 384 ff. Das Recht einer Partei, gegen Zahlung der Anwaltsgebühren Herausgabe der Handakten von ihrem Rechtsanwalt zu verlangen, beruht zwar zu einem kleinen Teile auf Vertrag oder Eigentum, ist aber im übrigen ein der Verschwiegenheitspflicht nahe verwandtes, sich auf ihrem Tatbestand aufbauendes und gleichzeitig deren Verwirklichung sicherndes Persönlichkeitsrecht (Folgen für den Konkurs des Auftraggebers: der KV. kann nicht Herausgabe verlangen). β. Dagegen Friedländer, LeipzZ. **09** 272 ff., 464 ff. Die Herausgabepflicht des Anwalts beruht auf dem Dienstvertrage. Sie ist zwar gesetzlich nirgendwo statuiert, besteht aber kraft Gewohnheitsrechts oder doch wenigstens kraft einer Übung, welcher sich die Parteien mangels gegenteiliger Vereinbarung stillschweigend unterwerfen. γ. OLG. **19** 252, SeuffBl. **09** 366 (Hamburg). Nach § 32 RAO. erlischt die Pflicht des Rechtsanwalts zur Aufbewahrung der Handakten mit Ablauf von 5 Jahren nach Beendigung des Auftrags. Der Ablauf dieser Aufbewahrungsfrist schließt indessen einen Anspruch des Auftrag-

gebers auf Herausgabe der Handakten oder von Teilen derselben nicht aus, wenn sie noch vorhanden sind. (Die Frage, ob der Rechtsanwalt durch Ablauf der Frist das Recht zur Vernichtung der Akten erlangt, wird offen gelassen.) δ. Ähnlich BadRpr. **09** 145 (Karlsruhe). Die Herausgabepflicht folgt nicht aus § 32 RAO., sondern aus § 667 BGB. (Gegen Friedländer RAO. § 32 Note 41.) ε. SeuffBl. **09** 366 (Hamburg). Der Rechtsanwalt ist nicht verpflichtet, nach Ablauf der fünfjährigen Frist seine nicht abverlangten Handakten darauf durchzusehen, ob sie Urkunden enthalten, deren weitere Aufbewahrung für seinen Auftraggeber möglicherweise von Interesse sein könnte.

5. Notar, Gerichtsvollzieher und andere öffentliche Beamte. **RG.** BayRpflZ. **09** 411. Durch einen bei einer Behörde oder einem Beamten gestellten Antrag auf Vornahme einer Handlung, zu der der Antragsteller den Beamten als solchen für berechtigt und verpflichtet hält, und die darauf ergehende Entschließung und deren Ausführung wird ein Vertragsverhältnis zwischen dem Antragsteller und dem Beamten nicht begründet. Allerdings ist es bei gewissen öffentlichen Beamten möglich, daß die Vornahme von Amtshandlungen zum Gegenstand eines zivilrechtlichen Vertrags zwischen ihnen und dem Antragsteller mit der Wirkung gemacht wird, daß sie demjenigen, welcher ihre Dienste in Anspruch nimmt, auch vertraglich verantwortlich sind, so insbesondere bei den Notaren und Gerichtsvollziehern; von den im öffentlichen Gemeindedienste stehenden Beamten (es handelte sich um einen bayrischen Bürgermeister) gilt dies aber nicht.

6. Vertrag mit Notar. a) Verhältnis zu § 839. (S. a. u. zu § 839 Ziff. 12b.) α. RheinA. **106** 63 (Cöln). Haftet der Notar dem durch die Verletzung seiner Amtspflichten Geschädigten dienstvertraglich, so kann er sich auf § 839 Abs. 1 Satz 2 nicht berufen. β. RheinA. **106** 57 (Düsseldorf). Der Notar haftet bei Übernahme der nicht zu seinen Amtsgeschäften gehörigen Geschäfte für etwaigen Schaden infolge mangelhafter Ausführung nicht nach § 839, sondern aus Vertrag. γ. RheinA. **106** 61, RheinARV. **26** 200 (Cöln). Hat der Notar die Erschienenen als ihm bekannt aufgeführt und ist er dabei getäuscht worden, so haftet er demjenigen gegenüber, der ihn mit der Aufnahme der Urkunde beauftragt hat, aus §§ 611, 675 und kann sich daher nicht auf § 839 Abs. 1 Satz 2 berufen. **b)** Einzelne Vertragspflichten. α. **RG.** WarnE. **09** Nr. 206. Ein Notar, der von auswärts zur Beurkundung eines fertigen Kaufvertrags herbeigerufen ist, ist nicht verpflichtet, zuvor das Grundbuch einzusehen, zumal wenn er die Parteien für geschäftskundig halten darf. β. OLG. **18** 98 (Colmar). Zur Grundbucheinsicht ist der Notar nicht verpflichtet, wenn ihm bei Aufnahme der eine Grundbucheintragung bezweckenden Verhandlung Bedenken gegen die tatsächlichen Grundlagen (z. B. bei Beurkundung eines Kaufvertrags, daß für einen Dritten eine Vormerkung besteht) nicht bekannt sind, zumal wenn er bei den Parteien Geschäfts- und Gesetzeskenntnis voraussetzen darf. γ. OLG. **18** 97 (Braunschweig). Der Notar kann nicht verantwortlich gemacht werden, weil er die Interessen der Partei zwecks Minderung der Stempelkosten bei Aufnahme eines Kaufvertrags über ein Grundstück nebst Inventar nicht gewahrt habe. δ. **RG.** RheinNotZ. **54** 198, ZBlFG. **10** 352. Der Notar ist nicht verpflichtet, bei Einreichung des Antrags auf Eintragung des neuen Eigentümers gemäß § 16 Abs. 2 GBO. ausdrücklich zu bestimmen, daß die Eintragung des neuen Eigentümers nicht ohne die Eintragung der Kaufpreishypotheken erfolgen solle. ε. BayRpflZ. **09** 337, SeuffBl. **09** 670 (Bay. ObLG.). Der Notar, der die Bewilligung mehrerer zusammenhängender, bei verschiedenen Grundbuchämtern zu vollziehender Eintragungen beurkundet hat, ist befugt, die in der Urkunde fehlende Reihenfolge des Vollzugs zu bestimmen. ζ. **RG.** RheinNotZ. **54** 198 ff., ZBlFG. **10** 352. Der Notar, der in einer Urkunde den Antrag des Vertragschließenden an das Grundbuchamt aufnimmt, eine Benachrichti-

gung über die erfolgte Eintragung an den Notar zu senden, übernimmt hiermit vertraglich die Pflicht, den Inhalt der Benachrichtigung zu prüfen. η. **RG.** JW. **09** 11, ElsLothNotZ. **09** 65. Die Abmachung, sich auf Verlangen eines anderen zum Verkauf eines Grundstücks bis zu einem bestimmten Tage zu einem gewissen Preise zu verpflichten, enthält eine Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks und bedarf deshalb der Form des § 313. Ein Notar, der diese Erklärung nicht beurkundet, haftet dem Anbietenden für den ihm hieraus entstehenden Schaden, zumal es sich um eine Verkennung der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Grundsätze handelt und die Frage vom RG. wiederholt entschieden ist (vgl. **RG. 51** 179, **52** 4, **53** 236). **c)** v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **09** 5 ff., wendet sich gegen die von dem OLG. Colmar wiederholt vertretene Rechtsauffassung, daß dem Notar bei Geldbeschaffungsgeschäften wie Darlehensverträgen die erhöhte Hebegebühr des § 17 Abs. 2 ElsLothNotGebO. auch dann nicht zustehe, wenn er eine besondere, auf das Zustandebringen der Geldbeschaffung gerichtete Tätigkeit durch Ausfindigmachen der Geldquelle oder Gefügigmachen des Geldbewilligers entfaltet habe.

7. Vertrag mit Gerichtsvollzieher. **a)** Ablehnung eines Vollstreckungsauftrags. **RG.** JW. **09** 14. Ist einem Gerichtsvollzieher ein Vollstreckungsauftrag so erteilt, daß er die wegzunehmenden Sachen einer von ihm auf sorgfältige Packung durch sachkundige Leute zu instruierenden und von ihm zu bezahlenden Speditionsfirma zu kostenfreiem Transport übergeben und die von ihr dem Gerichtsvollzieher erst vorzurechnenden Transportkosten sofort beitreiben solle, so ist es keine Fahrlässigkeit, wenn er den Auftrag aus der Befürchtung ablehnt, es werde ihm eine Verantwortung für den Transport und das gute Eintreffen der Sachen zugemutet, die er über die Absendungspflicht hinaus nicht zu übernehmen brauche. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 83 (Hamburg). Der Gerichtsvollzieher muß den Vollstreckungsgläubiger von einer Verlegung des Versteigerungstermins in Kenntnis setzen.

8. Vertrag mit Bankier. **a)** LeipzZ. **09** 486 (Braunschweig). Ein Bankier haftet in der Regel nicht für Verluste, die ein Gewerbetreibender aus einem auf den Rat des Bankiers erfolgten Ankauf von Industriepapieren erlitten hat. **b) RG.** BayRpflZ. **09** 111, BankA. **09** 194. Der Bankier haftet nicht ohne weiteres bei Empfehlung eines Industriepapiers, das Kursschwankungen ausgesetzt ist. Seine Haftung ist namentlich dann ausgeschlossen, wenn für den Käufer dadurch ein Schaden entstanden ist, daß er das Papier voreilig verkaufte. **c) RG.** GruchotsBeitr. **53** 978, BankA. **09** 299, JW. **09** 360. Der Bankier haftet nicht, wenn seine Anpreisungen über ein Papier nur Meinungsäußerungen über die zukünftige Entwickelung des Unternehmers darstellen und der andere Teil als Kaufmann dies nach Lage der Sache (das Unternehmen bestand erst seit kurzer Zeit, so daß eine sichere Voraussage unmöglich war) erkennen mußte. **d) RG.** LeipzZ. **09** 154, ZAktGes. **17** 131. Der Bankier hat den von ihm beratenen Käufer über erhebliche Gründungsvorgänge, die für die Beurteilung des Unternehmens wesentlich sind (z. B. übermäßige Höhe des Gründergewinns) aufzuklären. **e)** OLG. **18** 19 (Stuttgart). Wenn sich eine Bank, die eine eigene „Abteilung für Immobilien und Hypotheken" hält, von einem Hypothekengläubiger beauftragen läßt, die Hypothekenforderung zwangsweise einzuziehen, so haftet sie wie ein Rechtsanwalt für den Ausfall der Forderung, wenn sie nicht für Vertretung des Auftraggebers im Versteigerungstermine gesorgt hat.

9. Agenturvertrag. **a)** Haeger, R. **09** 444 und 598, und Kupfer, R. **09** 508, erörtern das Recht des Agenten auf Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn im Prozesse. **b)** SchlHolstAnz. **09** 262 (Kiel). Ein Handlungsagent ist nicht berechtigt, die Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn zu verlangen, um sich daraus Material für eine von ihm gegen den Geschäftsherrn geltend zu machende Forderung zu verschaffen. **c) RG.** R. **09** II Ziff. 2176. Der Agent, der verbots-

widrig auch für eine andere Firma Geschäfte vermittelt hat, ist nicht verpflichtet, dem Geschäftsherrn darüber Rechnung zu legen.

10. Bühnenengagementsvertrag. Vgl. dazu oben III Ziff. 3 c. **a)** Fuld, R. **09** 58 ff., fordert die reichsgesetzliche Regelung des Theatervertrags aus sozialen Gründen; man könne das Theaterrecht, soweit sich dieses auf die Vertragsverhältnisse zwischen Personal und Bühnenleiter beziehe, getrost als das am weitesten zurückgebliebene Rechtsgebiet bezeichnen. Die Normen des zu schaffenden Gesetzes müßten zum größten Teile zwingender Natur sein. Auch die Regelung der öffentlich-rechtlichen Seite der Frage (Versicherung) wird gefordert. **b)** Mumm, R. **09** 357 ff., schließt sich dem an und schlägt vor, die zwingenden Normen auf folgende Punkte zu erstrecken: Kündigungsfristen, ähnlich wie sie im Dienstvertrage des Handlungsgehilfen normiert sind; soziale Schutzvorschriften für Leben und Gesundheit der Schauspieler; Anspruch auf Fortbezug des Gehalts bei unverschuldetem Unglücke, speziell bei Krankheit, auf bestimmte Zeit; Recht auf Arbeit; Abgrenzung der Pflichten der Schauspieler, denen nicht wie bisher soll zugemutet werden dürfen, jede beliebige, nicht in ihr Fach schlagende Rolle zu spielen oder auf einer fremden Bühne aufzutreten; Anspruch des Schauspielers auf Ruhepausen und Erholungsurlaub; Regelung der Kostümfrage. Verf. fordert auch Bestimmungen über die Konzessionierung von Theaterunternehmungen und Regelung der Zensur. **c)** Hoppe, DJZ. **09** 458 ff., bezeichnet als wesentlichste Forderungen des erstrebten Theatergesetzes folgende: Recht auf Arbeit (vgl. hierzu oben III aaO.), Umgrenzung der Pflichten des Schauspielers aus dem Vertrag, Anspruch auf Ruhepausen und Weiterbezugs des Gehalts bei Krankheit, Regelung der Kostümfrage, Aufhebung der Eheschließungsbehinderung, gleiche Kündigungsrechte, Unzulässigkeit der Verrufserklärungen, Einführung sozialer Schutzvorschriften entsprechend § 618 und sorgsame Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit des Bewerbers bei der Erteilung der Theaterkonzession. **d)** Im wesentlichen gleichartige Forderungen stellen auf: Pfeiffer in seinem Aufsatze „Theaterelend" in den Bamb. Neust. Nachr. 1909, Opet in der Bühnengenossenschaftszeitung „Der neue Weg" Heft 4 106 ff. und Heft 5 126 ff., Osterrieth das. Heft 1 5 ff., Seelig das. Heft 7 201 ff. **e)** v. Felisch, R. **09** 437 ff. und DJZ. **09** 625 ff., erörtert die Stellung der Bühnenleiter zu der Forderung eines Reichstheatergesetzes. Den Schauspielern ständen schon jetzt die meisten Rechte zu, deren gesetzliche Festlegung erstrebt werde, eine weitere Sicherung des Rechtszustandes hätten die als obligatorisch beabsichtigten Bühnenvertragsregeln gewähren sollen, die aber von den Schauspielern abgelehnt worden seien. Ein „Recht auf Arbeit" könne nicht statuiert werden; dies habe zur Zeit überhaupt kein Deutscher.

11. Vertrag mit Patentanwalt. **RG. 69** 26. Zur gewissenhaften Erfüllung des einem Patentanwalt erteilten Auftrags wegen Erlangung eines Patents gehört es, die Fälligkeit der Jahresgebühren für die Erhaltung des Patents zu überwachen und den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, solange nicht der Auftrag völlig erledigt ist.

12. Lehrvertrag. **a)** OLG. **19** 303, R. **09** II Ziff. 3848 (München). Der Lehrherr kann gegen den Vater des Lehrlings, der diesen kraft seines Erziehungsrechts zurückbehält, nicht auf Zurückbringung in die Lehre klagen. **b)** SchlHolstAnz. **09** 14 (Kiel). Eine Haftung des Lehrherrn aus § 278 für die von seinem Gehilfen in seiner Vertretung dem Lehrling zugefügte Verletzung tritt nur dann ein, wenn das Versehen des Gehilfen sich zugleich als eine Verletzung der aus dem Lehrvertrage sich ergebenden Verpflichtung darstellt.

13. Gesindevertrag. Umfang der Schadensersatzpflicht des den Dienstantritt verweigernden Dienstboten. KGBl. **09** 64, NaumburgAK. **09** 56 (LG. Frankfurt a. O.). Der durch Art. 95 EGBGB. für Vertragsverletzungen des Gesindes aufrechterhaltene § 10 GesO. verpflichtet

das Gesinde, das den Dienstantritt verweigert, der Herrschaft den Schaden zu ersetzen, der ihr durch Annahme eines Ersatzdienstboten entsteht. Ein weitergehendes Recht auf Schadensersatz hat die Dienstherrschaft nicht (als Äquivalent ist ihr das Recht gegeben, das Gesinde durch Strafen zur Vertragserfüllung anhalten zu lassen). Der Dienstherr kann also, wenn ein zum Kartoffelscharren angenommener Dienstbote den Dienst nicht antritt, nicht den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch Erfrieren der Kartoffeln bis zur Annahme eines Ersatzdienstboten entstanden ist. Auch eine Verletzung eines den Dienstherrn schützenden Verbotsgesetzes (§ 823 Abs. 2) ist nicht gegeben.

§ 612. 1. Zu Abs. 1. Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Dienste? a) GewuKfmG. **14** 374 (KfmG. München). Wenn dem Angestellten im Vertrage „die (nicht „eine") jeweils vom Aufsichtsrat zu bestimmende Gratifikation" zugesichert und diese ihm mehrere Jahre hindurch gewährt wird, so kann sich der Prinzipal später nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, daß die Gratifikation eine Schenkung darstelle; vielmehr handelt es sich um einen einklagbaren Teil des Gehalts. **b) RG.** JW. **09** 670, R. **09** II Ziff. 3335. Nahes Verwandtschaftsverhältnis (z. B. Eltern- und Kindesverhältnis) zwischen dem Dienstverpflichteten und dem Dienstherrn ist für sich allein kein zwingendes Beweismoment für die Unentgeltlichkeit der Dienstleistungen. Da das BGB. eine Schenkungs- und Liberalitätsvermutung unter nahen Verwandten nur in sehr engen Grenzen kennt (§§ 685, 1618), müssen die jeweiligen Umstände des Falles entscheiden. Hierbei ist neben und gegenüber dem Verwandtschaftsverhältnisse namentlich in Betracht zu ziehen, welchen Umfang die Dienste hatten und ob sie nach den Verhältnissen des Verpflichteten für diesen mit erheblichen Säumnissen und Opfern in der eigenen Erwerbstätigkeit verbunden waren. **c)** GewuKfmG. **14** 341 (GG. Hamburg). Wenn sich ein Angestellter zur Leistung von Diensten während der gesetzlichen Ruhezeit (vgl. § 105 e GewO.) verpflichtet, so kommt, da die Annahme solcher Dienste gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ein Vertrag nicht zustande. Eine Vergütung kann also nicht aus dem Gesichtspunkte des § 612 als stillschweigend vereinbart gelten; wohl aber steht dem Angestellten möglicherweise § 817 zur Seite. **d)** Beweislast. **RG.** LeipzZ. **09** 853. Die Beweislast für die Unentgeltlichkeit des Vertrags trifft den beklagten Dienstherrn.

2. Zu Abs. 2. Höhe der Vergütung. a) GewuKfmG. **14** 337 (GG. Augsburg). Wenn sich ein Arbeiter bei den Lohnzahlungen wiederholt mit einem geringeren als dem tarifmäßigen Lohne zufrieden gegeben und das Arbeitsverhältnis widerspruchslos fortgesetzt hat, kann er nicht nachträglich Zahlung des tarifmäßigen Lohnes verlangen. **b)** „Spielgeld" des Schauspielers. Die Entsch. OLG., JDR. **7** Ziff. 3 c jetzt auch R. **09** II Ziff. 454. **c)** SächsOLG. **30** 184 (Dresden). Bei Bemessung der Vergütung, welche eine nicht als Arzt approbierte Person für ärztliche Dienstleistungen fordern kann, darf die ärztliche Taxe nicht zugrunde gelegt werden. Dem Heilkundigen stehen diejenigen Beträge zu, die er sonst in seinem Berufe Personen von dem Stande und den Vermögensverhältnissen des Kranken zu berechnen pflegt und von ihnen bezahlt erhält. Lassen sich derartige Sätze nicht feststellen, so ist die Vergütung nach billigem Ermessen zu bestimmen. **d)** HansGZ. **09** Beibl. 30 (GG. Hamburg). Das Bestehen von Tarifverträgen zwischen Korporationen, denen ein größerer Teil der Arbeitgeber und Arbeiter eines bestimmten Gewerbes angehört, ermöglicht es den Gerichten, auch bei Arbeitsverhältnissen zwischen Nichtmitgliedern des fraglichen Gewerbes die im Tarif enthaltenen Lohnsätze in der Regel ohne weiteres als übliche im Sinne des § 612 anzusehen (sog. „Fernwirkung der Tarifverträge", Sinzheimer, JDR. **7** §§ 611 ff. II 1). **e)** GewuKfmG. **15** 55 (GG. Mannheim). Wenn an einem Orte die überwiegende Mehrzahl der Bauarbeiter

organisiert ist und wenn ebenso die überwiegende Zahl der Bauarbeitgeber dem Bauarbeitgeberverband angehören, so dürfen die Bestimmungen des Tarifvertrags in dem Sinne als ortsüblich angesehen werden, daß sie bei jedem Arbeitsvertrag im Baugewerbe als stillschweigend vereinbart gelten, sofern und soweit nicht etwas anderes ausdrücklich verabredet worden ist. f) Beweislast. ElsLothJZ. **09** 120 (Colmar). Gegenüber dem Verhalten des Beklagten, der die Vereinbarung eines bestimmten Honorars behauptet, ist der Kläger für seine Behauptung beweispflichtig, daß stillschweigend die übliche oder taxmäßige Vergütung vereinbart sei.

§ 613. **RG.** LeipzZ. **09** 482. Die Fusion zweier Handelsgesellschaften im Sinne des § 306 HGB. hat die gleiche Wirkung wie ein Erbfall; daher erlöschen nach § 613 Satz 2 im Zweifel Dienstverträge, die mit der aufgelösten Gesellschaft abgeschlossen sind.

§ 614. 1. Vergütung wesentlicher Bestandteil des Dienstvertrags; vgl. oben § 611 II Ziff. 1.

2. Über Sondervergütung vgl. § 611 II Ziff. **7** b.

3. Bedingter Lohnanspruch. Die Entsch. JDR. **7** § 614 Ziff. 1, jetzt auch ElsLothJZ. **09** 1.

4. Freie Wohnung des Bediensteten. a) Josef, SeuffBl. **09** 717 ff. Hat der Dienstherr dem Dienstpflichtigen freie Wohnung gewährt, um hierdurch eine sachgemäße Erledigung der Dienste zu erreichen, so verpflichtet die bloße Tatsache, daß er den Dienstpflichtigen entläßt, diesen noch nicht zur Räumung der Wohnung; der Dienstpflichtige behält vielmehr die Wohnung, solange der Vertrag besteht. Demgegenüber ist es gleichgültig, daß durch das Verbleiben des Entlassenen in der Dienstwohnung sich leicht Mißstände ergeben und daß der Dienstherr, der zur Annahme der Dienste des Entlassenen nicht verpflichtet ist, diese, solange der Entlassene die Wohnung nicht räumt, einem Dritten nicht übertragen kann. Jener enge Zusammenhang zwischen Dienstwohnung und Dienstleistungen hat vielmehr nur die Folge, daß der Entlassene solche Räume sofort zurückzugeben hat, die ausschließlich zur Dienstleistung bestimmt sind. b) Hirschberg, JW. **09** 184 f. Wird dem Dienstpflichtigen freie Wohnung als ein Teil der Vergütung eingeräumt, so behält er den Anspruch auf diese Wohnung grundsätzlich auch dann, wenn der Dienstberechtigte in Annahmeverzug kommt und die Dienstleistung aufhört. Es kann sich aber aus der Zweckbestimmung der Wohnung, auch wenn sie als Vergütung gedacht ist, die Pflicht des Bediensteten ergeben, beim Aufhören der Dienstverrichtung die Wohnung zu räumen, sofern nämlich die Wohnung eine „Dienstwohnung" im eigentlichen, wirklichen Sinne ist. Eine solche gilt als Vergütung für die Dienstleistung nur so lange, als die Dienstleistung dauert. Der Verpflichtete behält hier im Falle des § 615 zwar gleichfalls seinen Vergütungsanspruch, doch wechselt dieser das Objekt: statt der Dienstwohnung ist dem Bediensteten eine andere, gleichartige Wohnung zu gewähren, auch hat er Anspruch auf Ersatz der Umzugskosten.

5. Weihnachts- usw. Gratifikation (vgl. JDR. **7** § 614 Ziff. 4). a) Allgemeines. Landsberger, GewuKfmG. **14** 305 ff. Vertragsmäßig zugesicherte Gratifikationen haben den Charakter eines festen Zuschlags zum Gehalt und sind gleich diesem einklagbar. Nicht vertraglich zugesicherte Gratifikationen sind reine Schenkungen und gleich diesen wegen groben Undanks widerruflich; Versprechen derartiger Schenkungen bedürfen zu ihrer Rechtsverbindlichkeit der gerichtlichen oder notariellen Form. Regelmäßig mehrere Jahre hindurch gewährte Gratifikationen bilden, wenn sie nicht vertraglich zugesichert sind, keinen Teil der vertragsmäßigen Vergütung und sind nicht einklagbar.

6. Fälligkeit der Vergütung. a) EisenbE. **25** 248 (Frankfurt). Der Gehaltsanspruch eines preußischen Eisenbahnbeamten entsteht mit dem Tage der

Verleihung des betreffenden Amtes. b) GewuKfmG. 15 56 (GG. Berlin). Der gewerbliche Arbeiter ist zum Leben und zum Unterhalte seiner Familie auf den laufenden Arbeitsverdienst angewiesen. Er kann daher, wenn er erkrankt und diese Krankheit eine längere Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, den bis zum Beginn der Krankheit verdienten Lohn fordern, auch wenn dieser vereinbarungsgemäß erst später fällig werden würde.

7. Vorzeitiges Ausscheiden des Verpflichteten. a) Ausscheiden eines auf Tantieme Angestellten vor Beendigung des Geschäftsjahrs. OLG. 19 302, HansGZ. 09 Hptbl. 91, ZAktGes. 16 197, R. 09 II Ziff. 1396 (Hamburg). Scheidet ein Handlungsgehilfe, der Anspruch auf Tantieme hat, im Laufe eines Geschäftsjahrs aus, so entspricht es praktischen Erwägungen und der Übung, dem Angestellten die Tantieme auf den Jahresgewinn nach Verhältnis der Zeit seiner Anstellung zu gewähren. Ein Angestellter, der nach Ablauf des ersten Vierteljahrs des Geschäftsjahrs ausscheidet, kann also nur $1/4$ der Jahrestantieme beanspruchen. b) Ausscheiden eines Gewerbegerichtsvorsitzenden aus seiner Stellung als Magistratsassessor vor Ablauf der Wahlperiode. **RG.** GewuKfmG. 14 321. Ein Gewerbegerichtsvorsitzender, der als Magistratsassessor auf Grund eines mit der Gemeinde geschlossenen, sog. „Privatdienstvertrags" Besoldung erhält, kann, wenn er aus dieser Dienststellung vor Ablauf seiner Wahlperiode ausscheidet, weder verlangen, daß er bis zur Beendigung der Periode die Tätigkeit als Vorsitzender weiter ausüben dürfe, noch hat er einen Anspruch auf ganze oder teilweise Besoldung bis zu diesem Zeitpunkte. c) Ausscheiden des Angestellten vor Fälligkeit einer Weihnachts- usw. Gratifikation. Landsberger aaO. Wenn der Angestellte vor Fälligkeit der Gratifikation ausscheidet (z. B. vor Inventurabschluß, vor Weihnachten), so hat er, gleichgültig ob die Gratifikation vertraglich zugesichert war oder nicht (s. o.), keinen anteiligen Anspruch auf die Gratifikation.

§ 615. 1. Allgemeines. a) **RG.** R. 09 II Ziff. 1474. Hat der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten zu verstehen gegeben, daß er dessen Dienste nicht mehr wolle, so genügt zur Inverzugsetzung des Dienstberechtigten ein wörtliches Angebot der Dienste. Schweigt der Berechtigte auf dies Angebot, so kann dies nach Treu und Glauben nur dahin gedeutet werden, daß er die Annahme der Dienste verweigere. b) **RG.** JW. 09 722, R. 09 II Ziff. 3756. Zum nochmaligen Angebot der Dienste ist der Angestellte nicht verpflichtet, wenn er aus dem Hause gewiesen wurde; denn darin ist das Verbot enthalten, das Haus wieder zu betreten, und dem Verpflichteten damit die Fortsetzung der Dienste unmöglich gemacht.

2. Vergebliches Angebot der Dienste seitens des Verpflichteten nach Unterbrechung des schon in Kraft gewesenen Dienstverhältnisses. a) Die Entsch. JDR. 7 Ziff. 1 c jetzt auch R. 09 II Ziff. 455. b) Dagegen **RG.** R. 09 II Ziff. 1473. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift beschränkt sich nicht auf den Fall, daß der Dienstverpflichtete die Leistung der Dienste überhaupt noch nicht angetreten hat, sondern umfaßt auch die Fälle, wo der Verpflichtete nach einer, wenn auch von ihm nicht verschuldeten Unterbrechung seiner Dienste sich zu ihrer Leistung wieder bereit und imstande erklärt, vorausgesetzt, daß das Dienstverhältnis trotz der Unterbrechung noch besteht. Denn auch dann ist begrifflich ein Verzug des Berechtigten nach § 615 möglich, wobei freilich erfordert wird, daß die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen des Verzugs erfüllt sind.

3. Vertragsmäßiger Ausschluß des § 615. GewuKfmG. **14** 388 (LG. Stettin). Eine die Anwendung des § 615 ausschließende Vereinbarung, daß der Arbeitnehmer, wenn die Arbeit ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann (z. B. bei einem Brückenbau im Falle vom Hochwasser), für dieses sog. „Aussetzen" keine Entschädigung soll verlangen können, verstößt nicht gegen die guten Sitten und ist daher zulässig.

4. Einzelne Fälle. **a**) Die Entsch. JDR. **7** § 615 Ziff. 3 f jetzt auch SächsOLG. **30** 359. **b**) SächsOLG. **30** 166 (Dresden). Wenn ein Gastwirt einen Singspielunternehmer zur Darbietung von Vorträgen in seinen Wirtschaftsräumen engagiert, so hebt der Umstand, daß die Polizeibehörde nachträglich die zur Veranstaltung solcher Darbietungen gemäß § 33 a GewO. erforderliche Genehmigung versagt, den Anspruch des Unternehmers auf Zahlung der Vergütung nicht auf.

§ 616. 1. BadRpr. **09** 179 (BadVerwaltungsgerichtshof). Der Umstand, daß der Arbeitgeber dem erkrankten Versicherten den vollen Gehalt (und nicht den nach § 616 gekürzten Betrag) weiter bezahlt hat, ist für die Verpflichtungen der Betriebskrankenkasse ohne rechtliche Bedeutung. Die Absicht des Betriebsunternehmers, dem Versicherten über das Gehalt hinaus kein Krankengeld aus der Betriebskrankenkasse zu gewähren, kann dadurch verwirklicht werden, daß die Firma die dem Versicherten zustehende Krankenunterstützung vorschußweise gewährt, der Versicherte zur Deckung dieses Vorschusses gemäß § 56 Abs. 2 Ziff. 1 und § 65 Abs. 3 KrankVG. seinen Anspruch an die Kasse auf die Firma überträgt und die Firma den Gehalt um den Betrag der Krankenunterstützung kürzt. Zum Zustandekommen der hierin enthaltenen beiden Verträge über eine Vorschußleistung und eine Forderungsabtretung ist aber ein dahingehender übereinstimmender Wille der Beteiligten erforderlich; dieser Vertragswille kann auch nicht durch den bloßen Hinweis auf eine seitherige Übung ersetzt werden.

2. Zur Frage der Einführung von Normen nach Art von § 616 beim Bühnenengagementsvertrage vgl. oben § 611 IV Ziff. 10.

§ 618. 1. Allgemeines. **a**) R. **09** II Ziff. 3336 (Colmar). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 618 ist, wie schon der Hinweis des Abs. 3 das. auf die §§ 842—846 erkennen läßt, ein vertretbares Verschulden des Dienstberechtigten. Der Umstand, daß der § 618 die Pflichten des Dienstherrn über das Normalmaß hinaus erweitert, vermag hieran nichts zu ändern. **b**) R. **09** II Ziff. 1862 (Colmar). Der § 618 verpflichtet den Dienstherrn (im vorliegenden Falle handelte es sich um einen Apotheker), bei seinen Anordnungen und der Leitung der Dienstleistungen seiner Arbeiter die bei dem Dienstpersonal erfahrungsmäßig häufig vorkommende Unachtsamkeit und Unbesonnenheit in Betracht zu ziehen. Er hat insbesondere damit zu rechnen, daß die Arbeiter bei Verhinderung eines in erster Linie zu einer Dienstleistung Berufenen zu solchen Verrichtungen übergehen, zu denen ihnen die nötigen Fähigkeiten mangeln. Erwächst ihnen hierbei ein Schaden, so ist der Dienstherr ersatzpflichtig. **c**) SeuffBl. **09** 216 (BayObLG. i. Straff.). Hat ein Arbeitgeber die behördlich angeordneten Vorkehrungen getroffen, werden diese aber von den Arbeitern nicht benützt, so ist ein (sc. strafrechtliches) Verschulden des Arbeitgebers nur unter besonderen Umständen denkbar. Denn es kann ihm im allgemeinen nicht wohl zugemutet werden, noch überdies regelmäßig nachzusehen oder nachsehen zu lassen, ob die Arbeiter von den zu ihren Gunsten getroffenen Einrichtungen auch wirklich Gebrauch machen. **d**) KGBl. **09** 26, R. **09** II Ziff. 1475 (KG.). Auch gegenüber dem nur zu vorübergehenden Dienstleistungen Verpflichteten liegen dem Dienstberechtigten die Verpflichtungen aus § 618 ob. Seine Haftpflicht erstreckt sich auch auf die von dem Dienstverpflichteten nur aus Anlaß der Dienstleistung zu benutzenden Räumlichkeiten. (Die Haf-

tung für Beschädigung eines zu einem Feste engagierten Klavierspielers, der während der Beköstigung in einem nicht zu den Festräumen gehörigen Zimmer von einer ausgehobenen, umfallenden Tür getroffen wird, wird bejaht.) e) Konkurrierendes Verschulden. Vgl. unten Ziff. 4 e. α. **RG.** R. **09** II Ziff. 1863. Der Dienstherr hat für den einem Angestellten aus der fehlerhaften Aufstellung von Gerätschaften entstandenen Schaden aufzukommen, sofern nicht dem verletzten Angestellten selbst die ordnungsmäßige Aufstellung der Gerätschaften oder etwa die Überwachung anderer Dienstverpflichteter hinsichtlich dieser Verrichtung obgelegen hat. β. Ähnlich **RG.** SchlHolstAnz. **09** 268. Die Verpflichtung des Dienstherrn, für den ordnungsmäßigen Zustand der Gerätschaften zu sorgen, entbindet den Dienstverpflichteten nicht von der Haftung für eigene Fahrlässigkeit.

2. Verhältnis zu § 823 (vgl. JDR. **7** § 618 Ziff. 4). a) R. **09** II Ziff. 2383 (Cassel). Eine schuldhafte Verletzung des § 618 stellt sich nicht immer zugleich als eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 2 dar und begründet daher auch nicht immer den Anspruch auf Schmerzensgeld, da es nicht angeht, den im § 618 Abs. 3 ausgeschlossenen § 847 auf dem Umweg über § 823 Abs. 2 wieder einzuführen. Ein Anspruch auf Schmerzensgeld ist dem Dienstverpflichteten vielmehr nur gegeben, wenn die schädigende Handlung zugleich — unabhängig von § 618 — selbständig eine Verletzung des § 823, insbesondere einen Verstoß gegen polizeiliche Sicherungsvorschriften, in sich schließt. b) Vgl. auch HansGZ. **09** Beibl. 247 (Hamburg).

3. Anwendung auf den Beamtendienstvertrag. Vgl. JDR. **7** § 618 Ziff. 3. a) **RG. 71** 246, JW. **09** 439, R. **09** II Ziff. 1987 (vgl. auch R. **08** 550 und II 289). Dienstwohnungen werden ihren Inhabern regelmäßig gerade mit Rücksicht auf Verrichtung ihrer Dienste, in vielen Fällen geradezu deshalb gewährt, weil ihr Inhaber ohne eine solche (z. B. wegen Fehlens geeigneter Privatwohnungen) seine Dienste überhaupt nicht verrichten könnte. Entsteht dem Inhaber infolge der gesundheitsgefährlichen Beschaffenheit der Wohnung ein Schaden, so ist daher § 618 entsprechend anwendbar. b) **RG. 71** 243. Wegen des Anspruchs eines Lehrers aus der gesundheitgefährdenden Beschaffenheit der ihm zugewiesenen Dienstwohnung ist nach fruchtloser Anrufung der zuständigen Verwaltungsbehörde nicht das Verwaltungsstreitverfahren, sondern der ordentliche Rechtsweg zulässig.

4. Einzelne Fälle. a) SeuffA. **64** 13 (Braunschweig). Der Dienstherr ist für den Unfall haftbar, den sein Gesinde dadurch erleidet, daß es durch den Fußboden des über dem Stalle liegenden Bodens beim Reinigen durchbricht. b) Unfall bei der Lohnzahlung. Die Entsch. JDR. **7** Ziff. 5 f jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 966. c) Unfall eines zu einem Feste engagierten Klavierspielers, s. o. Ziff. 1 d. d) **RG.** WarnE. **09** Nr. 447. Ein Dienstherr, der weiß, daß der Dienstbote Fenster in gefährdeter Stellung von der äußeren Fensterbank aus putzt, muß ihm dies ernstlich verbieten. e) Konkurrierendes Verschulden. Beispiele. α. **RG.** SchlHolstAnz. **09** 268, R. **09** II Ziff. 2244. Dem als Oberkellner angestellten Sohne eines Hotelbesitzers fällt überwiegendes Verschulden an seinem Unfalle zur Last, wenn die von ihm beim Gardinenaufstecken benutzte Trittleiter erkennbar schadhaft ist und unter ihm zusammenbricht. Auf Grund seiner besonderen Stellung hatte er mindestens eine Mitaufsicht über die Gerätschaften; er hat nicht nur seine Pflichten in dieser Beziehung verletzt, sondern ist selbst fahrlässig gewesen. β. **RG.** R. **09** II Ziff. 2934. Das eigene Verschulden eines bei einer städtischen Schule angestellten Heizers, der auf Geheiß des Schuldieners zum Fensterputzen eine — wie ihm bekannt — schadhafte Leiter besteigt und dabei einen Unfall erleidet, ist nicht so überwiegend, daß ein Verschulden der Stadt nicht in Frage käme. f) Ausschluß der Haftung. **RG.** R. **09** II Ziff. 250. Benutzt ein Land-

wirt gelegentlich der Ablieferung seines an eine Brauerei verkauften Hauses eine gewöhnliche Leiter letzterer in unsachgemäßer Weise, so besteht keine Haftung der Brauerei für die dem Landwirte hierbei zugestoßene Körperverletzung.

5. Sonstiges. a) *Gößmann, SeuffBl. **09** 334. Der land- oder forstwirtschaftl. Betriebsunternehmer haftet während der ersten 13 Wochen nach dem Betriebsunfall eines seiner Arbeiter gemäß § 146 III LUVG. nur, soweit dem Arbeiter nicht nach statut. Bestimmung (§ 2^6 KrVG.) oder in Bayern nach § 21 ArmenG. (aber nur 90 statt 91 Tage!) ein Anspruch im Umfange des § 6, 7 KrVG. zusteht. Freiwillige Versicherung und § 27 LUVG. schließen den Anspruch gegen den Unternehmer nicht aus. Der Unternehmer haftet nicht für den wirklichen Schaden, sondern nur für die Differenz zwischen dem, was ein krankenversicherter Arbeiter erhalten würde, und dem, was der Arbeiter etwa nach Landesrecht oder Statut erhält. Der Ersatzanspruch der hilfeleistenden Gemeinde gegen den Unternehmer aus § 27 I Satz 4 mit § 146 III LUVG. beruht auf zivilrechtl. Grundlage, ist aber durch die öffentlichrechtl. negotiorum gestio der Gemeinde öffentlichrechtl. Natur geworden. Zuständigkeit nach § 29 II LUVG. Gegen den strafgerichtl. verurteilten Unternehmer besteht daneben noch wahlweise ein zivilrechtl. Anspruch aus § 147 LUVG. (Zuständigkeit der Zivilgerichte.) b) Zur Frage der Einführung von Normen nach Art von § 618 beim Bühnenengagementsvertrage, vgl. oben § 611 IV Ziff. 10.

§ 619. De lege ferenda. Vgl. § 611 IV Ziff. 10.

§ 620. I. Dogmatisches. Behr, DJZ. **09** 1486 f., bespricht den Unterschied zwischen der Kündigung des Staatsdienstes und der Kündigung des Privatdienstvertrags.

II. 1. Stillschweigend vereinbarte oder ausgeschlossene Kündigung. a) GewuKfmG. **14** 363 (GG. Zittau). Die gesetzliche Kündigungsfrist findet gegenüber dem stillschweigenden (z. B. auf Ortsüblichkeit beruhenden) Vertragswillen der Parteien keine Anwendung. b) GewuKfmG. **14** 223 (LG. Mosbach). Durch eine in einem nicht fabrikmäßigen Betrieb am Arbeitsplatz ausgehängte Bekanntmachung des Arbeitgebers, daß eine „gegenseitige Kündigung nicht mehr stattfinde", wird, sofern die Arbeiter dieselbe lesen und danach ohne Widerspruch die Arbeit fortsetzen, die Kündigung ausgeschlossen.

2. Kündigung bei einem Dienstverhältnis von bestimmter, unbestimmter Dauer. a) GewuKfmG. **14** 266 (KfmG. Düsseldorf). Bei einem Dienstverhältnisse von bestimmter Dauer ist eine Kündigungsfrist begrifflich ausgeschlossen. b) RArbBl. **7** 67, GewA. **8** 496 (GG. Berlin). Der scherzhafte Ausdruck, es könne ein Gewerbegehilfe bei einem Arbeitgeber „ewig bleiben," kann nur bedeuten, daß der Gewerbegehilfe auf unbestimmte Zeit engagiert werde.

3. Kündigung und Irrtumsanfechtung, vgl. § 611 II Ziff. 3.

4. Wirkung verspäteter Kündigung. ZAktGes. **17** 74 (Aufs.). Die Frage, ob eine für einen bestimmten Termin ausgesprochene, für diesen verspätete Kündigung ihre Wirksamkeit für den nächsten Kündigungstermin äußert, muß unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles beantwortet werden.

5. Kündigung bei Arbeit im Akkord. BadRpr. **09** 231 (GG. Mannheim). Die für ein Arbeitsverhältnis vereinbarte Kündigungsnorm findet auch dann Anwendung, wenn während der Dauer des Arbeitsverhältnisses im Akkordlohne gearbeitet wird, es sei denn, daß für die Akkordarbeiten eine abweichende Bestimmung getroffen ist. (Übereinstimmend die aaO. angeführten Entscheidungen; dagegen namentlich die meisten Entsch. des GG. Berlin — aaO. —; Lotmar, Arbeitsvertrag II 537 und 586: es handelt sich um eine Auslegungsfrage; über

das im Zweifel Anzunehmende scheint sich ein Gerichtsgebrauch noch nicht gebildet zu haben.)

6. Auflösung des Lehrverhältnisses. R. **09** 846 (PrOVG.). Über die Frage, ob Lehrherr oder Lehrling berechtigt sind, das Lehrverhältnis aufzulösen, haben die Zivilgerichte zu entscheiden, denen es auch zusteht, dem Lehrlinge durch einstweilige Verfügung das Fernbleiben von der Lehre zu gestatten. An die hiernach von den Gerichten getroffenen Maßnahmen ist die Polizeibehörde gebunden. Sind gerichtliche Entscheidungen nicht ergangen, so kann die Polizeibehörde das Verbleiben in der Lehre dann anordnen, wenn der Lehrling in einem durch das Gesetz nicht vorgesehenen Falle die Lehre verlassen hat (§ 127 d GewO.).

III. Einschränkung der Kündigungsfreiheit. Gesetzgeberische Anregungen. Flesch, GewuKfmG. **14** 377 ff., bespricht die durch die Novelle zum PrBergG. v. 28. Juli 1909 hinsichtlich der sog. „Sicherheitsmänner" statuierte Einschränkung des Kündigungsrechts des Bergherrn (es kann ihnen innerhalb der Wahlperiode nur aus gewissen Gründen gekündigt werden) und wünscht Ausdehnung des hierin ausnahmsweise aufgestellten Prinzips, daß die Entlassung eines Arbeiters nicht in das freie Belieben des Arbeitgebers gestellt und namentlich nicht von seinem Verhalten in Arbeiterausschüssen, bei Wahlen usw. abhängig gemacht werden darf, aus Gründen öffentlichen Wohles auch auf die Verträge anderer Gewerbszweige. Dem müßte freilich auch der Schutz des Arbeitgebers gegen willkürlichen Dienstaustritt gegenüberstehen; eine Beeinträchtigung des Streik- oder Koalitionsrechts könnte darin nicht erblickt werden, da die jetzt den Arbeitern gegebene Macht, die Arbeitsniederlegung zur Erzwingung von Forderungen oder als Drohung zu benutzen, mit dem Koalitionsrechte nichts zu tun hat. Das Prinzip der Vertragsfreiheit müßte in beiden Fällen dem öffentlichen Interesse untergeordnet werden.

§ 622. ZAktGes. **17** 123 (Auff.). Niemand kann zur Leistung von Diensten höherer Art auch nur vorübergehend wider seinen Willen gezwungen werden. Dies trifft insonderheit für die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zu. Wird durch eine Amtsniederlegung der Aufsichtsrat beschlußunfähig, so ist es Sache des Vorstandes, eine Generalversammlung zu berufen, damit sich die Aktionäre mit einer Neuwahl befassen.

§ 625. 1. SeuffA. **63** 409 (vgl. JDR. **7** § 625 Ziff. 1). Auf den Agenturvertrag findet, da er eine Unterart des Dienstvertrags ist, insonderheit auch § 625 Anwendung.

2. Kann der Angestellte, der nach Auflösung des Dienstverhältnisses am Kündigungstermine noch ohne Stellung ist, von dem Arbeitgeber, „bittweise" derartig weiter beschäftigt werden, daß er das gleiche Gehalt von früher bezieht, der Prinzipal ihm dagegen jederzeit die Weiterarbeit untersagen kann? (Vgl. JDR. **7** § 625 Ziff. 2.) Die Frage ist mehrfach für Handlungsgehilfen behandelt, hat aber auch für den Dienstvertrag des Zivilrechts Interesse. **a)** Mayer, GewuKfmG. **14** 156, verneint sie für Handlungsgehilfen im Hinblick auf § 67 (HGB.). Wenn der Prinzipal dem Angestellten nicht nur gestatten will, mitzuarbeiten, ohne sich selbst zur Lohnzahlung zu verpflichten, sondern wenn er auch seinerseits sich zu einer Leistung, nämlich zur Weiterzahlung des Lohnes, verpflichtet, so liegt ein Dienstvertrag vor, der dessen Normen unterliegt (also auch der Kündigungsvorschrift des § 67 HGB.). **b)** Dagegen Erdel aaO. **14** 275 ff. Beide Teile wollen regelmäßig nicht verpflichtet sein, den Vertrag fortzusetzen. Insbesondere will der Dienstherr jederzeit in der Lage bleiben, die Arbeit des Angestellten zu sistieren, sei es, weil sich Unzuträglichkeiten ergeben, sei es, weil er glaubt, genug Zeit zum Aufsuchen einer neuen Stellung gelassen zu haben. Es würde in keines Interesse sein, wenn eine Fortsetzung des

Vertragsverhältnisses mit allen seinen Folgen angenommen werden müßte. Um sich zu sichern, muß der Dienstherr von § 625 Gebrauch machen. Der „Widerspruch" braucht nicht „tätlich" zu erfolgen, indem der Prinzipal dem Angestellten das Weiterarbeiten tatsächlich verbietet, sondern es genügt ein „wörtlicher" Widerspruch, indem er jenem das Mitarbeiten zwar gestattet, aber sofort erklärt, daß diese Gestattung nicht als Verlängerung des Dienstvertragsverhältnisses aufgefaßt werden dürfe. c) In letzterem Sinne auch KfmG. Mannheim aaO. **14** 393.

§ 626. I. Allgemeines. 1. Zwingende Natur der Bestimmung (vgl. IDR. **7** § 626 Ziff. 1 c). **RG. 69** 365, RheinA. **106** 256, LeipzZ. **09** 59. Die Vorschrift des § 626 enthält zwingendes Recht; sie muß absolut sein, wenn ihr überhaupt eine Bedeutung zukommen soll.

2. Gründe, die sich vor der Anstellung ereignen. Vgl. IDR. **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. 2, **7** Ziff. 2. a) **RG.** R. **09** II Ziff. 3052. Auch eine längere Zeit vor dem Dienstantritte gelegenes Verhalten (z. B. leidenschaftschaftlicher Hang zum Spiele) kann für die sofortige Entlassung gemäß § 626 verwertet werden, jedoch nur dann, wenn das vor der Vertragszeit liegende Ereignis seine Wirkung derart in die Vertragszeit hinein erstreckt, daß dem anderen Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. b) GewuKfmG. **14** 227 (KfmG. München). Ein Auskunfts- und Inkassobureau kann einen wegen Urkundenfälschung und Betrugs vorbestraften Angestellten sofort entlassen, wenn die Polizeibehörde dies auf Grund von § 35 GewO. verlangt. c) Die Entsch. IDR. **7** § 626 Ziff. 2 b, jetzt auch RheinA. **106** 259.

3. Gründe, die nach der Entlassung liegen. Vgl. IDR. **7** § 626 Ziff. 3. a) ElsLothIZ. **09** 358 (Colmar). Zwar können zur Rechtfertigung einer sofortigen Dienstentlassung auch später entstandene Gründe herangezogen werden; doch gehört hierzu nicht die erfolglos gebliebene Anzeige wegen strafbarer Handlungen, die ein Handlungsgehilfe gegen seinen Dienstherrn nach seiner ungerechtfertigten sofortigen Entlassung und nach einer von letzterem gegen ihn grundlos erhobenen Strafanzeige in gutem Glauben ihrer Begründung erstattet hat. b) Die Entsch. IDR. **7** Ziff. 2 jetzt auch RheinA. **106** 259.

4. Gründe, die dem anderen Teile schon bekannt waren, als er noch zu dem vertragsmäßigen Kündigungstermine kündigen konnte. R. **09** II Ziff. 1707 (Stuttgart). Dem Prinzipale bekannte Vorkommnisse, die ihm nicht zu der noch möglichen Kündigung auf den Vierteljahrsschluß Veranlassung gegeben haben, dürfen von ihm regelmäßig nicht benutzt werden, um nach Ablauf der Kündigungsfrist die sofortige Entlassung darauf zu gründen.

5. Ausschluß der fristlosen Kündigung durch Verzeihung. a) R. **09** II Ziff. 3474 (Breslau). Eine dem Anstellungsvertrage zuwiderlaufende erhebliche Beschränkung der Dienstbefugnisse des Angestellten stellt für diesen einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung dar. Hat jedoch der Angestellte durch sein Verhalten zu erkennen gegeben, daß er sich in die Änderung seiner dienstlichen Stellung füge, so ist darin eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit zu erblicken. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. b) ZAktGes. **17** 1 (Auss.). Ein vom Aufsichtsrate dem Vorstande verziehener Entlassungsgrund kann nicht von dem neugewählten Aufsichtsrate selbständig geltend gemacht werden. c) Gew. uKfmG. **14** 149 (GG. Weimar). Ist ein Entlassungsgrund verziehen worden, so iegt darin Verzicht auf Geltendmachung dieses Grundes.

6. Verschulden des Entlassenen. **RG.** SächsA. **09** 166. Der Tatbestand des wichtigen Grundes erfordert keineswegs immer ein subjektives Verschulden des anderen Teiles; es genügt z. B., daß der Angestellte die Leistung der Dienste objektiv unbefugt verweigert hat.

7. Beweislast. MecklZ. **27** 218 (Rostock). Bei vorzeitiger Entlassung des Angestellten wegen angeblicher Unfähigkeit zur Leistung der Dienste muß der Dienstherr das Vorliegen des Kündigungsgrundes beweisen.

II. Wichtige Gründe. Einzelfälle (vgl. JDR. **5** Ziff. 5, **6** Ziff. 4, **7** Ziff. 4). 1. Dienstverhältnisse kaufmännischer und gewerblicher Art. a) Schlechte Vermögensverhältnisse des Dienstherrn. α. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 969, RheinA. **106** 253, OLG. **19** 307 (KG.), LeipzZ. **09** 551, R. **09** II Ziff. 1606. Die Auflösung des Geschäfts infolge Unmöglichkeit eines lohnenden Fortbetriebs berechtigt den Geschäftsherrn zur Kündigung eines auf längere Zeit geschlossenen Agenturvertrags. Durch eine solche vorzeitige Kündigung wird er dem Agenten nicht schadensersatzpflichtig. Hat er das Geschäft nach bestem Können geführt, so braucht er des Agenten wegen nicht eine vollkommenere Betriebsart einzuführen. β. WürttJ. **21** 289, R. **09** II Ziff. 1053 (Stuttgart). Die fristlose Kündigung des Agenturverhältnisses ist zulässig, wenn die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs den Geschäftsherrn zum Konkurse führen würde. b) Minderwertigkeit der Leistungen des Angestellten. α. LeipzZ. **09** 704 (Hamburg). Erheblicher Mißerfolg des Agenten bildet einen wichtigen Kündigungsgrund. β. OLG. **19** 301 (Kiel). Ein Reisender, der in seiner Tätigkeit dauernd Mißerfolge zu verzeichnen hat, kann im Kontordienst beschäftigt werden. Weigert er sich, solche Dienste zu verrichten, so kann er fristlos entlassen werden. γ. GewuKfmG. **14** 292 (KfmG. Regensburg). Eine Kontoristin kann sofort entlassen werden, wenn sie nicht orthographisch richtig schreibt. δ. **RG.** LeipzZ. **09** 685. Ein von einer Firma zur Einführung eines von ihm erfundenen Verfahrens auf bestimmte Zeit angestellter Ingenieur kann, wenn sich die Erfindung nicht bewährt — womit von vornherein gerechnet werden mußte — nicht deshalb fristlos entlassen werden, weil er die Firma auf ungünstige Erklärungen eines früheren Geschäftsherrn über den Wert der Erfindung nicht hingewiesen hat. c) Veränderung in der dienstlichen Tätigkeit des Angestellten. α. Vgl. oben I Ziff. 5 a. β. OLG. **19** 302, LeipzZ. **08** 870, R. **09** II Ziff. 3847 (Braunschweig). Umwandlung der Vertrauensspesen in angemessene feste Spesen ist, falls die Umwandlung nicht gegen die Vereinbarung verstößt, kein wichtiger Kündigungsgrund. γ. Vgl. oben II Ziff. 1 b β. d) Dienstversäumnis des Angestellten. α. GewuKfmG. **14** 269 (KfmG. Solingen). Unentschuldigtes Ausbleiben der Verkäuferin am Sonntag vor Weihnachten bildet einen wichtigen Grund zur Entlassung. β. GewuKfmG. **15** 41 (LG. Chemnitz). Der erkrankte Handlungsgehilfe kann sofort entlassen werden, wenn er den Dienst versäumt, ohne sich zu entschuldigen. γ. GewuKfmG. **14** 366 (LG. Elberfeld). Ist eine kaufmännische Angestellte in gutem Glauben, daß ihr ein Urlaub von acht Tagen bewilligt ist, einige Tage von der Arbeit weggeblieben, so kann darin kein wichtiger Kündigungsgrund erblickt werden. e) Feindseligkeiten von Angestellten untereinander. SächsOLG. **30** 555 (Dresden). Feindseliges Verhalten zwischen zwei Direktoren einer Aktiengesellschaft bildet einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Dienstvertrags beider oder eines von ihnen. f) Unredlichkeiten des Angestellten. **RG.** R. **09** II Ziff. 738. Auch geringwertige Unredlichkeiten können zur sofortigen Entlassung führen, etwaige abweichende Anschauungen der Handelskreise kommen nicht in Betracht. g) Entlassung von Angestellten bei Streik. α. RheinA. **106** 124 (Düsseldorf). Der Unternehmer einer öffentlichen Schwebebahn ist, wenn eine große Anzahl Angestellter den Dienst grundlos versäumt, um unberechtigte Forderungen durchzusetzen, im Hinblick auf die Art des Betriebs zur sofortigen Kündigung des Dienstverhältnisses diesen Angestellten gegenüber berechtigt. β. Gew. uKfmG. **14** 313 (GG. Solingen). Beharrliche Weigerung, Streikarbeit zu verrichten, ist sofortiger Entlassungsgrund. h) Entlassung wegen äußerer Um-

stände. GewuKfmG. **14** 264 (GG. Mainz). Einem Schiffer gegenüber kann die Einstellung der Schiffahrt wegen hohen Eisganges nicht als wichtiger Entlassungsgrund geltend gemacht werden.

2. Andere Dienstverhältnisse. a) **RG.** R. **09** II Ziff. 978. Eine Ortskrankenkasse, die zum System der beamteten Kassenärzte übergegangen war, konnte, da ein Teil der beamteten Kassenärzte demnächst ihre Tätigkeit einstellte, jenes System nicht aufrechterhalten, sondern mußte zum Systeme der freien Ärztewahl zurückkehren. Auf Verlangen der übrigen Ärzte mußte sie die vertragstreu gebliebenen Kassenärzte entlassen. In solchem Falle ist auf seiten der Krankenkasse keine solche Zwangslage anzunehmen, daß im Sinne des § 626 ein wichtiger Entlassungsgrund als vorliegend erachtet werden könnte. b) **RG.** R. **09** II Ziff. 3337. Lehnt eine Krankenkasse den Vorschlag ihres erkrankten Arztes, zwei andere Ärzte für den Rest der Vertragsdauer zur Verfügung zu stellen, ab, so verstößt sie gegen Treu und Glauben und gibt dem Arzte dadurch einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung. c) WürttZ. **09** 204 (LG. Tübingen). Ein württembergischer Bezirksnotar, dem, während er durch Krankheit an der Ausübung seiner Dienstgeschäfte verhindert ist, sein Privatgehilfe von der Justizverwaltung zum Vertreter bestellt worden ist, braucht, wenn später ein Vertreter bestellt wird und dieser den zunächst mit der Vertretung Beauftragten nicht als Gehilfen übernehmen will, letzterem für die Zeit, wo er für den Notar nicht tätig sein kann, keine Vergütung zu zahlen. Dies folgt nicht aus § 626, sondern aus der — für Notar und Gehilfen zufälligen — Unmöglichkeit der Erfüllung des Dienstvertrags (§ 323); die Gefahr dieses Zufalls hat der Schuldner der Dienste, der Gehilfe, zu tragen. d) Friedländer aaO. 123. Wichtige Gründe zur Auflösung des Anwaltdienstvertrags (vgl. oben § 611 I Ziff. 13) sind: Nichtzahlung des Vorschusses trotz Aufforderung, beleidigendes oder ungebührliches Benehmen des Mandanten, nachträglich gewonnene Überzeugung des Anwalts von der Unvertretbarkeit der Sache. e) Niederrheinischer Auktionator (vgl. § 631 IV Ziff. 4 und § 649 Ziff. 3a). Will man den aaO. geschilderten Vertrag als Dienstvertrag auffassen, so bildet die Konkurseröffnung über das Vermögen des Auktionators im Sinne des § 626 einen wichtigen Grund, ihm die fernere Einziehung der Steigpreise zu entziehen (die aaO. zit. Entsch. 150).

3. Sonstiges. a) **RG.** R. **09** II Ziff. 739. Ableugnen an sich geringfügiger Verfehlungen kann zur sofortigen Entlassung führen. b) GewuKfmG. **15** 55 (GG. Stuttgart). Ein Arbeitnehmer darf, wenn ein bestimmter Lohn nicht vereinbart ist und der Arbeitgeber die Zahlung des von dem Arbeitnehmer verlangten Lohnsatzes verweigert, die Arbeit nicht sofort niederlegen. Will er sich mit dem angebotenen Lohnsatze nicht begnügen, so mag er ordnungsmäßig kündigen, den Lohn unter der Erklärung, er betrachte ihn als Abschlagszahlung, annehmen und nach Auflösung des Vertragsverhältnisses den geforderten Mehrbetrag gerichtlich geltend machen.

III. Rechtsbeziehungen der Parteien nach der grundlosen Entlassung. GewuKfmG. **14** 371 (KfmG. Berlin). Der grundlos entlassene Angestellte ist auf die Aufforderung des zur Gehaltszahlung verurteilten Prinzipals verpflichtet, wieder in die Stellung zurückzukehren.

§§ 627, 628. Friedländer, Komm. zur RAO. 128. Die §§ 627, 628 müssen auch auf den Anwaltswerkvertrag (s. o. § 611 I Ziff. 13) Anwendung finden (auf die Grundlage von Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 299).

§ 627. 1. Ausschluß durch Parteivereinbarung (vgl. JDR. **5** § 627, **7** § 627 Ziff. 2). a) Die Entsch. JDR. **7** aaO. (**RG.**) auch RheinA. **106** 256, LeipzZ. **09** 59. b) DJZ. **09** 91 (Obergericht Tsingtau). Wenn jemand einem anderen die Regulierung seiner Schulden überträgt und ihm dazu den pfändbaren Teil seines Einkommens abtritt, so kann er den Vertrag, der sich als Dienstvertrag

aus § 627 darstellt, nicht jederzeit kündigen. § 627 enthält zwingendes Recht mindestens für solche Fälle nicht, in denen die Kündigung ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gegen Treu und Glauben verstoßen würde. (Zu einem abweichenden Resultate gelangt — auf Grund der allgemeinen Grundsätze des § 611 — des OLG. Dresden in SächsRpflA. **09** 526; vgl. oben § 611 III Ziff. 3 a).

2. Kommissionsagent. **RG. 69** 363, RheinA. **106** 256, SeuffBl. **09** 415, BankA. **09** 243. Wenn auch der Kommissionsvertrag sich als ein Dienstvertrag im Sinne des § 627 darstellt, so gelten doch für den sog. Kommissionsagenten, d. h. für einen Kaufmann, welcher ständig damit betraut ist, in eigenem Namen für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abzuschließen, nicht die Kündigungsbestimmungen dieser Vorschrift, sondern die für den Agenten erlassenen des § 92 HGB.

3. Feste Bezüge. Vgl. JDR. **7** § 627 Ziff. 1. Die Entsch. **RG.** JW. **08** 714 jetzt auch BankA. **8** 243.

§ 628. Zu Abs. 2. 1. Haftung Streikender: **a)** außer nach § 628 Abs. 2 auch aus unerlaubter Handlung, vgl. § 611 III Ziff. 8a. **b)** RheinA. **106** 124 (Düsseldorf). Die wegen Vertragsbruchs in Anspruch genommenen Arbeitnehmer können sich der Schadensforderung des Arbeitgebers gegenüber nicht darauf berufen, daß dieser sie nachträglich entlassen und ihre Wiederanstellung abgelehnt habe.

2. Konkurrierendes Verschulden. BadRpr. **09** 205 (Karlsruhe). Auf den im § 628 Abs. 2 statuierten Schadensersatzanspruch finden die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz, insonderheit § 254, Anwendung. Es ist also zu prüfen, ob auch den Kündigenden ein Verschulden trifft, das den anderen Teil zur Verweigerung der ihm obliegenden Leistung berechtigen würde.

§ 629. Felisch, DJZ. **09** 628. Wenn ein Schauspieler nach Kündigung des Engagementsvertrags Urlaub zwecks Absolvierung eines Probegastspiels an einer anderen Bühne erbittet und erhält, so kann er während der Urlaubszeit Fortzahlung der Bezüge nicht verlangen. Denn es handelt sich nicht um „Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses", sondern das Probeengagement stellt bereits einen neuen Dienstvertrag dar. Einen Anspruch auf Urlaubsgewährung zwecks Absolvierung einer Probeleistung bei einem anderen Dienstherrn hat kein Dienstpflichtiger.

§ 630. Zeugnis. 1. Inhalt des Zeugnisses. SächsOLG. **30** 187 (Dresden). Das Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer muß objektiv und das über die Leistungen und über die Führung subjektiv richtig sein. Hat der Dienstherr ein (vorsätzlich oder fahrlässig) falsches Zeugnis ausgestellt, so ist er dem Dienstpflichtigen, soweit dieser dadurch Schaden erleidet, zum Schadensersatz und zur Ausstellung eines neuen, richtigen Zeugnisses verpflichtet.

2. Fälligkeit des Anspruchs. GewuKfmG. **14** 265 (GG. Leipzig), 374 (AG. Hamburg). Die Ausstellung des Zeugnisses kann so lange verlangt werden, als dem Arbeitgeber die Möglichkeit der Abgabe eines Urteils noch zugemutet werden kann (also z. B. nach Monatsfrist).

3. GewuKfmG. **14** 265 (GG. Leipzig). Die Verweigerung eines Zeugnisses darf nicht damit begründet werden, daß das Zeugnis dem Dienstverpflichteten nur Nachteile bringen würde.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Zum Begriffe des Werkvertrags trägt Lesser einiges bei. Oertmann behandelt die Frage, ob der Käufer einer mangelhaft angebotenen Sache zur Abnahme verpflichtet sei, und zieht Parallelen zum Werkvertrage; Friedländer bespricht den Anwaltsvertrag in der Erscheinungsform des Werkvertrags. Aus der sonstigen Literatur seien hervorgehoben die Erörterungen von Allfeld und Klein über die Ver-

pflichtung des Bestellers eines Kunstwerkes, dasselbe an dem Platz aufzustellen, für den es bestimmt war. An die Entsch. **RG. 64** 41 haben sich literarische Erörterungen und gerichtliche Entscheidungen geknüpft; sie sind bei § 635 systematisch zur Darstellung gebracht. Die Rechtsprechung beschäftigt sich mit einer Fülle von Einzelfragen,

Literatur: Allfeld, Die Reichstagsbilder Angelo Janks, R. **09** 90. — Ebner, Anzeigenrecht, Hannover 1908. — Friedländer, Kommentar zur RAO., München 1908. — Ganz, Geltungsgebiet des § 638 BGB., DJZ. **09** 1434. — Klein, Die Reichstagsbilder Angelo Janks, SeuffBl. **09** 232. — Lesser, Inhalt der Leistungspflicht, Breslau 1909. — Oertmann, Sachmängel und Abnahmepflicht, R. **09** 617. — Reichel, Schuldmitübernahme, München 1909. — Witkowski, Verjährung von Schadensersatzansprüchen infolge unrichtiger Auskunfterteilung, DJZ. **09** 1487.

§ 631. I. Allgemeines. 1. Zum Begriffe des Werkvertrags. Lesser aaO. 86 ff. An sich geht jede Leistungspflicht auf die Herbeiführung eines Erfolges, da jede Folge eines Willensakts unter dem Gesichtspunkte, daß sie den Gegenstand einer Leistungspflicht darstellt, „Erfolg" genannt werden kann. Im § 631 sind aber nicht alle Folgen eines Willensakts, sondern nur diejenigen als gemeint anzusehen, bei deren Herbeiführung eine besondere Gefahr des Mißlingens besteht. Die Übernahme der Tragung dieser Gefahr ist das Kriterium des Werkvertrags gegenüber dem Dienstvertrage, bei dem eine solche Gefahr nicht besteht. Vgl. dazu G. Rümelin, „Dienstvertrag und Werkvertrag" 1905.

2. Erfordernisse des Werkvertrags. Bestimmtheit der Leistung. **a)** ElsLothJZ. **09** 120 (Colmar). Die Festsetzung einer Vergütung gehört zum wesentlichen Inhalt eines Werkvertrags; daher muß der Unternehmer behaupten und beweisen, daß ausdrücklich ein bestimmter Preis oder stillschweigend die übliche oder taxmäßige Vergütung vereinbart ist. **b) RG.** SchlHolstAnz. **09** 63. Ein Werkvertrag liegt nicht vor, wenn weder die Vergütung in ihrer endgültigen Gesamthöhe, noch das Werk selbst nach Größe, Form und Ausstattung festgelegt ist (vgl. dagegen die Entsch. JDR. **7** § 631 I Ziff. 10).

3. Zustandekommen des Vertrags. **RG.** LeipzZ. **09** 861, R. **09** II Ziff. 2936. Der Hafenmeister, der den Kapitän eines Schleppers mit der Abschleppung eines brennenden Schiffes beauftragt, schließt namens des Fiskus einen Werkvertrag ab, auch wenn der Kapitän auf die Frage nach der Höhe der Vergütung erklärt, dies sei „Sache der Assekuranz" und „komme später". Da die Assekuranz schließlich die Kosten des Unfalls zu tragen hat, liegt die Erklärung des Kapitäns, er wolle zunächst deren Ansicht über einen angemessenen Werklohn hören, nahe; die Offerte des Fiskus ist damit nicht abgelehnt, wie denn eine solche Ablehnung auch gegen die Pflichten des Kapitäns verstoßen haben würde (§ 511 HGB.).

4. Kontrahierungszwang. Vgl. JDR. **7** § 631 I Ziff. 11. **RG.** BayRpflZ. **09** 296. Ein zivilrechtlicher Anspruch darauf, als Zuschauer zu einem öffentlich veranstalteten Pferderennen gegen Zahlung des Eintrittsgeldes zugelassen zu werden, besteht nicht. Die Öffentlichkeit des Pferderennens kann der „Öffentlichkeit" der Eisenbahn und der Post, denen im allgemeinen Interesse mit gewissen Ausnahmen ein allgemeiner Beförderungszwang auferlegt ist, nicht gleichgestellt werden.

II. Inhalt der Leistungspflicht. Hat der Unternehmer neben dem Anspruch auf Vergütung unter Umständen noch weitergehende Rechte? **a)** Allfeld, Die Reichstagsbilder Angelo Janks. R. **09** 90. (Der Reichstag hatte bei Jank Gemälde zur Ausschmückung des Reichstagsgebäudes nach vom Künstler angefertigten Entwürfen bestellt, nach Fertigstellung der Bilder aber von ihrer Aufhängung Abstand genommen.) Dem Künstler, der auf Bestellung ein zur öffentlichen Aufstellung bestimmtes Werk schafft, kommt

es im wesentlichen darauf an, daß das Werk den Platz erhält, für den es bestimmt ist, von wo es seinen Namen der Welt verkündet und ihm die Bahn für weiteres ruhmvolles und auch materielle Früchte tragendes Schaffen ebnet. Die Vergütung ist hier nur ein Teil der Gegenleistung; bei Bemessung ihrer Höhe fällt ins Gewicht, daß durch die dem Künstler nützliche Verwendung des Werkes die Gegenleistung erst die richtige Ergänzung erfährt. Dies erscheint so selbstverständlich, daß der Besteller zumeist über die Absicht des Künstlers nicht im unklaren sein wird. Insbesondere hatte im vorliegenden Falle der Reichstag sich bei Bestimmung der Verwendung der Bilder nicht freie Hand gewahrt. **b)** Klein, SeuffBl. **09** 232, bekämpft diese Ansicht. Soll der Besteller bei Verwendung des Werkes nicht freie Hand behalten, so muß dies im Vertrag ausdrücklich ausgesprochen sein. Das war hier nicht der Fall. Die Tatsache, daß der Künstler mit der Aufstellung seines Werkes rechnet, bedeutet lediglich eine rechtlich belanglose Voraussetzung des Vertragsschlusses.

III. Abgrenzung von anderen Rechtsgeschäften. 1. Werkvertrag und Kauf. **a)** SächsOLG. **30** 262 (Dresden). Die Entscheidung darüber, ob bei Vereinbarung der Lieferung und Anbringung von Beleuchtungsanlagen in Gebäuden ein Kauf- oder ein Werkvertrag vorliege, hängt davon ab, ob beim Vertragsschlusse der Schwerpunkt auf die Lieferung der Beleuchtungskörper gelegt, deren Anbringung aber als Nebenleistung aufgefaßt wurde und auch aufzufassen war, oder ob etwa — wie z. B. bei Herstellung der Beleuchtungsanlage einer Fabrik — der Schwerpunkt auf die Planung und Vornahme der Arbeiten zu legen war und gelegt wurde. **b)** Werklieferungsvertrag und Kauf, vgl. § 651 Ziff. 1 a und b.

2. Werkvertrag und Miete. **a)** SchlHolstAnz. **09** 300 (Kiel). Wer einem anderen eine Schute zum Transporte von Sand aus einem im Hafen liegenden Kahne an eine bestimmte Landungsstelle gegen Entgelt überläßt, schließt keinen Werkvertrag, sondern einen Mietvertrag (vgl. auch oben § 611 I Ziff. 2 b). **b) RG.** R. **09** II Ziff. 3053. Ein Vertrag, durch den sich der Vermieter einer Tischlerei dem Mieter verpflichtet, mittels einer dort befindlichen, elektrisch betriebenen Exhaustoranlage die Späne fortzuschaffen, ist zwar kein reiner Werkvertrag, enthält aber, da es dem Mieter weniger darauf ankommt, die Anlage zu nutzen, als durch Anwendung der zu ihrem Funktionieren erforderlichen elektrischen Kraft seine Tischlerei zu entstäuben, überwiegend Merkmale eines Werkvertrags, während das Element des Mietvertrags zurücktritt. Der Vertrag bedarf daher nicht der schriftlichen Form des § 566 BGB. Die Entsch. **RG. 33** 47 lag anders. **c)** SeuffBl. **09** 566 (Bamberg). Hingabe einer Dreschmaschine unter gleichzeitiger Stellung einer sachkundigen Bedienungsperson ist Miete, nicht Dienst- oder Werkvertrag.

3. Werkvertrag und Dienstvertrag. **a)** Vertrag mit Anwalt. α. Friedländer aaO. 100 ff., 126 ff. Vgl. oben § 611 I Ziff. 13. Handelt es sich bei der Ratserteilung des Anwalts um Dienst- oder Werkvertrag? Friedländer nimmt stets Werkvertrag an (gegen Düringer-Hachenburg, HGB. **2** 230, **3** 353, der stets Dienstvertrag, und gegen Brunswig, GoldschmidtsZ. **56** 77, der regelmäßig Dienstvertrag und nur dann Werkvertrag annimmt, wenn die Vergütung nur für richtigen, d. h. für erfolgreichen Rat versprochen ist). **b)** Akkord. α. Im allgemeinen. SeuffBl. **09** 363 (München). Akkordarbeit kann unter Umständen Dienstvertrag und nicht Werkvertrag sein. Näheres vgl. § 611 I Ziff. 10. β. GewuKfmG. **14** 288 (GG. Posen). Wenn ein Arbeitgeber einem zunächst auf Tagelohn beschäftigten Arbeiter später Arbeiten im Akkord überträgt, so bedeutet diese Akkordabrede keinen Werkvertrag, sondern eine auf veränderte Festsetzung der Lohnhöhe gerichtete Nebenberedung des Dienstvertrags. **b)** SchlHolstAnz. **09** 261 (Kiel). Ein Frachtvertrag ist begrifflich als Werkvertrag, nicht als Dienstvertrag anzusehen. **c) RG.** R. **09** II Ziff. 3755. Wenn der Leiter einer Musikerkapelle einem

Theaterdirektor die Kapelle zu den Theaterabenden gegen Entgelt zum Musizieren unter einem von dem Theaterdirektor zu stellenden Kapellmeister zur Verfügung stellt, so liegt kein Werkvertrag, sondern ein Dienstvertrag vor. **d)** Ordnung von Geschäftsbüchern. α. Im allgemeinen. SächsOLG. **30** 122 (Dresden). Vertrag mit Bücherrevisor kann Dienst- oder Werkvertrag sein; vgl. hierzu § 611 I Ziff. 3 f. β. GewuKfmG. **14** 246 (KfmG. Hamburg). Ein Buchhalter, der die Instandsetzung von Geschäftsbüchern gegen einen bestimmten Preis übernimmt, leistet insoweit keine Dienste, sondern schließt einen selbständigen Werkvertrag. **e)** Abtretung außenstehender Forderungen zwecks Einkassierung kann einen Werkvertrag begründen, vgl. § 611 I Ziff. 3 g.

4. Werkvertrag und Werklieferungsvertrag. WürttJ. **21** 265, R. **09** II Ziff. 815 (Stuttgart). Die Lieferung und Anbringung von Jalousien an einem Hause ist ein reiner Werkvertrag, auf den § 651 keine Anwendung findet. Denn da die Jalousien durch Einfügung in das Gebäude wesentliche Bestandteile des Grundstücks und damit Eigentum des Grundstückseigentümers werden, findet eine „Übergabe" und eine „Eigentumsverschaffung" im Sinne des § 651 nicht statt.

5. Werkvertrag und „Werkverdingungsvertrag" i. S. der Tarifstelle 75 des PrStempStG. (Fassung vom 26. Juni 1909). Sontag, HoldheimsMSchr. **09** 103 f., erörtert den Unterschied beider Begriffe.

6. Werkvertrag und Mäklervertrag. Merkel, BayRpflZ. **09** 160 ff. Der bayerische sog. „Pfandvermittelungsvertrag" ist ein Werkvertrag i. S. der §§ 631, 675, kein Mäklervertrag. Denn der Vermittler ist vertraglich verpflichtet, die ihm übergebene Sache für den Verpfänder zu verpfänden, d. h. einen Erfolg herbeizuführen; vgl. hierüber näheres bei § 652 I Ziff. 3 b.

7. Werkvertrag und Frachtvertrag. SchlHolstAnz. **09** 199 (Kiel). Der Prahmführer, der ein Fuhrwerk auf seinem Fährprahm aufnimmt, um es überzusetzen, schließt keinen Fracht-, sondern einen Werkvertrag.

8. Besondere Abgrenzungsfälle. **a)** BreslauAK. **09** 23 (Breslau). Die Staatsanwaltschaft schließt mit den von ihr herangezogenen Sachverständigen (z. B. eines mit der Untersuchung von Leichenteilen beauftragten chemischen Untersuchungsamts) keinen Werkvertrag ab; ihr an den Sachverständigen gerichtetes Ersuchen um Vornahme der Untersuchung stellt sich vielmehr als eine öffentlich-rechtliche Amtshandlung bei Ausübung der staatlichen Strafgewalt, nicht als ein Vertragsangebot dar. Für die Leistung kann der Sachverständige Vergütung nur nach dem Ges. betr. die den Medizinalpers. zu gew. Vergütung vom 9. März 1872 verlangen. **b)** BraunschwZ. **09** 111 (Braunschweig). Wenn der Gerichtsschreiber eines Amtsgerichts auf Veranlassung des Konkursrichters Schlußrechnungen von Konkursen prüft, und zwar nach ausdrücklicher Anweisung des Richters „außerhalb der Dienststunden", so schließt er keinen privaten Werkvertrag, erfüllt auch keine dienstliche Pflicht, sondern handelt als Sachverständiger im Konkursverfahren und hat als solcher die gesetzliche Vergütung zu beanspruchen.

9. Ist der Auskunftvertrag ein Werkvertrag? Vgl. § 635 I Ziff. 2 b.

10. Werkvertrag und Immobiliarsachenrecht. HansGZ. **09** Beibl. 113. Nach dem Rechte des BGB. kann die Verpflichtung, eine Uferbefestigung „herzustellen", nicht Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein.

IV. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Schleppvertrag (vgl. JDR. **7** § 631 IV Ziff. 2 d und e). **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 862, R. **09** II Ziff. 2935. Unter den Werkvertrag, der auf Abschleppung eines brennenden Schiffes gerichtet ist (vgl. oben I Ziff. 3), fallen auch die zu dessen Bewachung bewirkten Dienstleistungen. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 267, HansGZ. **09** Hptbl. 113, Leipz.Z **09** 311. Dem Führer eines Schleppzugs auf einem Binnengewässer liegt die Verantwortlichkeit

für die Navigierung des ganzen Schleppzugs ob. Wenn er dabei auch auf eine pflichtmäßige Mitwirkung und Unterstützung durch die Kahnschiffer rechnen darf, so kann ihn dies doch nicht von der Verpflichtung befreien, die erforderlichen Beobachtungen anzustellen, ob ihm die Kähne ordnungsmäßig folgen oder ob besondere Umstände eingetreten sind, die die Sicherheit des Schleppzugs gefährden. Eine derartige Beobachtung des Schleppzugs wird namentlich da zu fordern sein, wo schwierige Verhältnisse (Einfahrt in Kanäle, Wendungen des Schleppzugs u. a.) vorliegen. **c)** HansGZ. **09** Hptbl. 163 (Hamburg). Der Schlepper ist auf Grund des Schleppvertrags zur Anwendung aller von einem ordentlichen Schlepper behufs Vermeidung von Unfällen anzuwendenden Sorgfalt verpflichtet. Er ist dafür beweispflichtig, daß er diese Sorgfalt auch wirklich angewendet hat. Was zur Führung eines solchen Beweises erforderlich ist, ist Sache des einzelnen Falles. Jedenfalls darf aus der Beweispflicht des Schleppers nicht eine so weitgehende Folgerung gezogen werden, daß der Schlepper für jeden äußeren Unfall hafte, auch wenn dessen Ursache völlig unaufgeklärt geblieben ist. **d)** R. **09** II Ziff. 1934 (Hamburg). Wenn auch der Schleppdampfer auf Grund des Schleppvertrags verpflichtet ist, bei einem Unfalle, der die Fortsetzung der Reise unmöglich macht, das geschleppte Schiff nicht einfach seinem Schicksale zu überlassen, so kann er doch für eine dem letzteren geleistete Hilfe, welche andere Dienste als die ausbedungenen umfaßt, den gesetzlichen Hilfslohn beanspruchen.

2. Andere Beförderungsverträge. **a)** Vertrag mit der Post (vgl. JDR. **7** § 631 IV Ziff. 1). **RG. 70** 314, EisenbE. **25** 398, R. **09** II Ziff. 909. Der Vertrag mit der Post über Beförderung eines Pakets kommt mit der Einlieferung des Pakets bei der Annahmestelle zustande, ohne daß es einer Annahmehandlung seitens eines Postbeamten bedarf. Ob eine Einlieferung vorliegt, entscheiden die Umstände des Falles. Sie kann auch dadurch erfolgen, daß das Paket mit Wissen und Zustimmung des Postbeamten auf einen bestimmten Platz im Annahmeraume niedergelegt wird. **b)** Vertrag mit der Eisenbahn. α. Allgemeines. Weber, SeuffBl. **09** 289 ff., erörtert die vertragliche und außervertragliche Haftung des Eisenbahnfiskus und seiner Hilfspersonen bei Betrieb und Beförderung. β. Personenbeförderung. Vgl. JDR. **7** § 631 IV Ziff. 2 a bis c. **RG.** PosMSchr. **09** 82. Die Eisenbahnverwaltung hat aus allgemeinen Grundsätzen wie aus dem Beförderungsvertrage dafür Sorge zu tragen, daß die Fahrgäste ungefährdet auf der Station aussteigen können, ohne gezwungen zu sein, außerordentliche Vorsichtsmaßregeln anzuwenden. γ. Güterbeförderung. αα. Boethke, GruchotsBeitr. **53** 314 ff., und Cohn, JW. **09** 185 ff., behandeln die Zug- um Zug-Erfüllung beim Frachtgeschäft und das Pfandrecht des Frachtführers. ββ. SeuffA. **63** 414 (Königsberg). Die Eisenbahn kann sich nicht auf höhere Gewalt berufen, wenn sie schuldhafterweise das zu befördernde Gut in die Lage gebracht hat, in der es von der höheren Gewalt betroffen wurde. **c)** Besondere Fälle. α. SchlHolstAnz. **09** 54 (Kiel). Zwischen dem bahnamtlich bestellten Rollfuhrunternehmer und dem Absender besteht kein Vertragsverhältnis. Ersterer ist nicht als Unterfrachtführer, sondern als Angestellter der Eisenbahn im Sinne der Eisenbahnverkehrsordnung anzusehen. β. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 973. Wenn jemand ein dem Publikum zur Verfügung gestelltes Transportmittel (Automobildroschke) benutzt, so schließt er einen Werkvertrag mit dem Betriebsunternehmer, nicht mit dem Chauffeur.

3. Vertrag mit Notar. ElsLothNotZ. **08** 286, ZBlFG. **9** 157 (LG. Straßburg). Der Vertrag, inhaltlich dessen der Notar den zwischen den Parteien abgeschlossenen und in dem von ihnen gefertigten Entwurfe niedergeschriebenen Vertrag notariell verbriefen soll, ist ein Werkvertrag.

4. Vertrag mit niederrheinischem Auktionator. RheinA. **106** 145 (Düsseldorf). Durch Übertragung von Mobiliarverkäufen an einen niederrheinischen Auktionator zum Zwecke öffentlicher Versteigerung wird ein Werk-

vertrag im Sinne der §§ 631, 675 geschlossen. Kraft dieses Vertrags ist der Auktionator berechtigt, die Kaufpreise von den Ansteigerern im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers einzuziehen. Der Auktionator erwirbt nicht die Forderungen auf die Steigpreise; er wird seinerseits Schuldner des Auftraggebers in Höhe des Steigerlöses. Vgl. auch § 649 Ziff. 3 a.

5. Kommissionsvertrag. **RG. 71** 76, JW. **09** 366, vgl. auch LeipzZ. **09** 543. Der Kommissionsvertrag ist ein Werkvertrag. Ein Verkaufskommissionsgeschäft erlischt deshalb nach § 23 Abs. 2 KO. durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Kommittenten, wenn es zur Konkursmasse gehöriges Vermögen betrifft, unbeschadet der dem Kommissionär aus §§ 27, 23 KO. zustehenden Rechte.

6. Abtretung einer Forderung zum Inkasso. SchlHolstAnz. **09** 236 (Kiel). Vgl. § 611 I Ziff. 3 g. Durch die Abtretung einer Forderung zum Inkasso wird ein Werkvertrag mit dem Inhalt einer Geschäftsbesorgung begründet. Die Abtretungserklärung ist jederzeit widerruflich. Mit dem Widerruf entfällt dem bisherigen Gläubiger gegenüber die Berechtigung des Inkassozessionars zur Einziehung der Forderung, auch erwächst dem Schuldner daraus aus eigenem Rechte und eigenem Interesse eine Einrede gegen den Zessionar, ohne daß es einer Rückübertragung bedürfte.

7. Anzeigenvertrag. Ebner aaO. Der sog. Anzeigenvertrag ist ein Werkvertrag i. S. des § 631 Abs. 2.

8. Vertrag über Deckung einer Stute. a) OLG. **18** 96, R. **09** II Ziff. 1477 (Breslau). Die Vergütung für Deckung einer Stute ist Werklohn. b) SchlHolstAnz. **09** 50 (Kiel). Bei einem Werkvertrag, inhaltlich dessen der Hengst des einen Vertragschließenden einen Deckversuch mit der Stute des anderen Vertragsteils vornehmen soll, ist stillschweigender Ausschluß der Tierhalterhaftung anzunehmen (entschieden für die Zeit vor dem Inkrafttreten der Novelle zu § 833).

9. Bauentreprisevertrag. Die in JDR. **7** § 631 I Ziff. 6 zuerst aufgeführte Entscheidung jetzt auch **RG. 70** 28, LeipzZ. **09** 60.

10. Sog. „Gesundbeten". KGBl. **09** 8 (LG. III Berlin). Wer sich bei einem Anhänger der „Christian Science", der sich als solcher mit der Heilung von Kranken durch Belehrung über die Bibel und durch Gebet gegen Entgelt befaßt, in Behandlung gibt, schließt einen Werkvertrag, da er die Vergütung nicht für die Behandlung als solche, sondern für den Erfolg, die Heilung, verspricht. Ein solcher Vertrag verstößt gegen die guten Sitten (§ 138), da die Anmaßung einer Person, durch besondere göttliche Gnade mittels übersinnlicher Kräfte zur Heilung von Kranken befähigt zu sein, in Verbindung mit einem auf diese Heilkraft sich gründenden Gewerbebetriebe dem allgemeinen Sittlichkeitsempfinden — zum mindesten dem der gebildeten Kreise als der Kulturträger — widerstreitet und daher rechtlichen Schutz nicht beanspruchen kann.

V. Versicherung des vom Besteller gelieferten Stoffes durch den Unternehmer. DJZ. **09** 761 (Colmar). Wenn ein Unternehmer die ihm von verschiedenen Bestellern zur Bearbeitung übergebenen Stoffe gegen Brandschaden versichert, so steht nur ihm selbst, nicht aber den Bestellern ein Anspruch auf die Versicherungssumme zu.

§ 632. Stillschweigende Vereinbarung. 1. R. **09** II Ziff. 1476 (Hamburg). Für die Herstellung von Entwürfen über die innere Ausgestaltung eines Hauses seitens eines Möbelfabrikanten und Dekorateurs kann ohne besondere Verabredung eine Vergütung nicht beansprucht werden. Zwar stellt die Ausarbeitung namentlich kunstgewerblicher Entwürfe nicht selten ein Werk dar, für das der Gewerbetreibende, wenn die Ausführung des Werkes unterbleibt, billigerweise eine Vergütung verlangen kann, und die Entwickelung der wirtschaftlichen Verhältnisse

nimmt unverkennbar eine derartige Richtung; es kann aber nicht anerkannt werden, daß diese Entwickelung schon so weit vorgeschritten ist, daß nach der Verkehrssitte in der Aufforderung zur Einreichung von Kostenvorschlägen und Entwürfen schon ohne weiteres die Aufforderung zur Herstellung eines Werkes gegen angemessene Vergütung zu erblicken wäre.

2. Vergütung für Abschleppung eines brennenden Schiffes: vgl. § 631 I Ziff. 3.

§ 633. 1. Zum Begriffe des Mangels. Unmittelbar und mittelbar anhaftender Schaden. Vgl. § 635 I.

2. a) Oertmann, R. **09** 617 ff., behandelt — mit zahlreichen Literaturnachweisungen — die bestrittene Frage, ob der Käufer verpflichtet sei, die ihm vom Verkäufer angebotene, mit Mängeln behaftete Kaufsache abzunehmen. Die Frage, die auch für den Werkvertrag von Interesse ist (vgl. 620 des Aufsatzes), wird von Oertmann (gegen Dernburg, Endemann, Kohler u. a.) bejaht. — **b)** Gmelin, R. **09** 768, bekämpft diese Meinung aus praktischen Gesichtspunkten (Entgegnung von Oertmann, R. **09** 801).

3. „Gewöhnlicher" oder „vorausgesetzter" Gebrauch. **RG.** R. **09** II Ziff. 38. Wer die Erbauung eines Schornsteins für einen bestehenden Betrieb, z. B. einer Fabrik, übernimmt, verpflichtet sich damit, mangels anderer Abmachungen, einen für diesen Betrieb geeigneten Schornstein herzustellen.

4. Einfluß der Mängel auf die Fälligkeit der Vergütung. **RG.** R. **09** II Ziff. 3758. Ist vereinbart, daß die Vergütung nach „tadelloser Inbetriebsetzung" des Werkes erfolgen soll, so kann dies die Aufschiebung der Fälligkeit auch wegen geringfügiger Mängel bedeuten.

5. Ausschluß der Mängelhaftung. **RG.** R. **09** II Ziff. 2384. Der Unternehmer haftet nicht für Mängel, die durch Befolgung von Anweisungen des Bestellers entstanden sind, auf deren Schädlichkeit der Unternehmer den Besteller hingewiesen hatte. Nicht einmal konkurrierendes Verschulden (§ 254) kann auf seiten des Unternehmers in Frage kommen.

6. Zu Abs. 2 und 3. **RG.** R. **09** II Ziff. 658. Wenn der Besteller einer Kesselanlage wegen Weigerung des Unternehmers, Mängel der Anlage zu beseitigen, seinerseits Ausbesserungen vornehmen läßt und nach deren Ausführung gutgläubig angibt, die Anlage sei nunmehr ordnungsmäßig, so ist dies nicht geeignet, ihm einen an sich gegebenen Anspruch auf Beseitigung der Mängel zu nehmen, wenn die Ausbesserung nur den Erfolg gehabt hat, dem Fehler der Anlage vorübergehend seinen schädigenden Einfluß zu nehmen, nicht aber den, ihn gänzlich zu beseitigen. Der Anspruch besteht neben demjenigen auf Ersatz der Reparaturkosten

§ 634. I. Dem Werke unmittelbar oder mittelbar anhaftender Schaden, vgl. § 635 I.

II. Zu Absatz 1. 1. Frist und Fristsetzung. **a)** R. **09** II Ziff. 979 (Naumburg). Eine Fristsetzung mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Ablaufe der Frist „Nachbesserung auf Kosten des Unternehmers" erfolgen werde, entspricht nicht der Vorschrift des Abs. 1; es fehlt die Verwarnung, daß bei fruchtlosem Ablaufe der Frist die Beseitigung der Mängel abgelehnt werde. **b) RG.** R. **09** II Ziff. 659, DJZ. **09** 433. Die Frist aus §§ 326, 634 muß auch als versäumt gelten, wenn vor ihrem Ablaufe die Leistung zwar angeboten wurde, aber nicht so, wie sie zu bewirken war, so daß durch ihre Zurückweisung der andere Teil nicht in Gläubigerverzug kommt ((§§ 293 ff.). Wenn ein Wagenfabrikant, der die Lieferung von Reklamewagen für das Weihnachtsgeschäft übernommen hat, mit der Ablieferung in Verzug gerät und die Wagen am letzten Tage einer kurz vor dem Feste ablaufenden Nachfrist in nicht völlig fertigem Zustand anbietet, kann der Besteller vom Vertrage zurück-

treten, auch wenn die noch fehlenden Arbeiten in kürzester Zeit bewältigt werden können.

2. Umfang der Wandelung. PosMSchr. **09** 71 (Königsberg). Die Wandelung erstreckt sich auch auf die Zubehörstücke des Werkes als Nebensachen im Sinne der §§ 470, 634 Abs. 4.

3. Wandelung trotz Ingebrauchnahme des Werkes. **a)** **RG.** SächsRpflA. **09** 260. Durch die Ingebrauchnahme des Werkes seitens des Bestellers verliert dieser nicht unter allen Umständen das Recht auf Rückgabe auf Grund des Wandelungsanspruchs; doch ist der Unternehmer nur dann zur Rücknahme verpflichtet, wenn ihm für die durch den Gebrauch des Werkes verursachte Wertminderung Ersatz geleistet wird. **b)** **RG.** R. **09** II Ziff. 3759. Die Wandelung ist trotz Fortgebrauch und Abnutzung der beanstandeten Maschinenanlagen statthaft, wenn die Außerbetriebsetzung der Maschinen dem Besteller einen unverhältnismäßig großen Schaden bringen würde; der Weitergebrauch kann in diesem Falle nicht als ein mit den Erklärungen des Bestellers im Prozesse nicht übereinstimmendes Behaltenwollen aufgefaßt werden. **c)** **RG.** R. **09** II Ziff. 3757. Bei der Beurteilung, ob die Wandelung wegen Fortbenutzung des Werkes unzulässig ist, darf das Angebot einer Benutzungsentschädigung nicht unbeachtet bleiben.

III. Zu Absatz 2. 1. Unmöglichkeit der Beseitigung. **RG.** R. **09** II Ziff. 2107. Beseitigung des Mangels bedeutet Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes. Beruht der Fehler in der zu tiefen Lage der Kellersohle eines fertigen Hauses, so kann er nicht durch Erhöhung des Kellerfußbodens beseitigt werden, weil der Keller hierdurch an dem vereinbarten Kubikinhalte verliert.

2. Verweigerung der Beseitigung. **a)** PosMSchr. **09** 71 (Königsberg). Als Verweigerung der Mängelbeseitigung ist es anzusehen, wenn der Unternehmer jede Verpflichtung zur Nachbesserung beharrlich in Abrede stellt. **b)** BadRpr. **09** 146 (Karlruhe). Die Weigerung des Unternehmers, den Mangel zu beseitigen, braucht zwar nicht ausdrücklich zu erfolgen; aber zur Annahme ihres stillschweigenden Eintritts gehört die Erfüllungsaufforderung des Bestellers. Nur wenn das ablehnende Verhalten gegenüber dem Begehren des Bestellers, das fehlerhafte Werk auszubessern, zweifelsfrei erkennen läßt, daß die Setzung einer Frist doch erfolglos sein werde, erscheint diese als nutzlose Formalität und erübrigt sich deshalb.

IV. Zu Absatz 3 (vgl. IDR. **7** § 634 Ziff. 6). PosMSchr. **09** 71 (Königsberg). Auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften bezieht sich § 634 Abs. 3 nicht. In diesem Falle ist die Wandelung stets zulässig; daß das Fehlen der Eigenschaften für die Tauglichkeit des Werkes von geringer Bedeutung ist, ist rechtlich belanglos (vgl. auch **RG. 66** 169).

§ 635. I. Dem Werke unmittelbar und mittelbar anhaftende Schäden. 1. **RG. 64** 41 (des Zusammenhanges halber erneut aufgeführt). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 635 ist, daß der Schaden dem Werke unmittelbar anhaftet. Bedarf es des Dazwischentretens eines Dritten, insbesondere der Ingebrauchnahme des Werkes durch den Besteller, damit aus dem Mangel ein Schaden für den Besteller erwächst, so steht der so entstandene Schaden nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Mangel; der Schadensersatzanspruch ist daher kein Anspruch aus § 635 und unterliegt nicht der kurzen Verjährung des § 638.

2. Literatur und Rechtsprechung auf der Grundlage dieser Entscheidung. **a)** Ganz, DJZ. **09** 1434 ff., bekämpft diese Zweiteilung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden unter Hinweis auf die Tendenz des § 638. Er führt aus: Nach dieser Vorschrift sollen alle Ansprüche aus der Lieferung eines mangelhaften Werkes der kurzen Verjährung unterliegen mit Rücksicht darauf, daß es für den Verkehr überaus lästig und hemmend wäre, wenn ein Zurück-

greifen auf die Mängel erst nach längerer Zeit zulässig wäre. Diese Tendenz erfordert, daß auch Ansprüche, die erst nach geraumer Zeit durch Eintritt eines aus den Mängeln des Werkes erwachsenden Schadens entstehen, mittels der Einrede der Verjährung niedergeschlagen werden können. **b)** Auskunftsvertrag. Witkowski, DJZ. **09** 1487. Der Schadensersatzanspruch wegen unrichtiger vertragsmäßiger Auskunftserteilung ist (sofern man diesen Vertrag überhaupt als Werkvertrag ansieht, s. u.) kein Anspruch aus § 635. Denn bei einer Auskunft bedarf es stets eines Gebrauchs durch den Besteller, wenn ein Schaden aus ihrer Unrichtigkeit entstehen soll; die Auskunft kann wohl mangelhaft, aber nie mit einem Schaden unmittelbar behaftet sein. Für die wichtigste Frage beim Auskunftsvertrage, die Frage der Verjährung des Schadensanspruchs wegen unrichtiger Auskunft, ist es daher ohne Belang, ob es sich um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt; in beiden Fällen ist die ordentliche Verjährung gegeben. **c)** Anwaltswerkvertrag (vgl. oben § 611 I Ziff. 13). Friedländer, Komm. zur RAO. 100 ff., 126 ff. Bei einem Anwaltsvertrage handelt es sich meist um Schäden, welche unmittelbar aus einem Mangel des Werkes selbst hervorgehen. Daß der Schaden schon bei Abnahme oder Vollendung entstanden sein müsse, fordert **RG. 64** 44 zu Unrecht. Verf. läßt in allen Fällen die kurze Verjährung des § 638 Platz greifen. **d) RG. 71** 175, JW. **09** 389, R. **09** II Ziff. 1865. Wird das gelieferte Werk unmittelbar nach der Ablieferung in Gebrauch genommen und entsteht bei der Ingebrauchnahme infolge eines Mangels, den der Unternehmer zu vertreten hat, ein Schaden, so handelt es sich um einen aus dem Mangel selbst ohne weiteres Mittelglied erwachsenen, dem Werke unmittelbar anhaftenden Schaden, für den der Besteller nach § 635 Ersatz verlangen kann (entsch. für eine Trockenluftkühlanlage, deren Mangelhaftigkeit den Verderb von Fleisch im Gefolge gehabt hatte).

II. Allgemeine Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung neben der Haftung aus § 635. Ganz, DJZ. **09** 1434. Die allgemeine Haftung wegen schuldhafter Vertragsverletzung kann beim Werkvertrage neben der im § 635 geregelten nur Anwendung finden, wenn es sich nicht um Schadensersatz wegen Werkmangels, sondern um Ersatz wegen Verletzung einer neben der Werklieferung bestehenden selbständigen Verpflichtung des Unternehmers handelt.

III. Ingebrauchnahme des Werkes. **a) RG.** SächsRpflA. **09** 260. Durch Ingebrauchnahme des Werkes seitens des Bestellers verliert dieser das Recht auf Schadensersatz an sich nicht. **b) RG. 71** 175, JW. **09** 389. Das Gebrauchen des mangelhaften Werkes bringt nicht den Schadensersatzanspruch selbst zur Entstehung, sondern gibt nur eine Grundlage für die Schadensberechnung.

§ 638. I. Allgemeines. 1. Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen und Verjährung nach § 638. **a) RG. 71** 175, JW. **09** 389, R. **09** II Ziff. 1865. Wird das gelieferte Werk unmittelbar nach der Ablieferung in Gebrauch genommen und entsteht bei der Ingebrauchnahme infolge eines Mangels, den der Unternehmer zu vertreten hat, ein Schaden (vgl. § 635 I Ziff. 2 c), so unterliegt der hieraus sich ergebende Schadensersatzanspruch der kurzen Verjährung des § 638. (Anders, wenn der Schaden dem Werke nur mittelbar anhaftet [vgl. § 635 I Ziff. 1]; hier greift die ordentliche Verjährung Platz.) **b)** Beide Verjährungen nebeneinander (vgl. JDR. **7** § 638 Ziff. 2) s. o. § 635 II.

2. Beginn der Verjährung. Ganz, DJZ. **09** 1435, bekämpft den in einer Entscheidung des OLG. Cöln (vgl. R. **07** 635) gemachten Versuch, die kurze Verjährung dadurch auszuschließen, daß eine stillschweigend vereinbarte Hinausschiebung des Beginns der Verjährungsfrist bis zur Erkennbarkeit des Werkmangels unterstellt wird. Schon mit Rücksicht auf den Ausnahmecharakter des § 638 Abs. 2

(vgl. dazu § 225) sei es gewagt, ohne zwingende Gründe stillschweigende Parteiabreden anzunehmen, welche die Verjährung erschweren sollen.

3. Garantie und Verjährung. Vgl. JDR. **7** § 638 Ziff. 1. **a) RG.** **71** 174, R. **09** II Ziff. 1864. Ist für tadelloses Funktionieren einer zu liefernden Anlage sowie für eine bestimmte Arbeitsweise und einen bestimmten Arbeitserfolg der Anlage garantiert, so ist darin nicht ein besonderer Garantievertrag zu finden, bei dem die aus ihm hergeleiteten Schadensersatzansprüche der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren unterworfen wären. Jene Garantie ist vielmehr nichts weiter als die Zusicherung von Eigenschaften der Anlage. Das Fehlen dieser Eigenschaften stellt einen Mangel dar, der bei Verschulden des Unternehmers den Besteller berechtigt, Schadensersatz aus § 635 zu verlangen; diese Schadensforderung ist aber, sofern nicht arglistiges Verschweigen der Mängel vorliegt, den Verjährungsfristen des § 638 unterworfen. **b)** WürttJ. **21** 265, R. **09** II Ziff. 816[2] und 2796 (Stuttgart). Die Garantieübernahme für eine bestimmte Zeit hat nur die Bedeutung, daß die besonderen Rechte, welche dem Besteller durch die Garantie gewährt werden, mit dem Ablaufe der Zeit erlöschen. Dagegen bleiben die dem Besteller auf Grund des Gesetzes zustehenden Rechte hiervon unberührt, und es liegt in der erwähnten Vereinbarung keine Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist.

4. Arglistiges Verschweigen des Mangels. SächsOLG. **30** 366, R. **09** II Ziff. 3542 (Dresden). Das arglistige Verhalten des § 638 muß im Zeitpunkte der Abnahme des Werkes vorliegen; ein späteres arglistiges Verschweigen kommt nicht in Betracht.

5. Einfluß rechtskräftiger Teilabweisung des Vergütungsanspruchs infolge Wandelung. Die Entsch. JDR. **7** § 638 Ziff. 4 jetzt auch LeipzZ. **09** 144, DJZ. **09** 209.

II. Einzelne Fälle. 1. Anwendungsgebiet des § 638. **a)** HansGZ. **09** Hptbl. 120 (Hamburg). Für den Schleppvertrag gilt die kurze Verjährungsfrist des § 638 auch dann, wenn der Anspruch — abgesehen vom Vertrage — auf Verschulden einer Person der Schlepperbesatzung gegründet werden kann. **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 165 (Hamburg). Der Schadensersatzanspruch des Eigentümers eines Binnenschiffs gegen den Schlepper wegen Beschädigung des geschleppten Schiffes verjährt, wenn zwischen den Parteien ein Schleppvertrag nicht geschlossen war, nicht nach § 638, sondern nach § 117 BinnenSchG. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 241 (Hamburg). Ein Anspruch gegen die Reichspost aus einem auf Postanweisung angeblich eingezahlten und nicht abgelieferten Betrage kann nur auf das Reichspostgesetz gestützt werden und unterliegt der dort bestimmten sechsmonatigen Verjährung. **d) RG.** LeipzZ. **09** 69. Der Anspruch gegen einen Bankier, der jemandem ein Papier empfohlen und es ihm demnächst verkauft hat, auf Ersatz des durch die Empfehlung entstandenen Schadens unterliegt nicht der kurzen Verjährungsfrist des § 638, da die Empfehlung keinen selbständigen Werkvertrag bildet, sondern in untrennbarem Zusammenhange mit dem späteren Kaufgeschäfte steht. Ebensowenig unterliegt er indessen der Verjährungsfrist des § 477, da dieser sich nur auf Verletzungen der Lieferungspflicht, nicht aber auf sonstige Ersatzansprüche bezieht, die ein mit einem Kaufe verbundene Nebenverpflichtung mit sich bringt. Es greift also die ordentliche Verjährung Platz.

2. Bauwerk. **a)** WürttJ. **21** 265, R. **09** II Ziff. 816[1] (Stuttgart). Ansprüche wegen Mängel in der Befestigung von Jalousien an einem Hause verjähren, da es sich um Mängel an einem Bauwerke handelt, in fünf Jahren. **b) RG.** R. **09** II Ziff. 1866. Eine aus einem kastenartigen Behälter bestehende Trockenluftkühlanlage, welche zweckmäßig im Keller, aber auch sonst überall im Hause aufgestellt werden kann, ist, zumal wenn die die Aufstellung vorbereitenden Arbeiten nicht dem Unter-

nehmer oblagen, nicht als „Bauwerk" i. S. des § 638 anzusehen. **c)** Tresoranlage kein Bauwerk. Vgl. die Entsch. JDR. **7** § 638 Ziff. 6 b, jetzt auch OLG. **18** 15, GruchotsBeitr. **53** 81. **d)** Drainage kein Bauwerk. Vgl. die Entsch. JDR. **7** § 638 Ziff. 6 c, jetzt auch SeuffA. **64** 96. **e)** Freistehender Backofen im Keller ist kein Bauwerk. Die Entsch. JDR. **7** § 638 Ziff. 6 e jetzt auch OLG. **17** 431.

§ 640. Abnahme. 1. Begriff. **a)** SächsOLG. **30** 361, R. **09** II Ziff. 3542 (Dresden) (vgl. auch JDR. **7** § 640 Ziff. 1 d). Im Einziehen in ein noch nicht fertiges Haus liegt noch keine Abnahme des Hauses, wohl aber im Wohnenbleiben und Weitervermieten nach der Fertigstellung, ebenso in vorbehaltloser Leistung der vertragsmäßigen Zahlung oder in der Bekundung der Absicht, das Haus wieder zu verkaufen. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 148 (Hamburg). In der fortgesetzten Benutzung eines Werkes ist die Abnahme des Werkes auch dann zu erblicken, wenn der Besteller einzelne Mängel desselben gerügt hat. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 148 (Hamburg). Die „Abnahme" der §§ 640, 641 entspricht der „Annahme" des § 341. Eine Vertragsstrafe für verspätete Herstellung des Werkes muß daher bei der Abnahme desselben vorbehalten werden.

2. Rechtmäßige Verweigerung der Abnahme. **a)** SeuffA. **63** 395 (Hamburg). Die Abnahme darf schon bei Abweichungen von der der Bestellung zugrunde liegenden Zeichnung verweigert werden. **b)** **RG.** DJZ. **09** 433, R. **09** II Ziff. 659. Die Abnahme kann unter Umständen selbst dann verweigert werden, wenn es sich um geringfügige, leicht zu beseitigende Mängel handelt; vgl. § 634 II Ziff. 1 b.

§ 641. Boethke, GruchotsBeitr. **53** 314. Der Frachtvertrag unterliegt als Art des Werkvertrags den Bestimmungen des BGB., soweit nicht Sondernormen aufgestellt sind. Daher hat nach § 641 BGB. der Frachtführer mangels abweichender Vertragsbestimmungen durch Beförderung des Gutes vorzuleisten. Vgl. auch JDR. **7** § 641 Ziff. 1 (Boethke).

§ 643. **RG.** R. **09** II Ziff. 817. Wenn eine Gesellschaft, die den Bau einer Eisenbahn übernommen hat, einer anderen Gesellschaft den Bau von Teilstrecken überträgt und bei ihrem eigenen erheblichen Interesse an der Einhaltung der Vollendungsfristen vereinbart, daß eine Hinderung im Fortarbeiten, selbst wenn die Hinderung von der Bestellerin schuldhaft verursacht sein sollte, der Unternehmerin unter Ausschluß des Rücktrittsrechts aus § 643 nur einen Anspruch auf Verlängerung der für die Vollendung ihres Werkes gesetzten Frist geben solle, so ist darin regelmäßig noch nicht eine gegen die guten Sitten verstoßende Ausnutzung der wirtschaftlichen Überlegenheit der Bestellerin zu finden. Nur der Ausschluß der Arglist ist grundsätzlich als unsittlich zu betrachten.

§ 645. 1. R. **09** II Ziff. 3760 (Braunschweig). Für Mängel des Baugrundes haftet der Bauunternehmer im allgemeinen nicht; vielmehr muß, wenn durch solche Mängel eine Ausbesserung oder Umarbeitung des Gebäudes nötig wird, der Besteller die Kosten tragen (vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse § 645 Note 1 a und 5). Eine Haftung des Unternehmers für diese Mängel tritt nur ein, wenn ihm eine Prüfungspflicht oblag (Staudinger, BGB. Bd. 3/4 § 645 Bem. I 3 und Oertmann aaO. Note 6).

2. **RG.** WarnE. **09** 485. Der Unternehmer haftet für einen auf der Art der Ausführung beruhenden Mangel nicht, wenn ihn der Besteller trotz Hinweises auf das Bedenkliche zu dieser Ausführung angewiesen hatte.

§ 646. SeuffA. **64** 403, R. **09** II Ziff. 3338 (Rostock). Bei Herstellung einzelner Arbeiten und Reparaturen an Gebäuden ist eine Abnahme ausgeschlossen.

§ 648. 1. Baugrundstück des Bestellers. **a)** Grundstück eines offenen Handelsgesellschafters. Die Entsch. JDR. **7** § 648

Ziff. 1 a jetzt auch ZBlFG. **9** 336. **b)** Gütergemeinschaftliches Grundstück. Die Entsch. JDR. **7** § 648 Ziff. 1 b jetzt auch ZBlFG. **9** 444. **c)** Mehrere Baugrundstücke. Die Entsch. JDR. **7** § 648 Ziff. 1 c jetzt auch ZBlFG. **9** 168.

2. Forderungen aus dem Vertrage. **a)** FrankfRundsch. **43** 53 (Frankfurt) (vgl. auch JDR. **7** § 648 Ziff. 2 a). Als Unternehmer eines Bauwerks oder eines Teiles desselben i. S. des § 648 gilt jeder, der an dem Baugrundstück ein Werk errichtet, das bezweckt, die Herstellung des Baues zu fördern. Hierzu gehört die ganze zur Herstellung des Baues erforderliche Tätigkeit am Grundstück, insbesondere auch Ausschachtungsarbeit. **b)** SchlHolstAnz. **09** 22 (Kiel). Auch der Unternehmer zu einem Teile des Bauwerks, bei dessen Werk es sich nicht um einen abgeschlossenen, selbständigen Teil des Gebäudes handelt (z. B. der Malermeister), hat den Sicherungsanspruch aus § 648. **c)** Frankf. Rundsch. **43** 53 (Frankfurt). Der Begriff „Teil eines Bauwerks" verlangt nicht eine körperliche, räumlich bestimmbare Abgegrenztheit des Teiles. **d)** Kosten der Erwirkung der Sicherungshypothek. Die Entsch. JDR. **7** § 648 Ziff. 2 b, jetzt auch BayObLG. **9** 488, R. **09** II Ziff. 458.

3. Geltendmachung des Anspruchs aus § 648. **a)** ZBlFG. **9** 744, R. **09** II Ziff. 980, 988 (Frankfurt). Für die Geltendmachung des Anspruchs des Bauhandwerkers auf Sicherstellung ist Fälligkeit der zu sichernden Forderung nicht Voraussetzung. **b)** KGBl. **09** 99 (KG.). Durch Annahme und Begebung von Wechseln, die für eine Forderung aus einem Werkvertrage zahlungshalber gegeben werden, wird das Recht des Bauunternehmers auf Sicherung der Forderung durch Bestellung einer Hypothek nach § 648 nicht ausgeschlossen. Denn der Wechsel ist ein Zahlungs-, kein Sicherungsmittel; es kann daher nicht ohne weiteres die Absicht der Beteiligten, das für die Forderung bestehende Sicherungsrecht durch die Wechsel zu ersetzen, unterstellt werden.

4. Übergang des Rechtes aus § 648 auf den Zessionar. (Vgl. JDR. **6** Ziff. 7, **7** Ziff. 4.) **a)** FrankfRundsch. **43** 53 (Frankfurt). Der Anspruch aus § 648 ist kein höchstpersönliches Recht des Unternehmers; er geht mit der Abtretung der zugrunde liegenden Forderung auch ohne besondere Vereinbarung auf den Zessionar über. **b)** *Reichel, Schuldmitübernahme 447. Wird das Baugrundstück veräußert, so haftet der Erwerber nicht in Gemäßheit des § 648, es sei denn, daß der Anspruch auf Hypothekenbestellung vorgemerkt ist (§ 883), oder der Erwerber die Schuld des Bestellers (kumulativ oder privativ) übernommen hat.

5. Sicherungshypothek aus § 648 als Darlehnshypothek. SchlHolstAnz. **09** 22 (Kiel). Darin, daß dem Unternehmer eines Bauwerks statt der ihm nach § 648 zustehenden Sicherungshypothek eine Darlehnshypothek gewährt worden ist, kann, wenn der Gläubiger hierdurch nicht mehr Rechte erlangt, als er durch Einräumung einer Sicherungshypothek erhalten haben würde, eine „Sicherung, die er nicht der Art nach zu beanspruchen hatte" (§ 30 Ziff. 2 KO.), nicht gefunden werden.

6. Vormerkung. Die Entsch. JDR. **7** § 648 Ziff. 5 c jetzt auch ZBlFG. **9** 168, 338.

7. Pfändung einer Baugeldforderung. Die Entsch. JDR. **7** § 648 Ziff. 6 jetzt auch ZBlFG. **9** 168.

8. Das im Jahre 1909 zustande gekommene RGes., betr. die Sicherung der Bauforderungen, wird in fast allen Zeitschriften besprochen. Vielfach wird das vorläufige Nichtinkrafttreten des II. Teiles bedauert.

§ 649. 1. Gesetzliches Kündigungsrecht nach § 649 und vertragsmäßiges Kündigungsrecht des Bestellers. **RG.**

R. **09** II Ziff. 2937. Die Bestimmung des § 649 betrifft nur den Fall, daß der Besteller von dem ihm daselbst eingeräumten gesetzlichen Kündigungsrechte Gebrauch macht, nicht aber auch den Fall, daß dem Besteller ein Kündigungsrecht vertraglich — wenn auch nur stillschweigend — (z. B. für den Fall, daß der Unternehmer durch Verschulden oder auch nur durch Zufall zur Vollendung des Werkes außerstande sein sollte) eingeräumt ist. Der Unternehmer kann in diesem Falle eine Gegenleistung nur insoweit verlangen, als er selbst bis zur Kündigung schon geleistet hatte.

2. Kündigung nach § 649 und Rücktritt vom Vertrage. a) **RG.** BadRpr. **09** 100. Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrage wegen Vertragsverletzung seitens des Unternehmers und die Annullierung der Bestellung ist keine Kündigung im Sinne des § 649, da dadurch das ganze Vertragsverhältnis beseitigt werden soll, während im Falle der Kündigung gerade beim Werkvertrage die im § 649 vorgesehenen Folgen bestehen bleiben. **b)** WürttRpflZ. **2** 212 (Stuttgart). Erklärt beim Werkvertrage der Besteller, er erachte den Vertrag nicht für rechtsverbindlich, so handelt er nicht in der Absicht, ihn nach § 649 zu kündigen.

3. Einzelheiten. **a)** RheinA. **106** 149 (Düsseldorf). Die Berechtigung des niederrheinischen Auktionators (vgl. § 631 IV Ziff. 4) zur Einziehung der Steigpreise kann ihm von dem Auftraggeber jederzeit entzogen werden. Sie erlischt mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auktionators. Der Widerruf der Einziehungsberechtigung nimmt den Ansteigerern das Recht, weiterhin an den Auktionator zu zahlen. **b)** SächsRpflA. **09** 142 (Dresden). Der Besteller kann im Konkurse des Unternehmers dem Konkursverwalter durch eine Kündigung nach § 649 nicht das Recht abschneiden, die Erfüllung mit der Wirkung abzulehnen, daß kein Teil vom anderen die weitere (gänzliche oder teilweise) Vertragserfüllung fordern darf.

§ 651. 1. Abgrenzung von anderen Verträgen. Einzelne Fälle. **a) RG.** BadRpr. **09** 99, LeipzZ. **09** 144. Bei der Lieferung von Schaufensterdekorationen auf Bestellung handelt es sich um keinen Kauf-, sondern um einen Werkvertrag i. S. der §§ 631, 651, wenn die Herstellung eine besondere Arbeit lediglich für den Besteller und dessen geschäftliche Zwecke erfordert. **b)** Sächs. OLG. **30** 263 (Dresden). Ein Vertrag über Lieferung von Beleuchtungsanlagen ist, wenn er nicht überhaupt als Kauf anzusehen ist (vgl. § 631 III Ziff. 1 a), regelmäßig kein reiner Werkvertrag, sondern wegen der (meist vorliegenden) Vertretbarkeit der Beleuchtungskörper ein Werklieferungsvertrag i. S. des § 651. **c)** Lieferung und Anbringung von Jalousien kein Werklieferungsvertrag, sondern reiner Werkvertrag; vgl. § 631 III Ziff. 4. **d)** R. **09** II Ziff. 3040, DJZ. **09** 1154 (Dresden). Wenn jemand sich verpflichtet, für einen anderen auf einem von ihm zu beschaffenden Grundstück eine Schmiedewerkstatt zu errichten, so liegt ein Werklieferungsvertrag nach § 651 vor. Solche Verträge bedürfen im allgemeinen keiner Form; da der hier vorliegende aber die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in sich schließt, muß er der Form des § 313 entsprechen.

2. Zum Begriffe „vertretbare Sache“. **a) RG.** R. **09** II Ziff. 2643. Für die Frage der Vertretbarkeit einer herzustellenden Sache ist es grundsätzlich ohne Belang, ob an Stelle der vertraglich hergestellten und gelieferten Sache sofort eine andere bereits fertige Sache geliefert werden könnte (dann liegt wohl meist reiner Kauf vor) oder ob Sachen in den fraglichen Dimensionen früher bereits hergestellt worden sind oder nicht; es kommt vielmehr darauf an, ob nunmehr auch Sachen von jenen Dimensionen als Gattungssachen und nicht nur als ganz individuell charakterisierte Sachen hergestellt werden. **b) RG.** LeipzZ. **09** 776. Die Abrede, daß ein herzustellender Separator „stündlich 1000 Liter flüssige Schlempe

aufnehmen solle", schließt die Eigenschaft des zu liefernden Werkes als einer vertretbaren Sache nicht aus, wenn Apparate von verschiedener Größe und Aufnahmefähigkeit hergestellt werden, so daß der einzelne Apparat nicht individualisiert, sondern nur als eine von mehreren sonst gleichen Ausführungen erscheint.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Wesentlich neue Gesichtspunkte sind weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung hervorgetreten.

Literatur: Merkel, Das Pfandvermittelungsgewerbe in Bayern, BayRpflZ. **09** 144 ff., 160 ff.

§ 652. I. Abgrenzung des Mäklervertrags von anderen Rechtsgeschäften. 1. Abgrenzung von der bloßen „Verkaufsvollmacht". OLG. **18** 16 (Celle). Werden einem Mäkler Grundstücke auf acht Tage „an die Hand gegeben", so ist damit nicht eine Verkaufsvollmacht, sondern ein Mäklerauftrag erteilt; der Auftraggeber verpflichtet sich lediglich, während der angegebenen Zeit keinem anderen Mäkler die Vermittelung des Verkaufs zu übertragen.

2. Abgrenzung vom Werkvertrage. a) PosMSchr. **08** 131 (Posen). Beschränkt sich der Auftrag nicht auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse von Kaufverträgen über ein Grundstück oder auf Vermittelung solcher Verträge, sondern ist er auch auf den Verkauf und die Übergabe der Parzellen, sowie auf die Ablösung von Hypotheken gerichtet, so liegt nicht ein Mäklervertrag, sondern ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag vor. b) Merkel, BayRpflZ. **09** 160 ff. Ein bayrischer sog. „Pfandvermittelungsvertrag" ist kein Mäklervertrag, sondern ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag. Denn während der Mäkler zu einem Tun nicht verpflichtet ist und durch den Abschluß des vermittelten Geschäfts kein Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und dem Dritten zustande kommt, ist beim Pfandvermittelungsvertrage der Vermittler einerseits verpflichtet, die ihm übergebenen Sachen zu verpfänden, also einen Erfolg herbeizuführen, nicht nur zu vermitteln oder nachzuweisen, andererseits nimmt er die Pfandversetzung in eigenem Namen vor, so daß ein Vertragsverhältnis zwischen Pfandeigentümer und Pfandentleiher nicht zustande kommt.

3. Abgrenzung von anderen Verträgen. a) **RG.** LeipzZ. **09** 544, GruchotsBeitr. **53** 932. Wenn jemand, der sich gewerbsmäßig mit der Herbeiführung von Akkorden befaßt, es gegen Zusicherung einer bestimmten Vergütung übernimmt, „alles zu tun, um in einem Konkurs einen Zwangsvergleich herbeizuführen", so schließt er keinen Mäklervertrag, sondern einen eigenartigen unbenannten Vertrag, kraft dessen der Beauftragte die Vergütung fordern darf, auch wenn ihm eine Leistung durch den Auftraggeber unmöglich gemacht worden ist (§ 324). Nimmt man einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Werkvertrag an, so folgt das gleiche aus § 649. b) **RG.** LeipzZ. **09** 675. Setzt auch der Begriff des Mäklervertrags voraus, daß er dem Nachweise der Gelegenheit zum Abschlusse des in Aussicht genommenen Vertrags oder der Vermittelung dieses Vertrags vorausgeht, so ist doch ein Vertrag, in dem eine der beiden Parteien, die den tatsächlich von einem Dritten vermittelten Vertrag miteinander abgeschlossen haben, dem Dritten nachträglich einen Lohn für seine Vermittelung verspricht, nicht als Schenkung zu betrachten. Denn es fehlt an der Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Es liegt zwar kein Mäklervertrag, wohl aber ein entgeltlicher Vertrag vor. Vgl. hierzu auch JDR. **7** § 652 Ziff. 2.

II. Vertragspflichten des Mäklers (vgl. JDR. **7** § 652 Ziff. 7). a) BadRpr. **09** 146 (Karlsruhe). Der Mäkler braucht sich zwar nicht besonders über

die Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners zu erkundigen; wohl aber muß er seinen Auftraggeber gewissenhaft und getreulich von den ihm bekannten Verhältnissen und Tatsachen, die für jenen in Beziehung auf den Vertragsabschluß maßgebend sein können, insbesondere wenn sie ihn vermutlich vom Vertragsabschluß abzuhalten geeignet sind, unterrichten. **b)** Vertragsverletzung seitens des Mäklers durch Erteilung unrichtiger Auskunft; keine Einrede des nicht erfüllten Mäklervertrags, wenn der Vertrag durch die Tätigkeit des Mäklers zustande gekommen ist. Die Entsch. JDR. **7** § 652 Ziff. 1 b jetzt auch HansGZ. **08** Hptbl. 237, **09** Beibl. 147, SeuffA. **64** 266.

III. Anspruch auf Mäklerlohn. 1. „Vermittelung" und „Nachweisung". SächsRpflA. **09** 262 (Dresden). Eine für Vermittelung eines Geschäfts versprochene Provision kann unter besonderen Umständen bereits bei bloßer Nachweisung der Gelegenheit zum Geschäftsabschlusse fällig werden.

2. Kausalzusammenhang (vgl. JDR. **7** § 652 Ziff. 9). SächsRpflA. **09** 263 (Dresden). Ein Vertrag ist nur dann infolge des Nachweises des Mäklers zustande gekommen, wenn der Auftraggeber sich beim Vertragsschlusse bewußt war, daß er es bei dem Vertragsgegner mit einer ihm von dem Mäkler zugewiesenen Person zu tun hatte.

3. Provisionsanspruch bei Abschluß eines dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke dienenden Geschäfts. (Vgl. JDR. **5** Ziff. 9 und **7** Ziff. 10.) OLG. **18** 17 (KG.). Der Satz, es sei der Mäklerlohn auch dann vereinbart, wenn zwar nicht das beabsichtigte, aber doch ein demselben wirtschaftlichen Zwecke dienendes Geschäft zustande kommt, kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Er gilt insbesondere dann nicht, wenn der Lohn für einen vom Auftraggeber abzuschließenden Vertrag versprochen ist und der Auftraggeber überhaupt keinen Vertrag schließt, so z. B. wenn der Lohn für den Fall gezahlt werden soll, daß der Auftraggeber ein bestimmtes Grundstück kauft und dieses Grundstück dann von einem Dritten gekauft wird, wobei letzterer den Aufttraggeber „zur Hälfte an dem Geschäfte beteiligt". Der Umstand, daß dem Auftraggeber hier wie aus der Tätigkeit des Mäklers ein Vorteil zugeflossen ist, begründet für sich allein keinen Anspruch auf Provision.

4. Provisionsanspruch bei Verschulden des Mäklers. HansGZ. **09** Beibl. 147 (Hamburg). Der Mäkler verliert dadurch nicht den Anspruch auf Mäklerlohn, daß er bei der Vermittelung ein Versehen begeht, das ihn schadensersatzpflichtig macht. AM.: BadRpr. **09** 146 (Karlsruhe); vgl. II a.

5. Provisionsanspruch bei erfolgreicher Anfechtung des vermittelten Geschäfts. OLG. **18** 16 (Hamburg). Zwar folgt aus dem Wesen des Mäklervertrags, daß die erfolgreiche Anfechtung des vermittelten Geschäfts wegen Irrtums oder Betrugs den Lohnanspruch des Mäklers der Regel nach beseitigt. Allein dieser Satz gilt insofern nicht ausnahmslos, als diejenige Partei, deren Verhalten die Anfechtbarkeit des Vertrags herbeigeführt hat, dem Mäkler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten kann. Darauf, daß er selbst betrogen habe, kann sich im Rechtsverkehr niemand berufen, ohne gegen die guten Sitten zu verstoßen; auf die Geltendmachung des eigenen Betrugs läuft es aber hinaus, wenn der Auftraggeber einwendet, sein Teilhaber habe den Gegner betrogen und dieser den Vertrag deshalb angefochten.

6. Kein Provisionsanspruch wegen Unsittlichkeit der Mäklertätigkeit. **a)** KGBl. **09** 19 (KG.). Wenn ein Lieferant dem Angestellten eines Kaufmanns Provision dafür verspricht, daß er seinen Prinzipal bei geschäftlichen Maßnahmen zu seinen Gunsten beeinflusse, und der Angestellte, der

das Interesse des Prinzipals zu wahren hat und sich bei Empfehlungen von Lieferanten nur durch sachliche Erwägungen leiten lassen darf, lediglich seines Vorteils wegen sich erbietet, den Lieferanten zu empfehlen, so verstößt ein solcher Mäklervertrag gegen die guten Sitten und ist nach § 138 nichtig. **b)** Bay. RpflZ. **09** 338, BankA. **09** 383, LeipzZ. **09** 949, ZAktGes. **17** 28 (Zweibrücken). Ein Vertrag, durch welchen ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft es gegen Provision übernimmt, dem bei Vermittelung des Verkaufs eines Gesellschaftsgrundstücks im Interesse beider Teile tätigen Mäkler in einem dem Zustandekommen des Geschäfts günstigen Sinne behilflich zu sein, ist mit der Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds nicht vereinbar und verstößt gegen die guten Sitten; dem Mitglied steht daher eine Vergütung nicht zu.

7. Fälligkeit des Mäklerlohns. **a) RG.** R. **09** II Ziff. 3054. Soll der Mäklerlohn für einen von dem Mäkler vermittelten Vertrag zu einem Zeitpunkt fällig werden, wo eine der Vertragsleistungen bewirkt wird (z. B. bei Anzahlung, Auflassung), und wird später der Vertrag von den Kontrahenten wieder aufgehoben, so tritt die Fälligkeit des Mäklerlohns mit dem Zeitpunkt ein, an dem die fraglichen Handlungen bei regelmäßigem Gange der Dinge vorgenommen sein würden. **b)** HessRspr. **10** 4 (LG. Mainz). Die Mäklerprovision für die Vermittelung eines Darlehensvertrags wird erst mit der Auszahlung des Darlehens fällig.

8. Erfüllungsort für die Zahlung des Mäklerlohns. PosMSchr. **09** 14 (Posen). Die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns für den Vertrieb von Kuxen ist nach der Natur des Vertragsverhältnisses im Zweifel da zu erfüllen, wo der Auftraggeber seine die Gewerkschaft betreffenden Angelegenheiten zu erledigen pflegt.

IV. 1. Zu Absatz Satz 2. R. **09** II Ziff. 1296 (Hamburg). Ist die aufschiebende Bedingung, unter welcher der vom Mäkler vermittelte Vertrag geschlossen ist, nicht eingetreten, so entfällt der Anspruch auf Mäklerlohn. Diese Vorschrift enthält jedoch nur nachgiebiges Recht, so daß die Parteien vereinbaren können, daß der Mäklerlohn für die Vermittelung des bedingten Vertrags gezahlt werden soll.

2. Zu Absatz 2. PosMSchr. **08** 131 (Posen). Wer mit dem Verkauf und der Übergabe eines Grundstücks und der Ablösung von Hypotheken beauftragt ist, kann — da es sich nicht um einen Mäklervertrag, sondern um einen Werkvertrag aus § 675 handelt (vgl. oben I Ziff. 3 a) — Ersatz seiner Aufwendungen nicht nach § 652 Abs. 2, sondern nach § 670 verlangen.

§ 653. 1. Stillschweigende Vereinbarung. **a)** FrankfRundsch. **42** 163 (Frankfurt). Werden die Dienste eines Vermittlers (Mäklers) widerspruchslos angenommen, so liegt darin die stillschweigende Erteilung des zur Vergütung verpflichtenden Auftrags. **b)** SchlHolstAnz. **09** 52 (Kiel). Wenn jemandem eine bestimmte Vergütung für seine Mitwirkung bei Abschluß eines Kaufvertrags und bei dem Abhandeln von dem seitens des Verkäufers geforderten Preise versprochen wird und er erklärt, „er wolle sonst noch ein wenig dabei verdienen", so bedeutet das Schweigen des Kauflustigen auf die letztere Bemerkung keineswegs sein Einverständnis, dem anderen über die genannte Vergütung hinaus den üblichen Mäklerlohn zu zahlen. **c)** BadRpr. **09** 25 (Karlsruhe). Wenn ein Agent beim Verkauf eines Grundstücks tätig ist und der Verkäufer ihm mit Rücksicht auf diese Tätigkeit einen Wechsel aushändigt, so ist hierin die Erklärung des Verkäufers zu erblicken, daß er die Tätigkeit des Agenten als eine den Provisionsanspruch rechtfertigende gelten lassen wolle und die Wechselsumme als Provision zahlen werde.

2. Landesrechtliche Taxen. (Vgl. JDR. **7** § 653 Ziff. 1.) Frankf. Rundsch. **42** 163 (Frankfurt). Das Frankfurter Gesetz vom 9. Dezember 1864 ist, soweit es Provision für Mietvermittelungen betrifft, beseitigt.

3. Beweislast. MecklZ. 27 103, R. 09 II Ziff. 1478 (Rostock). Der Mäkler braucht nur das Vorhandensein der für die gesetzliche Auslegungsregel des § 653 Abs. 1 geltenden tatsächlichen Voraussetzungen nachzuweisen, während der Auftraggeber die von ihm behauptete Ausnahme von der Regel (Erklärung, der Mäkler bekomme keine Provision) beweisen muß.

§ 654. 1. Erlaubte Tätigkeit für den anderen Teil. a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 992. Der Mäkler vertritt nicht schon dann ein dem Interesse seines Auftraggebers entgegengesetztes Interesse, wenn er ihm zuredet, von seiner ursprünglichen Forderung etwas herabzugehen, mag er auch gleichzeitig für den anderen Teil tätig gewesen sein. b) **RG.** R. **09** II Ziff. 2245. Der Mäkler, der vom Grundstückseigentümer mit der Vermittelung des Verkaufs beauftragt ist, kann sich vom Käufer, dem er die Gelegenheit zum Kaufe dieses Grundstücks nachweist, einen Teil des beim Weiterverkauf zu erzielenden Gewinns versprechen lassen. Von einem Widerstreite der Interessen der Vertragschließenden kann keine Rede sein, da die Provision der Vertragschließenden, die Gewinnbeteiligung, nicht für die Vermittelung, sondern lediglich für den erfolgten Nachweis eines aussichtsvollen Spekulationsobjekts gewährt ist. c) PosMSchr. **09** 7, SeuffBl. **09** 182 (Posen). Dem Mäkler ist nicht absolut verboten, von beiden Vertragsteilen den Auftrag zur Vermittelung anzunehmen und sich so widerstreitenden Interessen dienstbar zu machen; ein Zuwiderhandeln gegen den Vertrag liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Tätigkeit für den anderen Teil dem Mäkler ausdrücklich untersagt war oder gegen die aus den Umständen erkennbare Absicht des Auftraggebers verstößt, überhaupt Treu und Glauben zuwiderläuft.

2. Unerlaubte Tätigkeit für den anderen Teil. BadRpr. **09** 41 (Karlsruhe). Der Mäkler kann namentlich dann Provision nicht verlangen, wenn er nach der außerordentlichen Höhe der ihm von dem Auftraggeber zugesagten Vergütung nicht im Zweifel darüber sein konnte, daß er nach der mutmaßlichen Absicht des Auftraggebers ausschließlich dessen Interesse zu wahren hatte, und wenn er trotzdem ohne Wissen des Auftraggebers vorwiegend für den anderen Teil tätig geworden ist.

§ 656. Begriff der Leistung im Sinne des § 656. Die Entsch. JDR. **7** § 656 Ziff. 1 a (Braunschweig) jetzt auch OLG. **18** 17.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 661. HessRspr. **10** 57 (Darmstadt). Die Entscheidung des Preisgerichts ist für alle Beteiligten, darunter das Preisgericht selbst, zum mindesten dann bindend, wenn das Preisgericht erst nach reiflicher Prüfung seine Entscheidung gefaßt hat und irgendwelche Ordnungswidrigkeiten bei deren Zustandekommen sich nicht ergeben haben.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Die Weiterübertragung einer Geschäftsbesorgung von einem Beauftragten und Geschäftsführer ohne Auftrag wird von Kluckhuhn (vgl. § 675) erörtert. Die Rechtsprechung bringt eine Erläuterung des Begriffs Aufwendung (vgl. § 662 Ziff. 3, § 670 Ziff. 2) dahin, daß nur die Aufwendung von Vermögenswerten darunter zu verstehen ist. Weiteres erhebliches Material bringt nur die Rechtsprechung zu § 676.

Kretzschmar, Testamentsvollstrecker, ZBlFG. 9 618. Kurze Erörterung der Anwendung der Vorschriften über den Auftrag auf die Testamentsvollstreckung hinsichtlich Nichtübertragbarkeit, Auskunft, Rechnungslegung und Herausgabepflicht.

§ 662. 1. Kein Zustandekommen eines Auftrags. **RG.** BayRpflZ. **09** 411, JW. **09** 494, R. **09** II Ziff. 2385. Wird bei einem Beamten oder einer Behörde ein Antrag gestellt, und gehen diese auf den Antrag ein, so wird

damit regelmäßig kein Vertragsverhältnis — Auftrag — begründet. Dies gilt insbesondere von Gemeindebeamten, die um die Beglaubigung einer Unterschrift angegangen werden. Anders ist dies bei Notaren und Gerichtsvollziehern, wo die Vornahme ihnen obliegender Amtshandlungen zum Gegenstand eines zwischen ihnen und dem Antragsteller geschlossenen zivilrechtlichen Vertrags mit der Wirkung gemacht wird, daß sie demjenigen, der ihre Dienste in Anspruch nimmt, auch vertraglich verantwortlich sind.

2. **RG.** R. **09** II Ziff. 3055. Wenn der Eigentümer eines Grundstücks, veranlaßt durch die Erklärung eines Kaufliebhabers, daß er das Grundstück nur unter einer bestimmten Bedingung — Prolongierung einer fälligen Hypothek — kaufen werde, Aufwendungen zur Erfüllung jener Bedingung macht und es später gleichwohl nicht zum Kaufabschlusse kommt, so kann der Eigentümer wegen jener Aufwendungen den Kaufliebhaber nicht aus dem Gesichtspunkt eines Auftrags in Anspruch nehmen. Denn wenn der Eigentümer sich gegen unnötige Aufwendungen schützen wollte, so muß er formgerecht mit dem Kaufliebhaber vereinbaren, daß der Vertrag bei Vornahme der Aufwendungen gelten sollte.

3. Schadenhaftung. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 975, JW. **09** 311, R. **09** II 1769. Der Auftraggeber haftet nicht für den Schaden, der dem Beauftragten bei der Ausführung des Auftrags — ein Wirt hatte einige Gäste um Beistand gegen andere ihn tätlich angreifende Gäste ersucht — entsteht, es sei denn, daß ein für den Schaden ursächliches Verschulden des Auftraggebers vorliegt. Regelmäßig ist auch nicht eine stillschweigende Vereinbarung der Übernahme einer solchen Haftung anzunehmen.

4. Erlöschen des Auftrags. **RG.** WarnJ. **2** 77. Ein Abkommen dahin, daß ein Hauseigentümer einem Dritten die Mieten seines Hauses abgetreten hatte, damit dieser nach Maßgabe eines zwischen dem Hauseigentümer und seinen Gläubigern bestehenden Abkommens sie verwende, ist entweder ein Rechtsverhältnis aus einem dem Dritten von dem Hauseigentümer und den Gläubigern erteilten Auftrage (§§ 662 ff.) oder aus einem zwischen dem Hauseigentümer und den Gläubigern einerseits und dem Beklagten andererseits abgeschlossenen Dienstvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675). Wenn das Abkommen außer Kraft treten sollte bei einem Verkauf oder einer gerichtlichen Beschlagnahme des Hauses, so war der Dritte aus § 667 beim Eintritte dieser Ereignisse gehalten, die an ihn abgetretenen, noch nicht durch Zahlung getilgten Mietforderungen an die Eigentümer zurückzuübertragen und, soweit er das erhaltene Geld noch im Sinne des Abkommens verwendet hatte, dem Eigentümer herauszugeben.

§ 665. 1. Abweichen unter konkurrierendem Verschulden des Auftraggebers. MecklZ. **27** 4 (Rostock). Ein Verschulden des Beauftragten, der von einer Bank beauftragt war, die Unterschriften des Akzeptanten und eines Bürgen dadurch einzuziehen, daß diese in seiner Gegenwart wie banküblich die Unterschriften leisteten, ist darin gefunden worden, daß der Beauftragte dem Wechselakzeptanten den Wechsel aushändigte und dieser die Unterschrift des Bürgen fälschte. Ein konkurrierendes Verschulden der Bank als Auftraggeberin aber gleichzeitig darin gefunden, daß sie die Weisung des Auftrags nicht bestimmt genug erklärt hat, so daß der Beauftragte annehmen konnte, er könnte in der oben geschilderten Weise abweichen.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 811. Ein nicht erlaubtes Abweichen ist angenommen, wenn der Beauftragte für den Auftraggeber Gefälligkeitsakzepte ausgestellt hatte und der Auftraggeber ihm zur Einlösung das erforderliche Geld übersandte. Der Beauftragte mußte dieses Geld in der bestimmten Weise verwenden, anderenfalls beging er eine Unterschlagung.

§ 666. 1. Zeitpunkt der Rechnungslegung. **RG.** R. **09** II Ziff. 3339. Wenn ein Grundstücksbesitzer einer Bank, die sich mit dem Verkaufe von Grundstücken befaßt, Auftrag und Vollmacht zum Verkaufe seines Grundstücks gibt und die Bank sich verpflichtet, bei der Auflassung des Grundstücks dem Auftraggeber einen bestimmten Betrag „unter Berücksichtigung des Abrechnungssaldos" zu zahlen, so ist die Bank verpflichtet, vor dem mit dem Käufer vereinbarten Auflassungstermine die Abrechnung mit dem Auftraggeber vorzunehmen, damit dieser bei der Auflassung den ihm zukommenden Geldbetrag ausgezahlt erhalten kann.

2. BayRpflZ. **09** 379 (Bamberg). Die Rechnung muß eine vollständige Darstellung aller das Geschäft betreffenden Posten sein; eine sukzessive Mitteilung einzelner Teile der Rechnung ist keine Rechnungslegung. Sie muß mindestens insoweit spezifiziert sein, daß dem Auskunftsberechtigten die Nachprüfung der Rechnung ermöglicht wird. Auch kann das Recht auf Vorlegung von Belegen und auf ordnungsmäßige Rechnungslegung durch Nichtausübung in früheren Fällen nicht verloren gehen.

§ 667. 1. Herausgabepflicht der Handakten. Nissen, Handaktenzurückbehaltungsrecht gemäß § 32 KAO. im Konkurse des Auftraggebers, JW. **09** 89 ff. N. führt gegen Dernburg, Recht der Schuldverhältnisse 424 Abs. 2, und Friedländer, Komm. z. RAO. § 32 Anm. 26, aus, daß die Verpflichtung zur Herausgabe ihre Rechtfertigung in dem nämlichen Umstande findet, aus dem die Verschwiegenheitspflicht des Anwalts hervorgeht. Dagegen: Friedländer, Das Handaktenretentionsrecht des Anwalts im Konkurse seines Auftraggebers. Eine Entgegnung, LeipzZ. **09** 272. F. hält die Ansicht Nissens für unzutreffend, er hält für die Urkunden, die die Partei oder ein Dritter übergeben, §§ 667, 675, für die Urkunden, die den Erfolg der Tätigkeit bilden, Urteile usw. § 667 für anwendbar, hinsichtlich der übrigen Teile sei ein Gewohnheitsrecht ausgebildet.

2. BadRpr. **09** 145 (Karlsruhe). Die Frage, ob der Rechtsanwalt verpflichtet ist, die Handakten herauszugeben, richtet sich lediglich nach § 667. § 32 RAO. zieht in Abs. 1 nur negativ eine Grenze, bis wann die Handakten nicht herausgegeben zu werden brauchen, und setzt in Abs. 2 nur eine positive Grenze für die Aufbewahrungspflicht. Wenn der Rechtsanwalt über diese Grenze hinaus Handakten aufbewahrt, so bleibt die Herausgabepflicht bestehen. Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf die ganzen durch den Auftrag veranlaßten Akten, wobei im einzelnen nicht untersucht zu werden braucht, wem das Eigentum an den einzelnen Teilen zusteht.

3. SeuffBl. **09** 366 (Hamburg). Alle eine bestimmte Angelegenheit betreffenden, anläßlich der anwaltschaftlichen Tätigkeit in den Besitz des Rechtsanwalts gelangten Urkunden und Beläge gehören zu den Handakten, insofern sie ihrer Natur nach zur Aufbewahrung in denselben geeignet sind, also auch Verträge u. dgl. im Originale. Es besteht keine Verpflichtung des Rechtsanwalts, bei Ablauf der im § 32 Abs. 2 RAO. gesetzten Frist die Handakten daraufhin einer Prüfung zu unterziehen, ob sich darin Urkunden im Original befinden, deren weitere Aufbewahrung für seinen Auftraggeber möglicherweise von Interesse ist, vielmehr kann er sich darauf verlassen, daß sein Klient bei Zeiten, falls er auf die Urkunden Wert legt, sich die Handakten oder die Urkunden herausgeben läßt.

§ 670. 1. *Reichel, Schuldübernahme 553. Der nach § 670 platzgreifende Befreiungsanspruch des Beauftragten ist im Falle des vom Schuldner erteilten Interzessionsauftrags ausgeschlossen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 975, JW. **09** 311, R. **09** II Ziff. 1770. Das Gesetz versteht unter Aufwendung nur die auf freiem Willen beruhende Auflage oder Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes, nicht aber Aufopferung von Gesundheit und körperlicher Unversehrtheit anläßlich einer Hilfeleistung.

3. Prozeßkostenvorschuß. OLG. 18 18 (Hamburg). Der Kommissionar kann von dem Kommittenten Vorschuß zur Bezahlung der Kosten eines Prozesses eines Käufers gegen ihn verlangen, an den er auf Weisung des Kommittenten verkauft, aber nicht geliefert hatte.

FrankfRdsch. **43** 82 (Frankfurt). Der Rechtsanwalt hat, solange das Auftragsverhältnis besteht, einen klagbaren Anspruch auf Leistung eines Vorschusses gegen seinen Auftraggeber.

§ 675. 1. *Kluckhuhn, Der Auftrag zur Besorgung eines fremden Geschäfts und die auftraglose Geschäftsführung nach gemeinem und bürgerlichem Rechte (Göttingen 1909). Erteilt jemand einem anderen einen Auftrag zur Besorgung eines Geschäfts eines Dritten, ohne von diesem Dritten seinerseits zur Besorgung jenes Geschäfts beauftragt zu sein, so wird der andere auftragloser Geschäftsführer des Dritten stets dann, wenn er wußte, daß der Dritte Geschäftsherr sei. Wenn hingegen ein Beauftragter seinerseits einen anderen zur Besorgung eines Geschäfts seines Auftraggebers beauftragt, so wird der andere nur dann auftragloser Geschäftsführer des ursprünglichen Auftraggebers, wenn er die Stellung als Geschäftsherrn des letzteren kennt und mit Rücksicht auf jenen das Geschäft besorgt. In der Erteilung eines Auftrags zur Besorgung eines Geschäfts eines Dritten liegt bereits die Führung dieses Geschäfts.

2. Lent, Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung 79 ff. Geschäftsbesorgung ist nicht auf Handeln mit vermögensrechtlicher Bedeutung oder auf den Abschluß von Rechtsgeschäften beschränkt, sondern betrifft auch prozessuales Handeln bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten und Handlungen, die auf Rechtsgüter, z. B. Leben und Gesundheit, einwirken.

3. Rechnungslegung. **RG.** R. **09** II Ziff. 252. Erweist sich das eingeklagte Darlehen als Geldhingabe zur Ausführung eines Auftrags, so hat der Kläger zunächst auf Auskunft und Rechnungsstellung zu klagen.

4. PosMSchr. **08** 131 (Posen). Wenn sich der Auftrag nicht auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse von Kaufverträgen oder auf Vermittelung solcher beschränkt, sondern auch auf Verkauf und Übergabe der Parzellen, sowie auf Ablösung der Hypotheken gerichtet ist, so liegt nicht ein Mäkler-, sondern ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag vor, bei dem die Ersatzpflicht des zurücktretenden Auftraggebers nach § 670 BGB. eintritt.

5. Widerruf eines Verwaltungsauftrags. OLG. **18** 20 (Dresden). § 671 ist auf die entgeltlichen Verträge des § 675 unanwendbar. Trotz Widerrufs der Vollmacht bleibt das Vertretungsrecht des Beauftragten im Verhältnisse zum Auftraggeber bestehen, bis der Verwaltungsvertrag aufgehoben ist, und gegenüber dem Anspruche des Auftraggebers auf Herausgabe der Belege hat der Beauftragte ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf schriftliche Entlastungserklärung.

6. SächsRpflA. **09** 526 (Dresden). Wenn ein Kaufmann seine ausstehenden Forderungen an den Inhaber eines Inkassobureaus zu dem Zwecke abtritt, damit dieser davon die Gläubiger befriedige, so liegt Werk- oder Dienstvertrag vor.

7. Herausgabepflicht. OLG. **18** 21 (Hamburg). Der Beauftragte ist nicht verpflichtet, allgemein übliche Trinkgelder dem Geschäftsherrn herauszugeben.

8. Einzelne Fälle. a) Anwaltsvertrag. α. **RG.** R. **09** II Ziff. 251. Der für eine Zwangsversteigerung bestellte Bevollmächtigte verletzt seine Vertragspflicht, wenn er es unterläßt dafür Sorge zu tragen, daß ein höheres Gebot nicht in das Protokoll der Zwangsversteigerung aufgenommen wird und sein Vollmachtgeber dadurch, daß der Zuschlag zu einem geringeren Gebot erfolgt, einen Ausfall erleidet. Durch ein mitwirkendes Verschulden Dritter wird die Haftbarkeit nicht beseitigt. β. R. **09** II Ziff. 660 (Hamburg). Aus dem Umstande, daß mehrere Rechtsanwälte

sich zu gemeinsamer Ausübung ihrer Praxis verbunden haben und infolgedessen die vom Kläger ausgestellte Vollmacht auf Namen aller dieser Rechtsanwälte lautete, folgt noch nicht, daß letztere für den durch schuldhafte Prozeßführung verursachten Schaden gemeinsam haften. Vielmehr ist entscheidend, wem der Auftrag zur Prozeßführung erteilt ist. Ist er nur einem der verbundenen Anwälte erteilt, so ist auch nur dieser für einen etwaigen Schaden verantwortlich. γ. **RG.** JW. **09** 27. Einem Rechtsanwalt kann daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er in Anlehnung an einen hervorragenden Kommentar eine vom RG. noch nicht entschiedene Ansicht befolgt, die nachmals vom RG. in entgegengesetztem Sinne entschieden wird (Annahme mit Gaupp-Stein, § 207 ZPO. setze keine Notfrist). **b)** Haftung des Notars. α. Wegen unrichtiger Auskunft RheinNotZ. **53** 228. Kritik eines Urteils des OLG. Cöln, wonach einem Notar die Haftung auferlegt war. β. **RG.** WarnJ. **2** 195. Der auf die bloße Beurkundung eines bereits völlig vorbereiteten Kaufvertrags beschränkte Auftrag hat mit der Beurkundung sein Ende erreicht. Der Notar ist weder zu einer allgemeinen Belehrung über die Gefahren der Publizität des Grundbuchs noch zur vorgängigen Einsicht des Grundbuchs verpflichtet; er haftet auch nicht für eine Bezahlung des Käufers, falls sich nachträglich aus dem Grundbuch eine Vormerkung für einen Dritten ergibt. γ) **RG.** ElsLothNotZ. **09** 65, JW. **09** 11. Der Notar haftet seinem Klienten bei Verkennung der unmittelbar aus dem Gesetze sich ergebenden Grundsätze. Angenommen bei Beurkundung einer Verkaufsofferte über Immobilien, ohne daß die Verpflichtung des Vertragsgegners, bei Nichtannahme der Offerte eine Vertragsstrafe zu zahlen, notariell beurkundet wurde. δ. **RG.** ElsLothNotZ. **09** 99, SächsRpflA. **09** 115. Zur Gültigkeit des Erbverzichtsvertrags ist Vertragsantrag und Annahme erforderlich. Der beurkundende Notar, der nur die einseitige Erklärung des Verzichts und in dem Testamente des Erblassers nur eine Bemerkung des Erblassers darüber, aber keine Annahme beurkundet hat, macht sich dem Erblasser und seinem Erben schadensersatzpflichtig. ε. BayNotZ. **09** 111 (Braunschweig). Die Haftung des Notars für den höheren Stempelbetrag bei Beurkundung des Preises für Grundstück und Inventar in einer Summe ist abgelehnt, wenn der im Grundstückshandel erfahrene Mandant den Preis einheitlich angibt, da in solchem Falle für den Notar keine Veranlassung bestand, darauf aufmerksam zu machen, daß die Angabe der Einzelwerte in getrennten Summen zu einer Stempelersparnis führen würde. **c)** Gerichtsvollzieher. α. **RG.** WarnJ. **2** 14. Der Gerichtsvollzieher ist abgesehen von § 820 Satz 1 ZPO. nicht verpflichtet, bei einem zu niedrigen Gebote den Zuschlag zu versagen und die Weisungen des Gläubigers einzuholen. β. **RG.** JW. **09** 14. Der Gerichtsvollzieher, dem ausdrücklich aufgegeben war, die wegzunehmenden Sachen einer von ihm zu wählenden, von ihm auf sorgfältige Packung durch sachkundige Leute zu instruierenden und von ihm zu bezahlenden Speditionsfirma zu kostenfreiem Transport an den Auftraggeber zu übergeben und zu diesem Behufe die von der Firma ihm erst vorzurechnenden Transportkosten sofort beizutreiben, konnte diesen Auftrag so auffassen, daß ihm die Verantwortung für den Transport und für das gute Eintreffen der Sachen zugemutet wurde, und den ganzen Auftrag ablehnen. **d)** Bankier. OLG. **18** 19, WürttJ. **21** 151 (Stuttgart). Ein Bankier, der eine Abteilung für Immobilien und Hypotheken eingerichtet hat, haftet seinem Auftraggeber, der ihn ermächtigt hat, eine Forderung einzuziehen und das Anwesen des Schuldners versteigern zu lassen, wenn er dem Auftraggeber den Versteigerungstermin zwar mitteilt, ihn aber in diesem Termine nicht vertritt, ohne ihn darauf aufmerksam zu machen, daß eine Vertretung nötig ist.

§ 676. 1. Rat und Empfehlung im allgemeinen. **a)** **RG.** R. **09** II Ziff. 3057. Wenn ein Schuldner bei Rückzahlung des Kapitals dem Gläubiger auf dessen Bitte über eine anderweit beabsichtigte Anlage des Geldes Rat er-

teilt, so erwächst hieraus noch keine vertragliche Haftung zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates entstehenden Schadens. **b) RG.** R. **09** II Ziff. 41. Der Erteiler einer Kreditauskunft kann ein zwischen ihm und dem Schuldner bestehendes Kommissionsverhältnis für den Anfragenden als unerheblich erachten, wenn dieses Kommissionsverhältnis tatsächlich wie ein offener Kredit behandelt wurde. **c) RG.** R. **09** II Ziff. 42. Eine Auskunft ist nicht dadurch allein, daß bestimmte Tatsachen nicht ausführlich mitgeteilt, sondern nur angedeutet sind, wissentlich unwahr, z. B. daß ein mit der Auskunft erteilenden Bank bestehendes Deckungsgeschäft (Sicherungsübereignung des ganzen Holzlagers) nicht ausdrücklich mitgeteilt wird. **d) RG.** R. **09** II Ziff. 3056. Die Haftung aus einer unrichtigen Auskunft erlischt bei fortlaufenden Kreditierungen nicht unter allen Umständen durch Eingang der zunächst auf die Auskunft hin gestundeten Beträge und durch Einholung weiterer Auskünfte von anderer Seite.

2. Die Haftung des Bankiers insbesondere. **a) RG.** SeuffBl. **09** 32, JW. **09** 360. Eine fahrlässige Empfehlung eines Bankiers gegenüber einem Kunden, der selbst Kaufmann ist, Aktien eines neuen Industrieunternehmens zu kaufen, das ein für den Massenbetrieb noch nicht erprobtes neues Verkehrsmittel einführen sollte, liegt dann nicht vor, wenn die dabei gemachten tatsächlichen Angaben der Wahrheit entsprechen, der Kunde aber hinsichtlich der Angaben über Kursbewegung und Dividende diese nur als Äußerungen einer subjektiven Ansicht auffassen konnte. **b) RG.** LeipzZ. **09** 154. Es ist die Pflicht des Bankiers, den Kunden über Gründungsvorgänge aufzuklären, wenn ihm bekannt ist, daß bei der Gründung ein im Verhältnisse zum Werte des zu gründenden Objekts ungeheuer großer Gründer- bzw. Zwischengewinn gemacht worden war. **c) RG.** BayRpflZ. **09** 111, R. **09** II Ziff. 808. Der Kursfall eines empfohlenen Industriepapiers, das wie die meisten Papiere dieser Art je nach der Entwickelung des Geschäfts und der Dividendenverteilung gewissen Kursschwankungen unterlag, das aber keineswegs als ein sog. „faules Papier" bezeichnet werden konnte, gibt noch keinen Anspruch auf Schadensersatz, insbesondere dann nicht, wenn für den Käufer ein Schaden dadurch eingetreten ist, daß er das Papier voreilig verkauft.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Der Begriff des „fremden Geschäfts" wird von Lent von einem neuen Gesichtspunkt aus zu bestimmen versucht (vgl. § 677 Ziff. 1). Die Rechtsprechung beschäftigt sich in mehreren Entscheidungen mit dem Ersatzanspruche des Unterhaltsverpflichteten gegen den Schädiger.

Literatur: Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen (Halle 1909) vgl. § 683. — Kluckhuhn vgl. § 675 Ziff. 1. — Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des RG. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, LXVI. Geschäftsführung ohne Auftrag, JW. **09** 121 ff. — Lent, Der Begriff der auftraglosen Geschäftsführung (Leipzig 1908), vgl. dazu im einzelnen § 675 Ziff. 2.

Zu §§ 677 ff. 1. Kuhlenbeck führt aus, daß das RG. zur Frage der Begriffsbestimmung des „Geschäfts" noch keine Stellung genommen habe, erwähnt aber ein Urteil des OLG. Celle 10. 11. 05 (OLG. **12** 272), das der von Isay (Geschäftsführung ohne Auftrag) und von Staudinger-Engelmann (§ 677 Bem. 2a) vertretenen Ausführung beipflichtet. Für das subjektive Erfordernis, nämlich das Bewußtsein und den Willen, das Geschäft als fremdes zu besorgen, wird **RG.** 25. 11. 07 (JW. **08** 97 ff.) angezogen und dahin kritisiert, daß die Absicht, ein „fremdes" Geschäft zu führen, aus tatsächlichen Gründen in Abrede gestellt und dadurch die Frage des Geschäfts im Sinne des § 677 nicht berührt werde. Als mit der herrschenden Meinung im Einklange, daß der Geschäftsführer keineswegs ausschließlich im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt

zu haben brauche, wird **RG.** 6. 2. 08 (R. **08** II 1177) angeführt. Zur Klärung des Begriffs wirklicher und mutmaßlicher Wille im Sinne von §§ 683 u. 678 wird **RG. 65** 179 angezogen. Endlich wird für die Frage, ob der Geschäftsführer zur Fortsetzung und Beendigung der begonnenen Geschäftsführung verpflichtet ist, aus **RG. 63** 283 ff. gefolgert, daß diese Verpflichtung zwar grundsätzlich nicht besteht, daß aber das Verhalten beim Zurücktreten keinesfalls gegen Treu und Glauben verstoßen darf, letzterenfalls vielmehr zum Schadensersatze verpflichtet.

2. Lent aaO. 131 ff. Die subjektiven Momente, weder der Wille des Geschäftsherrn, der nur für maßgebend erachtet werden kann für die aus der Geschäftsführung entstehende Obligation, noch der Wille des Geschäftsführers sind geeignet, eine Handlung zu einem fremden Geschäfte zu machen. Die Einteilung Isays (D. Geschäftsführung des BGB. 1900), daß bei den objektiv fremden Geschäften die Verkehrsanschauung, bei den subjektiv fremden der Wille des Geschäftsführers entscheiden soll, verschiebt die Lösung des Problems, da nunmehr die Frage zu beantworten ist, wann ein fremdes Interesse das Geschäft beherrscht. Der Begriff „fremdes Geschäft", der in §§ 677 ff. gemeint ist, bestimmt sich im einzelnen Falle danach, was der Geschäftsführer führen wollte. Dieser Wille des Geschäftsführers begrenzt den Umfang der Geschäftsführung mit dem Risiko, daß sie gerade in dem gewollten Umfange nicht gerechtfertigt ist im Sinne des § 683. Dieser Wille des Geschäftsführers braucht nicht erklärt zu sein und ist nicht rechtsgeschäftlich. Der maßgebende Zeitpunkt ist der Beginn der Geschäftsführung.

3. *Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten 120—124. Der Schuldner, der in Erfüllung seiner Vertragspflichten ein Geschäft eines Dritten besorgt, ist nur dann Geschäftsführer ohne Auftrag für den Dritten, wenn er bei Bewirkung der Leistung die Absicht kundgibt, im Interesse des Dritten tätig zu werden.

4. Haftung. **RG.** WarneyersJ. **2** 485, R. **09** II Ziff. 2938. Wer, ohne in rechtsgültiger Weise zum Geschäftsführer einer GmbH. bestellt zu sein, doch Jahre hindurch die Stelle eines Geschäftsführers tatsächlich bekleidet, kann auf Grund dieses tatsächlichen Verhältnisses als Geschäftsführer ohne Auftrag für nachlässige Geschäftsbesorgung verantwortlich gemacht werden.

5. Unterhaltskosten. **a) RG.** WarneyersJ. **2** 80. Ein Unterhaltspflichtiger, der bei einem durch eine unerlaubte Handlung verletzten Unterhaltsberechtigten den Heilungsaufwand getragen hat, kann von dem Schädiger Ersatz seiner Aufwendungen entweder aus auftragloser Geschäftsführung oder Bereicherung verlangen. § 843 Abs. 4 schließt diesen Anspruch nicht aus. **b) RG.** SeuffBl. **09** 668. Die Bestimmung des § 843 Abs. 4 BGB. schließt den Anspruch des Unterhaltspflichtigen, der den Aufwand getragen hat, gegen den Schädiger nicht aus. Dieser kann auf der rechtlichen Grundlage der auftragslosen Geschäftsführung erhoben werden, wenn der Unterhaltspflichtige, der von der Schädigung des Unterhaltsberechtigten durch den Dritten Kenntnis hat, bei der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gleichzeitig mit dem Vorsatze handelte, seine Aufwendungen diesem Dritten in Rechnung zu stellen. Er kann aber auch auf den Rechtsgrund der Bereicherung gestützt werden. **c)** Ebenso ElsLothJZ. **09** 242 (Colmar).

6. OLG. **18** 22 (Braunschweig). Auftraglose Geschäftsführung ist anzunehmen, wenn der Vertreter einer Fabrik die an einen Dritten unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen bei einer entstehenden Zahlungsschwierigkeit des Dritten abholt und für einen Minderpreis weiterverkauft. Bei großem Mißverhältnisse zwischen Erlös und ausgezeichnetem Preise haftet er auf Schadensersatz.

7. RheinA. **106** 136 (Düsseldorf). Für Hilfeleistung bei Feuersgefahr kann von der Gemeinde keine Entschädigung verlangt werden.

§ 679. 1. OLG. **18** 22 (Kiel). Der Arzt kann vom unterstützungspflichtigen Ortsarmenverbande die Bezahlung eines erkrankten Hilfsbedürftigen nach dem niedrigsten Satze der Gebührenordnung verlangen.

2. SächsOLG. **30** 268 (Dresden). Der Vater eines unehelichen Kindes hat die zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht von nun an gemachten Aufwendungen zu erstatten.

§ 681. WürttJ. **21** 284, R. **09** II 2797 (Stuttgart). Unterläßt der Geschäftsführer ohne rechtfertigenden Grund die Anzeige, daß er die Geschäftsführung übernommen habe, so kommt nicht mehr der mutmaßliche, sondern lediglich noch der wirkliche Wille des Geschäftsherrn in Betracht.

§ 683. Carl, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen (Halle 1909). Eine Trennung zwischen Aufwendungen bei Übernahme und bei Ausführung des Geschäfts ist unzulässig, es entscheidet die gesamte Geschäftsführung, ob Ersatz der Aufwendungen verlangt werden kann. Das Wort Interesse ist in objektiver Bedeutung zu verstehen, während die beiden Begriffe wirklicher und mutmaßlicher Wille gleichwertig und nicht subsidiär nebeneinander stehen, so daß beim Vorliegen der Nützlichkeit oder Tauglichkeit einer Geschäftsführung nur die Frage zu prüfen ist, ob vom Standpunkte der Allgemeinheit zu vermuten ist, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung bei Kenntnis der Sachlage gebilligt haben würde. Für aufgewendete Arbeitskraft ist stets Entschädigung zu gewähren, ohne Rücksicht darauf, ob die Dienste sonst zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören, oder ob ihm ein anderer Arbeitsverdienst entgangen ist oder nicht.

1. **RG.** R. **09** II 2386. Die Geschäftsführung selbst fällt nicht unter die „Aufwendungen" im Sinne des § 683 BGB.

2. R. **09** II 661 (Stuttgart). Der Ersatzanspruch ist nicht davon abhängig, daß der Geschäftsführer eine bestimmte Person als diejenige im Auge hat, von der Ersatz verlangt werden soll; es genügt, wenn das Geschäft für denjenigen besorgt wird, den es wirtschaftlich angeht. Dagegen ist es nicht zulässig, aus einem mit ausschließlicher Ersatzabsicht gegen A. vorgenommenen Geschäfte nachträglich, (wenn etwa von A. kein Ersatz zu erlangen ist), Ersatzansprüche gegen B. zu erheben.

3. WürttJ. **21** 284 (Stuttgart). Ersatz für Verpflegung eines bisher auf Kosten einer Kasse im Krankenhause verpflegten und dann entlassenen Unterhaltsberechtigten kann nicht ohne Anzeige (§ 681 BGB.) von dem Unterhaltsverpflichteten verlangt werden, falls keine Anhaltspunkte vorhanden sind, daß der Unterhaltsverpflichtete sich der Unterhaltspflicht entziehen würde.

§ 687. 1. **RG.** JW. **09** 658, R. **09** II Ziff. 2939. Wenn ein Bankier einen Kux des A., den er für diesen in Verwahrung hat, in Erfüllung eines mit B. über den gleichen Kux abgeschlossenen Kaufgeschäfts dem B. überträgt, so kann A. von dem Bankier die Herausgabe des erzielten Kaufpreises verlangen. Dies gilt jedoch nicht mehr, wenn vor der Geltendmachung jenes Anspruchs der Bankier von B. den dem A. gehörigen Kux gegen Aushändigung eines anderen Kuxes sich hat zurückgeben lassen. Es ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen, daß dem A. gestattet wäre, den Bankier an dem ursprünglichen Vertrage mit B. festzuhalten, ihm seinen Kux zu überlassen und dafür den Preis zu fordern, der nicht mehr den Gegenwert dieses Kuxes darstellt. Die Frage, wenn A. als Geschäftsherr vor der teilweisen Rückgängigmachung des Geschäfts eingegriffen hätte, ist nicht untersucht worden.

2. **RG. 70** 249, JW. **09** 228, DJZ. **09** 545, R. **09** II Ziff. 1211. Die Handlung desjenigen, der widerrechtlich ein fremdes Patent zu den Zwecken seines eigenes Gewerbes ausnutzt, fällt unter den Tatbestand der sog. unechten Geschäftsführung. Der in seinem Patentrechte Verletzte ist daher befugt, von dem entschädigungspflichtigen Verletzer gemäß §§ 687 Abs. 2, 681, 688 BGB. Rechnungslegung zu verlangen.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

Zu §§ 688 ff. 1. Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des RG. in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts XVII: Der Verwahrungsvertrag (Hinterlegung, Depositum). K. entwickelt zunächst die Unterscheidungsmerkmale vom Auftrage, Miete und Dienstvertrag und hält die das Wesen des Verwahrungsvertrags charakterisierenden Entscheidungen (**RG. 33** 24 für gemeines Recht, **RG. 1** 392 für preußisches Recht und **RG. 12** 87) für das geltende Recht noch für zutreffend. Ebenso werden die auf gemeinrechtlicher Basis ergangenen Entscheidungen **RG. 15** 210 über die Zulässigkeit dinglicher Einreden gegen die Klage des Hinterlegers auf Herausgabe der Sache und **RG. 25** 37 über den Erwerb dinglicher Rechte seitens des Verwahrers an der hinterlegten Sache für noch zutreffend bezeichnet. Endlich wird mit Rücksicht auf den Ausschluß der Substitutionsmöglichkeit **RG. 56** 150 ff. als nicht unbedenklich zitiert (Hinterlegung einer Geldsumme seitens des Verwahrers bei einem Bankhause, das nachher in Konkurs geriet).

2. Landsberger, Die Haftung des Filialleiters und Lagerhalters für Manko, GewG. **09** 212. L. will abweichend von einer Entscheidung des LG. Berlin den Filialleiter für das Manko nicht aus Verwahrung, sondern aus Dienstvertrag in Verbindung mit § 260 haften lassen.

§ 695. BayRpflZ. **09** 175 (Bamberg). Wenn mit dem Verwahrungsvertrag ein Pfandvertrag nach § 1206 BGB. verbunden wird, derart, daß die hinterlegte Sache zur Sicherung einer Forderung, die auch eine künftige oder bedingte sein kann, dinglich belastet wird, so besteht, sobald das Pfandrecht erloschen ist, und dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Forderung erlischt, für die es bestellt ist, zwischen dem Treuhänder und dem Pfandgläubiger kein Rechtsverhältnis mehr. Der Treuhänder ist, da nunmehr nur noch der reine Verwahrungsvertrag vorliegt, dem Hinterleger zur Rückgabe der hinterlegten Sachen verpflichtet.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. 1. KGBl. **09** 11 (LG. Berlin I). Die Angestellten eines Schankwirts sind nach § 56 HGB. als ermächtigt anzusehen, Garderobenstücke der Gäste in Empfang zu nehmen, da derartige Empfangnahmen von Garderobenstücken zu den im Betriebe einer Schankwirtschaft gewöhnlichen Empfangnahmen gehören. Der Schankwirt haftet daher auf Rückerstattung oder Schadensersatz, falls nicht eine Einschränkung dieser gesetzlich begründeten Vollmacht den Besuchern in ausreichender Weise kundbar gemacht wird.

2. SächsOLG. **30** 264 (Dresden). Die Haftung des Gastwirts kann sich auch auf eingestellte Tiere erstrecken, wenn nämlich der Besitzer der Tiere zugleich vom Gastwirte beherbergt wird. Andererseits liegt ein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 688 vor oder eine Platzmiete.

3. Ebenso OLG. **18** 26 (KG.); OLG. **18** 27 (München); OLG. **18** 28 (Kiel). Auf die Einstellung der Pferde der Verkehrsgäste findet § 701 keine Anwendung.

§ 702. *Gößmann, ZVersWiss. **09** 386: Die Lebensversicherungspolice ist Wertpapier im Sinne dieser Vorschrift.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Der Bericht enthält eine ganze Reihe für die Entwickelung des Gesellschaftsrechts wesentliche Urteile. Die Abgrenzung des Gesellschaftsvertrags von anderen Vertragstypen spielt offensichtlich wiederum eine erhebliche Rolle in der Praxis. Den Gegensatz in der Rechtsprechung unserer gewerblichen Sondergerichte gegenüber den ordentlichen Gerichtshöfen zeigt namentlich das Urteil des Gewerbegerichts Posen (unten § 705 I 3 A) und bietet zugleich ein Muster für Interessenjurisprudenz; es enthält auch gegenüber der kon-

stanten Rechtsprechung unserer Gewerbegerichte hinsichtlich des Gruppenakkords eine neue Nuance. — Über die Anwendbarkeit des § 313 auf Gesellschaftsverträge hat sich jetzt wohl eine feste Praxis gebildet. — Das Rechtsverhältnis der Unterbeteiligung bedarf noch einer systematischen Behandlung. Ebenso bestehen noch Unklarheiten über die Klagebefugnisse einzelner Gesellschafter (§ 719). — Die geringfügige Literatur ist ohne größere Bedeutung.

Literatur: Jung s. §§ 705 ff. — Neudegger s. § 718. — Samuelsen s. § 738.

§§ 705 ff. Jung, Über Liegenschaftserwerb für „Gesellschaft und Gemeinschaft", BayNotZ. **10** 431 f. Es werden die Unterschiede der Rechtsstellung mehrerer gemeinschaftlich Liegenschaften erwerbender Personen kurz behandelt, je nachdem ob sie zu einer Gesellschaft (705 ff.) oder Gemeinschaft (741 ff.) zusammentreten. Erörtert werden die Entstehung der Vereinigung, die Natur der Anteilsrechte, Stellung im Ehegüterrechte (§ 1439 BGB.), das gemeinsame Vermögen, die Pfändbarkeit der Anteile, die grundbuchsmäßige Behandlung.

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. Samuelsen s. § 738. 1. Beiträge notwendig? a) **RG.** JW. **09** 656 Ziff. 6. Es genügt die formlose Einigung über den Ankauf eines Gutes zum Zwecke der Verteilung und Weiterveräußerung, nicht erforderlich ist Einigung über den höchsten zulässigen Erwerbspreis. § 705 verlangt nicht notwendig eine Vereinbarung über Leistung von Beiträgen, ihre Vereinbarung ist im § 705 nur Beispiel für die Gesellschafterpflicht zur Förderung des gemeinsamen Zweckes (vgl. § 706). b) JDR. **5** § 705, 2 a δ.

2. Gesellschaft oder Darlehen? a) JDR. **3** unter 1 b β. b) **RG.** LeipzZ. **09** 675 Ziff. 14. Der Vertrag enthält die Beteiligung des W. an dem gemeinsamen Unternehmen, die Bestimmung seines Beitrags, des zu erstrebenden gemeinsamen Zweckes, also ist er Gesellschaftsvertrag. c) **RG.** R. **09** II Ziff. 2642. Partiarisches Darlehen: mangels Einfluß auf die Verwertung und ohne Kontrollrecht durch Einsichtnahme der Bücher kein Gesellschaftsvertrag.

3. Gesellschaft oder Werkvertrag? A. Gewerblicher Gruppenakkord. a) GewG. Hamburg, GewuKfmG. **14** 192 Ziff. 26. Der Polier, der mit einem Bauunternehmer einen durch eine Putzerkolonne auszuführenden Akkordvertrag schließt, ist nicht selbständiger Gewerbetreibender, sondern nur Geschäftsführer der Akkordgesellschaft. Der Bauunternehmer haftet daher den Kolonnenmitgliedern für die Löhne, also auch für die Überschüsse (über die Abschlagszahlungen auf das Akkordgeld in Höhe der üblichen Stundenlöhne) als Arbeitgeber. Die Zahlung der Überschüsse an den Kolonnenführer befreit den Arbeitgeber. b) GewG. Posen, GewuKfmG. **14** 367 Ziff. 85. Die übliche Form des Gruppenakkords schließt im einzelnen Falle das Vorliegen eines Werkvertrags nicht aus; es muß dann aber auch zu erkennen sein, daß der mit dem Bauherrn Abschließende tatsächlich seiner ganzen Stellung nach als ein Unternehmer anzusehen ist. Hierbei sind das ganze Verhältnis zu dem Arbeitgeber, die Art der Arbeit, die soziale Stellung der betreffenden Person mit heranzuziehen. Eine wirtschaftlich unselbständige Person, die sich wirtschaftlich und sozial über die angenommenen Leute nicht erhebt, die mitarbeitet, die mittellos und leistungsunfähig und deshalb wirtschaftlich nicht imstande ist, das Risiko eines Unternehmens zu tragen, wird selbst bei entgegengesetzt lautenden Vertragsbestimmungen als Unternehmer und Arbeitgeber ihrer „Leute" nicht betrachtet werden dürfen. c) JDR. **7** § 714 a. d) Lotmar, Arbeitsvertrag II 490—549, bes. 516 ff., enthält eine eingehende Monographie dieser Form der Arbeitsorganisation. e) Vgl. auch die zahlreichen Entscheidungen im Reichsarbeitsblatt **1** 62, 138, 589, 677, 945, 1037, **3** 715, **4** 762, **5** 899, **7** 945.

B. Literarischer Mitarbeiter. OLG. **18** 29 (KG.). Wer einem anderen die Fertigstellung eines von ihm angefangenen Manuskripts gegen Honorar-

beteiligung im Einverständnisse mit dem Verleger überträgt, schließt keinen Werk-, sondern einen Gesellschaftsvertrag (JDR. **7** § 631 unter 4).

4. Gesellschaft oder Verlagsvertrag? a) JDR. **1** § 705 unter 9. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 53. Der Vertrag der beiden Herausgeber mit dem Verleger der Zeitschrift ist wegen ihrer Gewinnbeteiligung kein reiner Verlags-, sondern ein Gesellschafts- oder gesellschaftsähnlicher Vertrag (**RG. 53** 22, **65** 37); vgl. noch § 24 GesVerlG.

5. Gesellschaft des BGB. oder offene HG.? Schiffsprokureure. a) OLG. **19** 289 (Hamburg). Eine Gesellschaft von Personen, die für gemeinsame Rechnung unter einer nicht eingetragenen Firma ein Schiffsprokureurgeschäft, d. h. die gewerbsmäßige Vermittelung von Vertragsabschlüssen über die Befrachtung von Flußfahrzeugen in der Binnenschiffahrt, betreiben, ist nach den Vorschriften des BGB., über Gesellschaften, insbesondere hinsichtlich der Kündigung nach § 723 zu beurteilen; sie ist keine offene HG., weil der Betrieb kein Handelsgewerbe nach § 1 oder § 2 HGB. ist. **b)** JDR. **7** § 705, I 3.

6. Gesellschaft oder Alleinvertriebsvertrag? OLG. **18** 29 (Zelle). Ein Vertrag, durch den einem Teile der Alleinvertrieb von Maschinen für bestimmte Gebiete übertragen wird, ist mangels gemeinsamen Zwecks keine Gesellschaft, daher kein Anspruch auf Rechnungslegung über die vertragswidrigen Lieferungen. Vgl. **RG. 46** 123.

7. Vorstadium juristischer Personen. BraunschwRpflZ. **09** (56) 109 (Braunschweig). Soll das einer einzelnen Person verliehene Bergwerkseigentum im Wege freiwilliger Veräußerung an mehrere Mitbeteiligte übertragen werden, so ist die Gewerkschaft vor der Auflassung nicht entstanden, nur ein die Teilnehmer gegenseitig verpflichtendes Gesellschaftsverhältnis, die Gewerkschaft gemeinschaftlich ins Leben zu rufen.

II. Form. Verhältnis zu § 313. (S. a. o. zu § 313 Ziff. II 1h.) **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 11, HoldheimsMschr. **09** 322. Verträge zwecks gemeinsamen Grundstückserwerbes zur späteren Verwertung formfrei (vgl. JW. **08** 331). **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 396, HoldheimsMschr. **09** 217, SeuffA. **64** 308. Eine Vereinigung zu dem gemeinsamen Zwecke, ein Zementwerk zu gründen, dazu Dritten gehörige Grundstücke zu erwerben, und sie an die künftige Zementwerkgesellschaft oder an andere zu veräußern bei Gewinn- und Verlustteilung unterliegt nicht der Form des § 313, auch wenn die zu Gesellschaftszwecken angekauften Grundstücke auf den Namen des einen Gesellschafters einzutragen waren; er war nur Fiduziar und zur Gewinnteilung verpflichtet. **c)** **RG.** R. **09** II Ziff. 3536. Der Vertrag, durch den ein Gesellschafter, der mit dem anderen Gesellschafter, Bauland erworben hat, einem Dritten Unterbeteiligung gewährt, bedarf nicht der Form des § 313, falls nicht eine Pflicht im Sinne dieser Vorschrift besonders vereinbart ist. Sonst liegt in der Unterbeteiligung nur die Verpflichtung, dem Unterbeteiligten die auf ihn entfallenden Früchte der Gesellschaft zukommen zu lassen. **d)** JDR. **7** § 705 I 4.

III. Einzelfälle. A. Serienlosgesellschaft? HessGes. v. 11. 4. 1896 (vgl. JDR. **7** § 705 Note 3). **a)** HessRspr. **9** 138 (Darmstadt, StrafS.). Gesellschaft verneint, weil der zur Beteiligung Auffordernde, solange die Zahl der Teilnehmer die Höhe von 100 nicht erreicht hat, die fehlenden Anteile übernimmt und davon auf neu Eintretende übertragen soll: er schafft allein und selbständig Lose bestimmter Sorte an, sei es mit eigenen Mitteln oder mit Mitteln seiner in ständigem Wechsel stehenden einzelnen Vereinigungen, deren Mitglieder unter sich nicht im geringsten gesellschaftlichen Verhältnisse stehen. Gleichgültig ist, ob er die Lose auf seinen Namen oder den der nicht bestehenden Gesellschaft erwirbt. **b)** HessRspr. **9** 70 ff. (Darmstadt, Strafs.). Gesellschaft verneint, weil sie nur scheinbar und zum Zwecke der Bereicherung des zum Beitritt Auffordernden bestand; keine Berufung

auf Satzungen; mangels Klarheit darüber, wer Eigentümer der anzuschaffenden Lose sein soll, kann eine geordnete Gesellschaft nicht bestehen. Die einzelnen Losgruppen stehen in keiner Verbindung.

B. Gesellschaftsähnliche Vereinigungen Gewerbetreibender. RheinA. **106** (NF. IV) 110 (Cöln). Die Vereinigung von Gewerbetreibenden unter gegenseitiger Verpflichtung bei Meidung von Vertragsstrafen in ihren Geschäften keine Rabattmarken zu verwenden, ist ein gesellschaftsähnliches, im allgemeinen den Normen des Gesellschaftsvertrags unterliegendes Gemeinschaftsverhältnis (**RG. 53** 19). Die Vereinigung ist nicht dergestalt von der Mitgliedschaft einzelner Mitglieder abhängig, daß sie mit dem Ausscheiden auch nur eines Mitglieds aufgelöst werden müßte.

IV. Unterbeteiligung. 1. Zulässigkeit: JDR. **1**[1] § 717 unter 3.

2. Verschiedene Rechtsformen und deren rechtliche Folgen: JDR. **7** § 335 HGB. unter 2.

3. Haftung: JDR. **7** § 708 unter b.

4. Verhältnis zu § 313: oben II 3.

§§ 706, 707. Beiträge. 1. Auslegung zweifelhafter Abreden über ihre Höhe oder Erhöhung? a) JDR. **1**[1]; **2**[1]. b) **RG.** HoldheimsMschr. **09** (18) 321. Gesellschaft zwecks Erzielung von Gewinn aus dem An- und Verkauf bestimmter Aktien: Ist im Vertrage nur bestimmt, daß der eine Teilnehmer 4000 M. bei der Bank zu hinterlegen hat, ohne Festsetzung einer Grenze für seine Leistungen und ohne Ausschluß von Einzahlungen des anderen, so sind weitere Aufwendungen wegen der Höhe des Aktienpreises notwendige, stillschweigend vereinbarte Beiträge (§ 706), mangels anderer Abrede von beiden Gesellschaftern zu gleichen Teilen zu leisten. — Die Bestimmung, daß der Verlust zwischen den Gesellschaftern geteilt werden soll, kann nicht als Festlegung eines Beitrags (Beteiligung nur am Endergebnisse: **RG.** 11. Okt. 05) und Ausschluß der Verpflichtung zu weiteren Leistungen ausgelegt werden.

2. Über Fortdauer der Beitragspflicht im Liquidationsstadium vgl. Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation 35 f.

§ 708. Verletzung der Gesellschafterpflicht. a) **RG.** BankA. **9** 124. Pflichten des Konsortialen bei einer Haussespekulation in Aktien: In dem Verschweigen, daß ein Teil der vom Konsortium übernommenen Aktien einem der Konsortialen, der die Bildung des Konsortiums veranlaßt hat, gehörte, liegt keine Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten, die zum Schadensersatze verpflichtet, wenn das Verschweigen für die ungünstige Entwickelung des Geschäfts nicht kausal war, da das Konsortium zur Erreichung seines Zweckes Aktien erwerben mußte und die Beteiligung des betr. Gesellschafters an den übernommenen Aktien für den Erfolg des Unternehmens ohne Einfluß gewesen ist. **b)** JDR. **7**.

§ 709. Ist die Geschäftsführung eine Pflicht oder nur eine Befugnis des Gesellschafters? vgl. Wimpfheimer, Liquidation 37 ff. und JDR. **5** § 709 und § 715.

§ 714. Kollektivvertretung. Empfangnahme von Willenserklärungen. Meldepflicht im Syndikatsverhältnisse bei Kollektivvertretung: **RG.** LeipzZ. **09** 230 Ziff. 10 f. § 28 Abs. 2 BGB.

§ 717. Abtretung von Ansprüchen der Gesellschafter gegeneinander. 1. Der Beteiligungsziffer an einem Syndikat: **RG. 70** 283 (286 f.). Im Anschluß an **RG. 48** 305 wird aus Anlaß einer stempelrechtlichen Frage entschieden, daß die Beteiligungsziffer eines Mitglieds des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats nicht von selbst auf den Erwerber

der Zeche bei deren Veräußerung übergeht. Der Veräußerer bleibt berechtigt, die Abnahme vom Syndikat zu fordern. Vgl. auch ZtschBergR. **48** 540 (OVG.).

2. Teilabtretung von Gewinn- und Verlustrechten: **RG.** LeipzZ. **09** 686, HoldheimsMschr. **09** 319. Abtretung eines Teilbetrags eines Anteils in der Weise, daß der Zessionar an Gewinn und Verlust in Höhe seines Teilanteils teilnehmen und sämtliche patentamtlichen Schutzrechte in Höhe dieses Anteils auf ihn übergehen sollten, ist nach § 717 ungültig. Es kann nicht dahingestellt bleiben, ob später eine gültige stille oder offene Handels-Gesellschaft mit dem Zessionare vereinbart worden ist, weil das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrags Einigung über einen bestimmten Inhalt voraussetzt.

3. Des Auseinandersetzungsanspruchs: a) Stellung des Abtretenden: **RG.** HoldheimsMschr. **09** 27. Auch wenn ein Gesellschafter seinen gesamten Auseinandersetzungsanspruch (auf Gewinnanteil und Liquidationsguthaben) abgetreten hat, so kann er dennoch auch nach der Zession mit den Mitgesellschaftern über die Auseinandersetzung gültige Vereinbarungen treffen, die den Anspruch vereiteln. Er macht sich dadurch nur dem Zessionar gegenüber schadensersatzpflichtig. **b)** Grundbucheintragung der Pfändung: SeuffA. **64** 248 Ziff. 119 (Dresden). Sind nur die Ansprüche des Schuldners auf Auseinandersetzung und auf das Auseinandersetzungsguthaben bei einer Gesellschaft des BGB. gepfändet (vgl. **RG. 60** 126), so ist die Pfändung nicht im Grundbuche der Gesellschaftsgrundstücke eintragbar.

§ 718. Literatur: Neudegger, Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Grundbuchrechte, ABürgR. **34** 41—114.

1. Entstehung des Gesellschaftsvermögens. a) *Neudegger aaO. Die Eigentumsverhältnisse der Gesellschaft an Grundstücken, insbesondere das Auflassungsprinzip. Die Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft sowie die Umwandelung von Miteigentum an einem Grundstück (§ 1008 BGB.) in Gesamteigentum nach Gesellschaftsrecht (§ 705 BGB.) sind Fälle rechtsgeschäftlicher Veräußerung, die der Formvorschrift des § 313 BGB. unterliegen. Die Realisierung der für die Gemeinschafter aus dieser Verfügung entspringenden Verpflichtungen erfolgt durch dinglichen Übertragungsakt (§§ 873, 925 BGB.), der sich auf das ganze Grundstück erstrecken muß. Erwerb von Grundstücken für die Gesellschaft durch Geschäftsführung: Bedeutung des subjektiven Moments; Erwerb für das Gesellschafts- oder das Privatvermögen der Gesellschafter. **b) RG.** R. **09** Ziff. 3535. Das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses hinsichtlich Erwerbes und Verkaufs von Grundstücken (Parzellierungsgesellschaft) schließt nicht begriffsmäßig in sich, daß jedes erworbene Grundstück gemeinsames Eigentum werden soll (**RG. 54** 75, GruchotsBeitr. **52** 660).

2. Rechtsgeschäfte bezüglich des Gesellschaftsvermögens; Haftung. **a)** HansGZ. **09** Hptbl. 203, BauersZ. **17** 20 (Hamburg). Durch ein von dem mit Vertretungsmacht versehenen Gesellschafter im Namen der Gesellschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft werden nicht die Gesellschaft (kein selbständiges Rechtssubjekt), sondern nur die sämtlichen Gesellschafter berechtigt und verpflichtet; sie, darunter der geschäftsführende Gesellschafter, haften persönlich (vgl. §§ 420, 427, 431) mit ihrem ganzen Vermögen, ohne verlangen zu können, daß der Gewinnbeteiligte zunächst seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suche. Es besteht gegenüber seinem persönlichen Anspruche keine notwendige Streitgenossenschaft der sämtlichen Gesellschafter. Die Auflösung des Syndikats ist unerheblich. **b) RG.** JW. **09** 370. Schenkung eines nichtrechtsfähigen Vereins: es liegt eine einheitliche Schenkung vor, nicht einzelne Zuwendungen der Mitglieder, es liegt eine Verfügung des Vorstandes über Gesellschaftsvermögen vor. (Erheblich für § 11 Nr. 1 RErbschftG.) **c) RG.** LeipzZ. **09** 470 Ziff. 27. Der Gesellschafter des

im eigenen Namen klagenden Klägers ist nicht Partei, daher ein — allerdings unbeeidigt — zulässiger Zeuge, auch wenn das der Klage zugrunde liegende Geschäft mit dem Zeugen auf gemeinschaftliche Rechnung ging (§ 393⁴ ZPO.).

3. Gesellschaftsvermögen und dingliche Rechte. Neudegger aaO. a) Belastung der Gesellschaftsgrundstücke zugunsten eines Gesellschafters. Gilt § 181 BGB.? § 1009 ist analog anwendbar. b) Bestellung von Hypotheken, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht und Erbbaurecht für die und zu Lasten der Gesellschaft. c) Die Gesellschaft im formellen Grundbuchrecht und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen der Gesellschaft. Vgl. die einschlägigen Titel.

§ 719. Umfang der Verfügungsbefugnis der Gesellschafter. 1. Ausschluß der Anteilsübertragung; Ausnahme: DJZ. **09** 1333 (KG.). Als Folge einer Übertragung gemäß § 2033, wenn der Gesellschaftsanteil zum Nachlasse gehört. Bestand die Gesellschaft in einem solchen Falle nur aus dem Erblasser und dem Erwerber aller Nachlaßanteile, so verwandelt sich das Miteigentum zur gesamten Hand an den Gesellschaftsgrundstücken außerhalb des Grundbuchs in Alleineigentum des Anteilerwerbers (Grundbuchberichtigung).

2. Klagerecht des einzelnen Gesellschafters: a) Allgemein: α. Vgl. JDR. **7** § 719 Note 2. β. **RG. 70** 32, R. **09** II Ziff. 254. Ein Gesellschafter ist berechtigt, eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung in der Weise geltend zu machen, daß er die Leistung an alle Gesellschafter fordert (z. Händen eines von ihnen beauftragten Anwalts oder Hinterlegung oder an ihn selbst als von allen Gesellschaftern Ermächtigten). Maßgebend ist der ein allgemeines Rechtsprinzip enthaltende § 432 (vgl. § 2039) BGB., selbst wenn der Gegenstand an sich nicht unteilbar ist, aber wegen des Zweckes (§ 719) rechtlich unteilbar ist. γ. BraunschwRpflZ. **09** 109 (Braunschweig). Zur Klage auf Auflassung gegen den Veräußerer eines Bergwerkes an eine von ihm mitzugründende Gewerkschaft ist auch der einzelne Gesellschafter (künftiger Gewerke) aktiv legitimiert, da auch dem Einzelnen zwecks Geltendmachung der aus dem Gesellschaftsverhältnisse sich ergebenden Ansprüche gegen den Mitgesellschafter die actio pro socio selbständig gegeben ist (s. oben § 705 unter I 6). b) Teilung von Forderungen und Einziehungsermächtigung: **RG.** LeipzZ. **09** 545 Ziff. 16, HoldheimsMschr. **09** (18) 322, R. **09** II Ziff. 1868. Die Gesellschafter sind berechtigt, auch während Bestehens der Gesellschaft ihr zustehende Außenstände unter sich zu teilen und dadurch jeden einzelnen Gesellschafter zur Einziehung für seine Person zu ermächtigen (vgl. aber JDR. **6** § 719).

§ 721. 1. Rechnungsabschluß. HansGZ. **09** Beibl. 203, BauersZ. **17** 20 (Hamburg). Anspruch eines am Gewinn eines Syndikats Beteiligten auf Vorlegung einer Aufstellung über die Geschäftsergebnisse gegen den Geschäftsführer des aufgelösten Syndikats.

2. Zeitpunkt der Gewinnauszahlung. a) Bei Beteiligung am Nettogewinn: **RG.** JW. **10** 46 Ziff. 73. Zeitpunkt der Gewinnauszahlung bei einem Gesellschaftsverhältnisse zur Verwertung mehrerer Bohrgerechtigkeiten auf Kali: ist dem Gesellschafter ein Anteil des Nettogewinns aus der Verwertung sämtlicher Verträge zugesichert, so kann der Umstand allein, daß ein einzelner Vertrag mit Vorteil realisiert worden ist, seinen Anspruch auf Gewinnauskehrung nicht rechtfertigen. b) Bestimmung des Geschäftsjahrs: RJA. **10** 132 (135) (KG.). Bestimmung eines vor der Eintragung der GmbH. liegenden Tages als Beginn des Geschäftsjahrs (§ 11 GmbH.): vor der Eintragung ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes vorhanden (**RG. 58** 56) und auch für diese hat die Bestimmung des Geschäftsjahrs Bedeutung.

§ 722. Gewinnanteil; Grundsatz der Gleichheit. 1. **RG.** R. **09** II Ziff. 981. Unerheblich mit Rücksicht auf die Gesellschafterpflicht des § 705 ist, daß das günstige Ergebnis allein der Umsicht und Entschlossenheit eines einzigen Gesellschafters zuzuschreiben ist.

2. Vgl. dagegen bei der Gemeinschaft **RG. 70** 165 unten zu § 743 Ziff. 3.

§ 723. Kündigung. 1. Gesellschaft mit oder ohne Zeitbestimmung? Erschwerung der Kündigung? a) Bei Ausschluß aller Rechte am Verbandsvermögen: α. R. **09** II Ziff. 2387, 2361 (Stuttgart). Die Bestimmung eines in Gesellschaftsform geschlossenen Kartellvertrags, vor Ablauf einer bestimmten Zeit sei die Kündigung für die Mitglieder überhaupt ausgeschlossen, dann aber werde durch eine Kündigung die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern bestehe unter den übrigen Mitgliedern weiter, während das kündigende Mitglied unter Ausschluß jeglicher Rechte an das Verbandsvermögen ausscheide, ist unzulässig: entweder nach Abs. 3 § 723, falls keine bestimmte Zeitdauer (Abs. 1 Satz 1), sonst nach § 730 (nicht §§ 736, 738), falls eine bestimmte Zeitdauer als vereinbart angesehen wird. Die Nichtigkeit dieser Bestimmung hat die Nichtigkeit des ganzen Vertrags (§ 139) zur Folge. β. OLG. **18** 32 (Kiel). Die Bestimmung, daß der Austritt aus der Gesellschaftsmeierei zwar nach halbjährlicher Kündigung am Ende des Geschäftsjahres freistehe, aber der Austretende die Hälfte seines Anteils des noch nicht abgetragenen Anlagekapitals bar auszahlen und auf seine sämtlichen bereits geleisteten Abtragungen sowie auf das Vermögen der Gesellschaft verzichten müsse, beschränkt das freie Kündigungsrecht durch wirtschaftliche Nachteile und ist nach § 723 Abs. 3 nichtig. Vgl. auch **RG. 61** 328. Gleiches gilt für den Generalversammlungsbeschluß, der den Austritt eines Interessenten pro Kux auf 100 M. festsetzt. Auch die Bestimmung ist nichtig, daß bei Besitzveränderungen der Verkäufer als freiwillig Austretender im Sinne dieser Vorschriften gilt, wenn der Nachfolger in die Gesellschaft nicht eintritt. γ. Vgl. JDR. **6** unter Ziff. 3. b) Bei Einschränkung des Ausscheidenden durch ein Konkurrenzverbot: OLG. **18** 31 (Hamburg). Die Vereinbarung, daß der Vertrag zunächst für 3 Jahre bestimmt, alsdann für unbestimmte Zeit und mindestens kündbar auf den 30. April jedes Jahres mit 6 monatlicher Frist gelten soll, liegt in dem Rahmen des § 723. **RG. 61** 328 geht zu weit. Es würde dann auch die Bestimmung nichtig sein, daß im Falle der Kündigung nicht Liquidation eintreten, sondern der Ausscheidende sein Guthaben ausgezahlt erhalten solle. Die vorliegend beanstandete Vereinbarung (Konkurrenzverbot) beeinflußt wohl die Entschließung der Beteiligten über die Kündigung, in ihr wird aber nichts anderes wahrgenommen, als das als wohlberechtigt anzuerkennende Interesse der in der Gesellschaft Verbleibenden.

2. Konversion der Kündigung. Gesetzlicher Kündigungsgund? a) **RG.** HoldheimsMschr. **09** 53. Gesellschaft zweier Herausgeber einer Monatsschrift untereinander. Vertrag der beiden mit dem Verleger der Zeitschrift unter Festsetzung ihrer Gewinnbeteiligung: Konversion der Kündigung des einen der mitherausgebenden Gesellschafter gegenüber dem anderen aus einem wichtigen Grunde in die vertragsmäßige befristete: s. JDR. **7** § 723 Note 2. — Kündigung wegen Unmöglichwerden der Erfüllung einer Gesellschafterpflicht: Durch eine unberechtigte Kündigung des Verlegers gegenüber einem der Gesellschafter, wird für diesen die Vertragserfüllung gegenüber dem anderen nicht unmöglich. Dieser andere, sich auf Abs. 1 § 723 berufende Gesellschafter hat nachzuweisen, daß der Verleger mit Recht die Annahme der Redaktionsarbeiten des anderen Mitherausgebers abgelehnt hat. b) Positive Vertragsverletzung: **RG.** LeipzZ. **09** 931 Ziff. 13. Mittel des vertragstreuen Teiles gegen positive Vertragsverletzung: § 723 (vgl. JDR. **3**[1], § 723 unter 2).

§ 725. Anteilspfändung; Grundbucheintragung? SeuffA. **64** 248 Ziff. 119 (Dresden). Wegen Abs. 2 § 725 ist, anders wie bei der Erbengemeinschaft, eine Pfändung des Anteils des Schuldners am Gesellschaftsvermögen nicht ins Grundbuch eintragbar (s. § 717).

§ 726. Auflösung. Unerreichbarkeit des Zweckes? **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 321. Die Gesellschaft endet nicht ohne weiteres, sobald sich herausstellt, daß das beabsichtigte Unternehmen sich mit den im Vertrage vorgesehenen Mitteln nicht durchführen läßt.

§ 727. Auflösung durch Tod. HansGZ. **09** Hptbl. 215 (Hamburg). Auflösung einer Gelegenheitsgesellschaft zweier Firmen durch den Tod des Allein-Inhabers der einen: keine analoge Ausdehnung einer Vertragsbestimmung, die den Verstorbenen auf seine Lebensdauer davor sichern sollte, daß der andere Gesellschafter die durch den jetzt Verstorbenen gewonnene Verbindung mit einem Dritten nach Ablauf der Gesellschaft allein fortsetzen könnte, auf den Fall der alleinigen Fortsetzung dieser Verbindung ohne die Witwe des verstorbenen Gesellschafters.

§ 729. Vertretungsmacht eines Gesellschafters trotz Auflösung der G. **RG.** LeipzZ. **09** 310 Ziff. 11. § 169 BGB. setzt (mindestens nichtfahrlässige) Unkenntnis des Gesellschafters voraus; ebensowenig darf der Dritte Kenntnis von der Auflösung haben.

§ 730. Liquidatoren? OLG. **18** 33 (Breslau). Von einer analogen Anwendnng der §§ 142, 146, HGB. auf eine Gesellschaft des BGB. kann keine Rede sein, da das BGB. Liquidatoren nicht kennt. Die Auseinandersetzung steht nach § 730 den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Nach Lage der Sache kann nur im Wege des § 938 ZPO. beantragt werden, dem Gegner aufzugeben, Handlungen zu unterlassen, die einer gemeinschaftlichen Ausübung der allen Gesellschaftern nach § 730 zustehenden Rechte entgegenstehen.

§ 733. Schuldenberichtigung bei der Auseinandersetzung. Ausnahmen: **a)** Ansprüche außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses: **RG.** R. **09** II Ziff. 663. Jeder Gläubiger der Gesellschaft, also auch einer, der selbst Mitglied der Gesellschaft gewesen ist, aber nicht einen ihm in seiner Eigenschaft als Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsenen Anspruch erhebt, sondern einen Anspruch, der unabhängig davon auf Grund eines Tatbestandes entstanden ist, der auch jeder dritten Person den gleichen Anspruch verschafft haben würde (Bereicherung wegen nicht vertragsmäßiger Schüttflächenüberlassung für Erdarbeiten), hat das Recht, sich trotz der schwebenden Auseinandersetzung an jeden früheren Gesellschafter zwecks Erlangung anteiliger Befriedigung zu halten. **b)** Auf Grund Auslegung eines Auseinandersetzungsvertrags: **RG.** LeipzZ. **09** 687. Übernahme eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven gegen eine Abfindungssumme: gegen diese kann nicht mit einer Schuld des Erblassers der Abgefundenen an das Geschäft vom Übernehmer aufgerechnet werden.

§ 738. Literatur: Samuelsen, Löst der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft des BGB. die bestehende Gesellschaft auf oder dauert die alte Gesellschaft fort? SächsRpflA. **09** 225.

1. Eintritt und Austritt neuer Gesellschafter. **a)** Samuelsen aaO. Gegen Planck, Enneccerus-Lehmann, Staub tritt Verf. der Theorie Gierckes u. a. bei, daß vorausgesetzt, der Gesellschaftsvertrag bestimmt nicht anderes, die Gesellschaft fortbesteht. **b)** *Neudegger (s. o. zu § 718 Ziff. 1a): Des dinglichen Vertrags bedarf es weder im Falle des Eintritts eines Gesellschafters in eine Gesellschaft, weil hier eine Gesamtrechtsnachfolge des Eintretenden in das bisherige Gesellschaftsvermögen stattfindet, noch im Falle der

Auseinandersetzung bei Ausscheiden eines Gesellschafters, selbst wenn durch das Ausscheiden die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt werden sollte (§ 738 BGB.). Vgl. JDR. **7** Ziff. c.

2. Abs. 2. Schätzung des Gesellschaftsvermögens. OLG. **19** 313, R. **09** II Ziff. 2697 (Hamburg). Abschätzung des Wertes der Kundschaft bei Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation durch einen Gesellschafter gegen Abfindung des anderen mit dem Werte seines Anteils am Gesellschaftsvermögen nach Abs. 2 § 738. Vgl. § 158 HGB.

Anhang. Stempelrecht.

Literatur: Robert Meyer, HoldheimsMschr. **09** 126: I. Zur Stempelpflicht der Konsortialgeschäfte. II. Die Durchführung der Emission und die Auseinandersetzung der Konsortialen, insbesondere bei Beteiligung von Unterkonsortien.

1. Übertragung einer Syndikatsbeteiligung. Abtretungs- oder Kaufstempel? **RG. 70** 283. Die Übertragung des Beteiligungsanteils eines Mitglieds des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats bei Veräußerung einer Zeche unterliegt nur dem Abtretungsstempel (Tarifstelle 2) mit $^1/_{50}$ pCt. des Gegenleistungswerts, nicht dem Immobilienstempel (Tarif Nr. 32, 1 b) mit 1 pCt. oder Nr. 32, 1 c mit $^1/_3$ pCt. Die entgeltliche Übertragung von Forderungen unterliegt nur dem Abtretungs-, nicht dem Kaufstempel.

2. Überlassung von Rechten am Gesellschaftsvermögen: Anrechnung der Beteiligung (Abs. 3 PrTarifSt. 25 d). **a)** R. **09** 40 (KG.). Umwandelung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstandes bei Auflösung in Miteigentum der Gesellschafter nach Bruchteilen: Der Wertstempel ist zu der Vereinbarung nur insoweit zu erheben, als der einem Gesellschafter zugewiesene Bruchteil den seine Beteiligung am Reinvermögen der Gesellschaft darstellenden Bruchteil übersteigt (vgl. **RG. 68** 378; JDR. **7** Anhang zu Titel 14 Nr. 1). **b) RG.** R. **09** 374. Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und entsprechend an den einzelnen Gegenständen ist der Bruchteil am Reinvermögen der Gesellschaft, der sich durch dessen Verhältnis zum Kapitalanteile ziffernmäßig ergibt. Dieser Bruchteil bleibt steuerfrei. Der Gewinnanteil ist für die Anwendung des Abs. 3 unbrauchbar. Die Passiven sind bei Abs. 3 Tarif 25 d zu berücksichtigen (Gruchots Beitr. **52** 1225). Übersteigen die dem Erwerber zufließenden Werte seine Beteiligung an der Gesellschaft, so treten insoweit dem an den anderen Teil zu entrichtenden Entgelt die übernommenen Schulden hinzu.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 741. Begriff der Gemeinschaft. Gemeinschaft von Gegenständen? **RG.** LeipzZ. **09** 62 Ziff. 23, R. **09** II Ziff. 255. Ein Zeitungsunternehmen als Gegenstand einer Bruchteilsgemeinschaft: analoge Anwendbarkeit der §§ 741 ff. Gegenstand der Gemeinschaft ist nicht: ein Verlagsrecht, ein Urheberrecht des Herausgebers an dem Inhalte der bereits ausgegebenen Zeitungsblätter. Die Gemeinschaft betrifft die Befugnis, die Zeitung unter ihrem bisherigen Titel und bestimmt für den bisherigen Abnehmerkreis erscheinen zu lassen (vgl. **RG. 33** 31; auch **68** 49 und **37** 176).

§ 742. Literatur: du Chesne, Die Vermutung des § 742 BGB. und das Grundbuchrecht, RheinZ. **09** 459—463.

Die Vermutung der Anteilsgleichheit im Grundbuchrechte. **a)** du Chesne aaO. Die Vermutung des § 742 BGB. bezieht sich nur auf die privatrechtlichen Beziehungen der Mitberechtigten untereinander und betrifft die Öffentlichkeit und den Grundbuchrichter als deren Hüter im Grundbuch-

verkehr überhaupt nicht. Ein auf diese Vermutung gestützter Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung halbteiliger Berechtigung würde daher abzuweisen sein. **b)** JDR. **1**[1], **3**[1].

§ 743. Anteil an den Früchten. 1. Brutto- oder Nettoertrag? Anteil an Mietzinsen. KGBl. **09** 34 (KG.). Die Abtretung des Anteils eines Miteigentümers an den Mietzinsen aus einem gemeinschaftlich verwalteten Grundstück ist unzulässig. Unter dem dem Teilhaber gebührenden Bruchteile der Früchte ist nicht ein Bruchteil des Brutto-, sondern des Nettoertrags zu verstehen (vgl. aber JDR. **5** unter 3).

2. Anteil am Kaufpreis und Nutzungen. **RG.** Holdheims Mschr. **09** 322. Jeder Teilhaber kann den seinem Anteil entsprechenden Bruchteil an dem Kaufpreise für den veräußerten gemeinschaftlichen Gegenstand und an den ausbedungenen Nutzungen gegen den Schuldner für sich einklagen.

3. Anteil am Mehrgewinne bei Preiserhöhungen des Syndikats: Geschäftsbeteiligung der Verkaufssyndikatsmitglieder bei Veränderungen der wirtschaftlichen Entwickelung. **RG. 70** 165; gekürzt auch BauersZ. **16** 187, LeipzZ. **09** 232 Ziff. 21, JW. **09** 134 Ziff. 7, R. **09** II Ziff. 662, 664. Es entspricht dem Wesen jeder Gemeinschaft, daß die erlangten Vorteile dem einzelnen in dem Verhältnisse zugute kommen, in dem er an der Gemeinschaft beteiligt ist (§ 743 Abs. 1 BGB.). Werden daher bei einem Verkaufssyndikate für gewisse Gruppen von Geschäften (Auslandslieferungen) höhere Preise eingeführt, so folgt aus der Natur der Sache, daß die einzelnen Mitglieder an dem dadurch bedingten Mehrgewinne nach Maßgabe ihrer Kontigentierungsziffer, des sog. Arbeitsanspruchs, teilzunehmen haben. — Entschieden für einen Vertrag, der nur Unterpreisausgleichungen vorsieht und die Wahrung des bisherigen Besitzstandes als Richtschnur für die Auftragszuweisung angibt.

§§ 744, 745. Gemeinschaftliche Verwaltung (Verpachtung): OLG **18** 34 s. a. JDR. **6** und **7**.

§ 747. 1. Verfügungen über den Anteil. **a)** DJZ. **90** 1336 (Colmar). Pfändung des Miteigentums an einem Gruudstück: ist unzulässig (§ 857, dagegen § 864 ZPO.) und muß daher als Pfändung des obligatorischen Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft und auf Auseinandersetzung des auf den Schuldner treffenden Anteils an der Teilungsmasse aufgefaßt werden. **b)** Pfändung des Teilungsanspruchs s. u. zu § 749.

2. Verfügungen über den Gewinnanteil: s. § 743 unter 1.

3. Klagebefugnis: **a)** Aktivlegitimation: s. § 743 unter 2. **b)** Passivlegitimation. OLG. **18** 149, R. **09** II Ziff. 1506 (Cöln). Passivlegitimation für die Klage auf Anerkennung einer Grundgerechtigkeit, die auf einem Grundstücke mehrerer Personen haftet: nur alle diese Personen. **c)** Vgl. JDR. **1**[1].

§ 749. Teilungsanspruch. Ist er pfändbar? BayObLG. **10** 4. Der Teilungsanspruch, der sich nach den Vorschriften des pfälzischen Rechtes aus dem Anteilsrechte (Gütergemeinschaft) ergibt, kann nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein (vgl. **RG. 43** 375 und ZPO. § 860).

§ 752. 1. Antrag der Teilungsklage. SeuffA. **64** 23 (Kassel). Die Teilungsklage ist nicht schlechthin auf Verurteilung zur Teilung, sondern auf eine bestimmte, den Vorschriften der §§ 752 ff. entsprechende Art der Teilung zu richten (vgl. JDR. **1**[1] § 749).

2. Teilung von Sparkassenforderungen. SeuffA. **64** 23 (Kassel). Auf die Auseinandersetzung über eine zur Gemeinschaft gehörige Sparkassenforderung ist § 757 nicht anwendbar. „Gemeinschaftlicher Gegenstand" ist der Anspruch an sich, nicht das, was auf Grund dieses Anspruchs gefordert werden

kann. Kann eine Forderung aus einem besonderen Rechtsgrunde von mehreren Beteiligten nur gemeinschaftlich eingezogen werden, so ist sie **nicht** teilbar; die Auseinandersetzungsklage muß daher auf gemeinsame Einziehung gerichtet werden.

§ 753. Aufhebung durch Zwangsversteigerung. *Martin, BadNotZ. **09** 123: Da der Ehegatte in den Erbbestand (Erblehen) des Bad. Landrechts (Sätze 1831 6 a—6 l) nicht als Erbe eintreten kann, wird eventuell gemäß §§ 1017, 2042, 753 BGB., Art. 63 EGBGB. ebenso wie bei Auseinandersetzung mehrerer hinsichtlich des Erbbestandes Berechtigter Zwangsversteigerung (§§ 188 ff. ZVG.) des letzteren erforderlich.

§ 754. Gemeinschaftliche Einziehung von Forderungen: s. § 752 unter 2 hinsichtlich Sparkassenforderungen.

§ 756. SeuffA. **64** 23 (Kassel). Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet: jede Forderung, die ohne das Bindeglied der Gemeinschaft dem einen Gemeinschafter als solchem nicht zustehen würde (eine vom Erblasser herrührende Forderung ist auf dessen Erbteil anzurechenen). Vgl. JDR. **4** zu § 756.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. 1. Begriffliches. HansGZ. **09** Beibl. 279, R. **09** Ziff. 2645 (Hamburg). Die Zusage, für ein ohne die Pflicht zur Rückerstattung dauernd überlassenes Kapital einem anderen bis an sein Lebensende eine Rente in Höhe von 5 % der erhaltenen Beträge zuzuweisen, stellt ein Leibrenten-Versprechen dar. Denn unter Leibrente ist ein einheitliches nutzbares Recht zu verstehen, das dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen eingeräumt ist, und dessen Erträge aus fortlaufend wiederkehrenden gleichmäßigen Lieferungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen.

2. Nebenbestimmungen. R. **09** Ziff. 2644 (Braunschweig). Mit dem Begriff der Lebenslänglichkeit der Leibrente sind Nebenbestimmungen sehr wohl vereinbar, z. B. daß das Rentenrecht selbst nur unter der auflösenden Bedingung gewährt wird, daß ein vertraglich vereinbartes Ereignis nicht eintritt.

3. BayRpflZ. **09** 153 (Zweibrücken). In Bayern ist für den Leibgedingsvertrag das Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. durch Art. 42 AGBGB. schlechthin ausgeschlossen.

§ 760. 1. Conrades, Ein Streitfall aus dem Gebiete der §§ 1361, 760, R. **09** 30. C. führt aus, daß § 760 Abs. 3 nicht auf andere Fälle, wie rechtskräftige Scheidung einer Ehe, trotzdem daß § 760 im § 1361 BGB. angezogen sei, angewendet werden könne. Die Rente erlösche in diesen anderen Fällen vielmehr mit dem Eintritte der anderen Ereignisse.

2. Verhältnis zu § 843. **RG.** JDR. **7** = EisenbE. **25** 279.

3. R. **10** II Ziff. 681 (Colmar). Die Bedeutung des Abs. 3 beschränkt sich nicht auf den Fall, daß der Berechtigte stirbt, nachdem er den Beginn des Vierteljahrs erlebt hat, sondern die Regel gilt auch dann, wenn die Rente bis zu einem anderen Ereignis als dem Tode des Berechtigten zu entrichten ist und das Ereignis im Laufe der Periode eintritt; auch dann ist der ganze Rentenbetrag verdient. Obwohl sich der § 760 bloß auf den Leibrentenvertrag, nicht auf eine kraft Gesetzes zu entrichtende Unterhaltsrente bezieht, und die andern Fälle von Rentenzahlungspflicht im 16. Titel des 7. Abschnitts des Rechtes der Schuldverhältnisse nicht erwähnt sind, finden sie doch auch auf die gesetzliche Unterhaltsrentenverpflichtung Anwendung.

§ 761. 1. **RG.** R. **10** II Ziff. 52. Das Versprechen auf Gewährung einer Unterhaltsrente, das der Vater aus Anlaß der Verheiratung seiner Tochter dieser gibt, bedarf zur rechtlichen Gültigkeit der schriftlichen Form (**RG. 67** 207).

2. Über Wechselunterschrift und Form des § 761 vgl. § 766 Ziff. 4 d.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

Zu §§ 762 ff. Goltz, Bedingung — Wette, DJZ. **09** 262, hält die Entscheidung in **RG. 61** Nr. 37, wo es sich um einen Vergleich handelt, nicht für völlig zutreffend. Wenn ein objektiv gewisser, subjektiv ungewisser Umstand als Bedingung gesetzt sei, so liege keine eigentliche Bedingung vor. Es kann Wette als vorliegend angenommen werden, aber nur, wenn Gewinnabsicht, Zeitvertreib oder Streit über die Wahrheit der betreffenden Behauptung der alleinige Vertragsgegenstand sei.

§ 762. OLG. **18** 35 (KG.). Darlehen, die ein Verein, der aus dem Spiele seiner Mitglieder und Gäste erhebliche Vorteile zieht, den Spielern zur Fortsetzung der Schuld gibt, sind nichtig.

§ 764. Begriffliches. a) R. **09** II Ziff. 256 (Braunschweig). Ein Vertrag über Lieferung von Wertpapieren wird dadurch noch nicht zu einem Differenzhandel, daß zwar der Wiederverkauf der Papiere zu einem höheren Kurse in Aussicht genommen, die Bestimmung des Termins aber ganz in das Belieben des Käufers gestellt ist. b) **RG.** R. **09** II Ziff. 3340. Der Annahme eines fortgesetzten Differenzverkehrs steht nicht entgegen, daß vereinzelt und aus bestimmtem Anlaß auch Effektivgeschäfte zwischen den Parteien abgeschlossen sind. c) **RG.** LZ. **09** 855. Handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte mit Nachfristklausel können, wenn sie auch nicht nach § 50 BörsG. nichtig sind, doch als Differenzgeschäfte unverbindlich sein, wenn nämlich verabredet wurde, es sollte nur die Differenz bezahlt werden.

2. Differenzeinwand. a) LZ. **09** 485 (Braunschweig). Für den Differenzeinwand ist es gleichgültig, ob die in Rede stehenden Industriepapiere kommissionsweise verkauft sind, oder ob ein Propregeschäft zwischen den Parteien in Frage kommt. Wenn es sich aber um ein effektives Kassageschäft handelt, so ist der Differenzeinwand nur begründet, wenn zwischen den Parteien ein bestimmter Termin für den Rückkauf der Papiere zum Börsenkurse verabredet ist oder sonstige besondere Umstände vorliegen, aus denen auf eine Spielabsicht geschlossen werden kann. b) HansGZ. **09** Hptbl. 306 (Hamburg). Die Kenntnis oder das Kennenmüssen des anderen Teiles kann daraus gefolgert werden, daß Waren gehandelt sind, die in den Geschäftskreis des Vertragsgegners überhaupt nicht hineinfallen (ein Händler mit Mühlenfabrikaten kauft Salpeter), und daß der andere Teil das finanzielle Unvermögen des Vertragsgegners kennt, die Verträge in natura zu erfüllen. c) **RG.** JW. **09** 59, LZ. **09** 146, BankA. **11** 124, R. **09** Ziff. 381. Die Berufung auf die Schutzbestimmungen des Börsengesetzes kann keinen Verstoß gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten enthalten.

3. Leistungen auf eine Schuld aus Differenzgeschäft. a) BadRpr. **09** 26 (LG. Mosbach). Ein nach dem Inkraftrteten der Börsegensetznovelle abgegebenes Schuldanerkenntnis hat keine rückwirkende Kraft für die vor dem Inkrafttreten der Novelle abgeschlossenen Börsentermingeschäfte. § 66 Abs. 3 des Börsengesetzes vom 22. 6. 96, der die Unwirksamkeit auch auf ein etwa abgegebenes Schuld anerkenntnis erstreckte, bleibt maßgebend. b) **RG. 71** 289, JW. **09** 460, R. **09** Ziff. 2729, DJZ. **09** 1265. Um die Voraussetzungen der Bestimmung des § 55 BörsG. zu erfüllen, wird eine Leistung der Art erfordert, daß eine Forderung des Gläubigers nicht bestehen bleibt, auch nicht aus einem an Zahlungsstelle hingegebenen Wechsel (**RG. 47** 52, **51** 159, JW. **04** 124). c) **RG.** LZ. **09** 776, R. **09** Ziff. 2940, DJZ. **09** 1267. Vorausbezahlung eines Betrags beim Beginn einer Geschäftsverbindung mit einem Bankier kann nicht als bloße Pfandbestellung angesehen werden, denn nach der Anschauung des Verkehrs ist es ausgeschlossen, daß bei einer solchen Vereinbarung der Bankier die eingezahlte Summe bei sich hinlegt. Eine Rückforderung ist also bei Differenzgeschäften ausgeschlossen.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: Die Literatur bringt in der Abhandlung von Schneider (siehe zu § 765 u. o. zu § 414 Ziff. 1) und im Werke von Reichel, Schuldübernahme, (vgl. a. o. zu § 414 Ziff. 2, § 421) wesentlich neue Erörterungen für die Klarstellung und Trennung der Begriffe von kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft. In der Rechtsprechung werden dieselben Fragen: Trennung der Bürgschaft von kumulativer Schuldübernahme, Garantieübernahme und selbständiger Verpflichtung, behandelt.

§§ 765 ff. 1. *Schneider, Das Eintreten neben die Schuld eines andern (intercessio cumulativa), BayRpflZ. **09** 2 ff. Es besteht in der, sei es auch nur durch Verwendung eines einzelnen Vermögensstücks (auf dingliche Weise) geschehenden Übernahme einer Schuldverbindlichkeit für einen andern neben diesem, wodurch sich der Übernehmer (Drittsicherer) der Gefahr aussetzt, die fremde Schuld aus eigenem Vermögen berichtigen zu müssen. Es ist zu beklagen, daß das Gesetz nur für Bürgschaft (§§ 765 ff.) und Kreditauftrag (§ 778) Bestimmungen enthält, für die anderen fast gleich wichtigen und häufig vorkommenden Arten des Nebenschuldnereintritts ➸ Eingehung einer Gesamtschuld, Haftungsübernahme, Wechselmitunterzeichnung, Sach- oder Forderungsverpfändung, Verzicht auf ein Hypothek- oder Vollstreckungsvorrecht u. dgl. ⬅ weder ausdrücklich ausreichende Vorschriften gibt, noch die Bürgschaftsgrundsätze für entsprechend anwendbar erklärt. Gleichwohl und obschon Rechtslehre und Rechtsprechung zum Teil anderer Meinung sind, wird das Verhältnis zwischen dem Drittsicherer und dem Gläubiger, sofern überhaupt ein vertragsmäßiges Band zwischen ihnen besteht, nach Bürgschaftsgrundsätzen zu beurteilen sein, soweit dem nicht genügende Gründe entgegenstehen. Ähnlich wird der § 775 über die Befreiungspflicht für das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Drittsicherer maßgebend sein können, welches Verhältnis übrigens nach dem Grundvertrage (Schenkung, Auftrag, Geschäftsführung, lästiger zweiseitiger Vertrag) zu beurteilen ist. Die §§ 769, 774 mit 426, 401, 412 werden leitende Grundsätze für die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Drittsicherern zu geben haben. ➸ Dafür im allgemeinen Planck, Breit, Bendix, Cohn, Koban, aM. Strohal, v. Lippmann, Böthke, Martinius. ⬅ Das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner richtet sich nach den darüber bestehenden Vertrags- und Gesetzesbestimmungen. Hinsichtlich der gesetzlichen Schuldsicherungs- und Sicherheitsverstärkungspflicht können hierbei die §§ 257, 562, 1039, 1051, 1391, 1986, 232 ff., 240, 1133, 1218 ff. in Betracht kommen. Endlich im Verhältnisse mehrerer durch denselben Dritten gesicherter Gläubiger zu einander sind die Rangvorschriften für Hypotheken (§§ 879—881), für Schiffe (§ 1261), für bewegliche Werte (§§ 1205—1209), für Hypotheken auch die Bestimmungen des ZVG. §§ 10, 44, 59 usw. zu beachten. Wird mehreren verschiedenen Gläubigern der Hypotheken-Vorrang eingeräumt, so erlangen sie, wenn dies gleichzeitig geschieht, im Zweifel gleiche Rechte bei gleichen Forderungsbeträgen, verhältnismäßige bei ungleichen.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme (fortgesetzte vergleichende Erörterung der kumul. Schuldübernahme und der Bürgschaft) 86 ff. Der Bürge ist wirklicher Schuldner, nicht bloß „Haftender" i. S. der Germanisten. Die Schuld des Bürgen hat anderen Inhalt als die des Hauptschuldners; daher kein Gesamtschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Subsidiarität der Verpflichtung des Bürgen; Akzessorietät derselben. Unterschiede zw. kumul. Schuldübernahme und Bürgschaft. Gesetzliche Bürgschaft in §§ 571, 1251 BGB., 36 Verlagsges.

§ 765. 1. Begriffliches. **RG.** BayRpflZ. **09** 472. Der Bürgschaftsvertrag ist zwar an sich ein einseitiger Vertrag. Es besteht jedoch rechtsgrundsätzlich kein Bedenken, daß die Bürgschaftsübernahme Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags sein kann (vgl. **RG. 65** 48, **66** 425, **JW. 09** 309).

2. Bürgschaft und Garantieübernahme. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3540. Eine Bürgschaft und die Übernahme einer Garantie für die Güte der Forderung in einem Zessionsvertrage sind ungeachtet ihres gemeinsamen wirtschaftlichen Zweckes, die Befriedigung des Gläubigers zu sichern, zwei ihrer rechtlichen Natur nach verschiedene Vertragsarten. Die Bürgschaft besteht in der Übernahme einer Haftung für eine fremde Schuld. Sie setzt eine Forderung voraus, ist daher wesentlich akzessorischer Natur, ein Nebenrecht. Die vertragsmäßige Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung begründet dagegen eine eigene Verbindlichkeit, die auch dann wirksam ist, wenn die abgetretene Forderung gar nicht existiert. Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Vertragsarten ist es rechtlich nicht möglich, daß in der Übernahme der Gewährleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zugleich eine Bürgschaftsübernahme zu finden ist. b) **RG.** WarneyersJ. **2** 81. Für die Frage, ob eine Bürgschaft oder ein Garantievertrag vorliegt, ist nicht die Bezeichnung im Vertrag entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, ob für einen bestimmten Erfolg eingestanden oder eine Schadenhaftung aus dem Schuldverhältnis übernommen wird (Garantievertrag), oder ob die Verpflichtung übernommen wird, die Schuld an Stelle des anderen zu bezahlen.

3. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme (s. a. o. zu § 414 Ziff. 6). a) **RG.** ZBlFG. **9** 789, R. **09** Ziff. 670. Das bezüglich einer — irrtümlich als bestehend angenommenen — Schuld eines anderen abgegebene Schuldversprechen ist regelmäßig kein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. und bedarf daher zu seiner Beseitigung nicht der Kondiktion. Es ist vielmehr entweder eine Bürgschaftsübernahme und ist dann wegen Nichtbestehens einer Hauptschuld ohne weiteres unwirksam, oder aber eine sogenannte kumulative Schuldübernahme, d. i. Eintreten für fremde Schuld in der Gestalt, daß eine Haftung des Eintretenden dem Gläubiger gegenüber selbständig und unabhängig von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners begründet wird (**RG. 64** 326, GruchotsBeitr. **50** 946, JW. **08** 31). Letzteres kann aber nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände, insbesondere ein eigenes Interesse des eingetretenen Dritten, auf den Willen schließen lassen, eine eigene selbständige Verbindlichkeit als zweiter Gesamtschuldner im Sinne des § 421 BGB. einzugehen. b) **RG.** JW. **09** 459. Eine kumulative Schuldübernahme liegt nur dann vor, wenn der Gläubiger Umstände darlegen kann, die ein sachliches unmittelbares Interesse desjenigen, der für die Schuld eintritt, an der Leistung des Gläubigers in dem Maße darlegen, daß angenommen werden kann, der für die Schuld Eintretende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder nicht mehr bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben. c) R. **09** Ziff. 2798 (Hamburg). In der Erklärung „Das Vermögen der Frau hafte für die Schuld des Mannes mit, und zum Zeichen der Mithaftung trete die Frau dem Vertrage durch ihre Unterschrift bei", liegt weder eine Bürgschaftsübernahme der Ehefrau noch ein selbständiges Schuldversprechen. Eine derartige Vereinbarung bedeutet weiter nichts, als daß die Frau sich zur Duldung der Zwangsvollstreckung in ihr eingebrachtes Vermögen, zu der sie nach § 1410 beim gesetzlichen Güterstand an sich nicht verpflichtet war, bereit erklärt. d) **RG.** WarneyersJ. **2** 15. Die an die Bauhandwerker gerichtete Aufforderung eines Dritten, weiter zu arbeiten, wenn die Bauhandwerker Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Bauherrn bekommen und sie sich deshalb an den Dritten gewandt haben, kann nicht nach einem einheitlichen Gesichtspunkte beurteilt werden. Hat der Dritte lediglich ein persönliches Interesse, sei es entweder für den Bauherrn oder die Bauhandwerker einzutreten, so wird eine weitergehende Verpflichtung als die einer von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners abhängigen Bürgschaft als gewollt nicht anzunehmen sein. Es bedarf dann der Form des § 766 BGB. Wenn dagegen

für den Dritten ein eigenes sachliches oder wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an dem Fortgange der Arbeiten und der Vollendung des Baues gegeben ist, und der Dritte aus diesem Interesse heraus die Handwerker zur Erfüllung der Verträge anhalten will, so kann entweder eine eigene Bestellung hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Arbeiten, ein neuer Werkvertrag, oder aber eine sog. kumulative Schuldübernahme hinsichtlich der bereits fertig gestellten wie der noch zu leistenden Arbeiten angenommen werden, die formfrei ist. Als solches Interesse ist angenommen, wenn der Dritte Hypothekengläubiger ist (vgl. **RG. 68** 126). e) SächsRpflA. **09** 595 (LG. Leipzig). Wenn der offene Gesellschafter, spätere Kommanditist einer Firma einem Lieferanten der Firma erklärt, er wolle für die der Firma gelieferten Arbeiten aufkommen, so kann in dieser Erklärung, worin sich der Erklärende mit der Firma solidarisch ansah, eine kumulative Schuldübernahme gefunden werden. **f) RG.** WarneyersJ. **2** 268, R. **09** Ziff. 2108. Eine kumulative Schuldübernahme ist in der Erklärung eines Hypothekengläubigers, er werde die Tapeten bezahlen, die für einen Neubau geliefert werden sollten, falls der Bauherr es nicht tun sollte, deshalb nicht gefunden worden, weil nicht dargetan ist, daß der Erklärende durch Nichtlieferung der Tapeten eine Verzögerung in der Fertigstellung des Gebäudes und dadurch eine Beeinträchtigung seiner eigenen Interessen zu befürchten gehabt hätte, und ferner, weil bei Abgabe der Erklärung ein Vertrag zwischen dem Tapetenlieferanten und dem Bauherrn noch gar nicht geschlossen war, der Erklärende in ein bestehendes Schuldverhältnis also noch nicht eintreten konnte.

4. Akzessorische Natur. **RG.** JW. **09** 685. Die Forderung aus der Bürgschaft ist wegen ihrer akzessorischen Natur für sich allein nicht abtretbar und deshalb nach § 400 BGB., § 851 ZPO. auch nicht selbständig pfändbar.

5. Keine Bürgschaft, sondern prinzipale Verpflichtung. **a)** KGBl. **09** 87 (KG.). Nicht selbstschuldnerische Bürgschaft oder Schuldübernahme, sondern prinzipale Verpflichtung liegt vor, wenn jemand auf den schriftlichen Mietvertrag einer Minderjährigen den Vermerk setzt: Ich übernehme selbstschuldnerische Bürgschaft und Verpflichtung für pünktliche Mietzahlung und Innehaltung des Kontrakts. **b) RG.** WarneyersJ. **2** 81, R. **09** Ziff. 2247. Die Erklärung des Übernehmers, er wolle das Geschäft des früheren Schuldners weiterführen und dessen Schuld unter der Bedingung übernehmen, daß ihm die Gläubiger den Rest des noch laufenden günstigen Schlusses liefern, enthält die Übernahme einer eigenen Verbindlichkeit und daher keine Bürgschaft.

6. Interessen des Bürgen. **a) RG.** BayRpflZ. **09** 472. Der Bürge hat, von der Vorschrift des § 776 BGB. abgesehen, an sich kein Recht darauf, daß der Gläubiger seine Interessen berücksichtige. Anders dann, wenn diese Berücksichtigung z. B. dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner nicht durch vorzeitige Entziehung von Betriebsmitteln die Erfüllung seiner Vertragspflicht unmöglich machen dürfte, zur Bedingung gemacht ist. **b)** OLG. **18** 45 (Hamburg). Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Interessen des Bürgen durch Benachrichtigung von dem Verkauf des ihm zur Sicherheit übergebenen Inventars des Schuldners oder von dem Zwangsversteigerungstermine wahrzunehmen.

7. Bürgschaftsübernahme durch Bevollmächtigte. **a) RG.** JW. **09** 453. Die Übernahme einer Bürgschaft durch den Bevollmächtigten, der gleichzeitig Schuldner ist, muß bei gewillkürten Generalvollmachten regelmäßig als zulässig angesehen werden. **b) RG.** WarneyersJ. **2** 189. Wenn ein Sohn, der Prokurist des Vaters ist, die Vertretungsmacht dadurch, daß er im Namen des Vaters ohne dessen Willen die Bürgschaft für eine Schuld des Sohnes übernimmt, mißbraucht, so steht dem Anspruch des Vertragsgegners aus der Bürgschaft die Einrede der Arglist entgegen, wenn er sich dessen bewußt war, daß der Vater die Bürgschaftsübernahme nicht wollte.

8. Haftung des Bürgen. OLG. **18** 42 (Dresden). Für arglistige Täuschung des Gläubigers durch den Schuldner haftet der Bürge nicht.

9. Wirkung der Kündigung. OLG. **18** 40 (Colmar). Eine Kündigung der Bürgschaft kann nur für die nach der Kündigung abgeschlossenen Geschäfte des Schuldners wirken.

§ 766. 1. Auslegungsregeln. a) **RG. 71** 113, JW. **09** 389, R. **09** Ziff. 1869. Die schriftliche Bürgschaftserklärung unterliegt allerdings wie jede andere rechtsgeschäftliche Erklärung dem Auslegungsgrundsatze des § 133 BGB.; deshalb dürfen zu ihrer Auslegung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände sowie in anderen Urkunden enthaltene Erklärungen herangezogen werden. Es muß aber immer, wenn auch unter Zuhilfenahme dieser anderen Umstände, der konkrete rechtsgeschäftliche Inhalt der Verpflichtung aus der Urkunde selbst erkennbar hervorgehen (vgl. **RG. 57** 258). So kann der unmittelbare Anschluß der schriftlichen Bürgschaftserklärung an die über die Hauptschuld aufgenommene Urkunde die spezielle Bezeichnung der Schuld wie den Namen des Gläubigers entbehrlich machen (vgl. **RG. 61** 343, **62** 172); ebenso kann aus der konkreten Bezeichnung der Schuld nach Maßgabe der sonst ermittelten Umstände die Person des Gläubigers oder umgekehrt aus der namentlichen Bezeichnung des Gläubigers die Hauptschuld, für die gebürgt werden soll, erkannt werden. Dagegen ist eine ohne Anschluß an die Schuldurkunde über die Hauptverbindlichkeit ausgestellte Bürgschaftserklärung, in der weder die Person des Gläubigers noch die Hauptverbindlichkeit anders als dem Betrage nach bezeichnet ist — der Bürge hatte in einer auf den Inhaber ausgestellten Urkunde sich für einen bestimmten Betrag für einen andern verbürgen zu wollen erklärt — nicht als eine dem § 766 entsprechende Bürgschaftserklärung angesehen werden. b) **RG.** LZ. **09** 143. § 766 hindert nicht, die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Verträgen auch auf Bürgschaftsurkunden anzuwenden (vgl. **RG. 59** 218 ff.). Daher ist alles, was daraus über den Willen der Vertragsschließenden überhaupt zu entnehmen ist, auch als schriftlich erklärt anzusehen. c) **RG.** LZ. **09** 469. Wenn der Inhalt einer Bürgschaftsurkunde eine vom Bürgen behauptete und zum mindesten als möglich und mit dem Wortsinn der Urkunde vereinbarte Auslegung — nämlich Beschränkung der Bürgschaft auf einen Höchstbetrag — haben kann, so ist es Sache des Gläubigers darzutun, daß der wirkliche Wille der Vertragschließenden auf eine dem Betrage nach unbegrenzte Verpflichtung gerichtet war und dieser Wille in der Bürgschaftsurkunde den entsprechenden Ausdruck gefunden hat. Zur Ermittelung dieses Parteiwillens können auch außerhalb der urkundlichen Erklärung liegende Umstände, namentlich mündliche Vorbesprechungen herangezogen werden (**RG. 59** 219). Erst wenn die Auslegung zur Feststellung eines Vertragsinhalts nach der Behauptung des Gläubigers geführt hätte, würde der Bürge für eine Nebenabrede, die neben dem schriftlichen Vertrage Geltung haben sollte und die, wenn lediglich auf eine Einschränkung gerichtet, ohne Schriftform rechtswirksam hatte getroffen werden können (**RG. 65** 48), beweispflichtig sein.

2. Inhalt der Urkunde. a) R. **09** Ziff. 1120 (Hamburg). Die schriftliche Erklärung über die Bürgschaftsübernahme muß den gesamten Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung enthalten. b) SeuffA. **64** 406, R. **09** Ziff. 2246 (Braunschweig). Die schriftliche Bürgschaftserklärung muß eine individuelle Bezeichnung der Hauptschuld in der Art enthalten, daß auch die Person des Gläubigers auf Grund des Inhalts der Urkunde mindestens ermittelt werden kann. c) **RG.** R. **09** Ziff. 3761. Die Bürgschaft ist ungültig, wenn sie nach dem Parteiwillen einem andern als dem in der Urkunde bezeichneten Gläubiger geleistet werden soll.

3. Nebenabreden. **RG.** DJZ. **09** 1385, R. **09** Ziff. 3039. Die Bürgschaftsverpflichtung einengende und abschwächende Nebenabreden belasten und verpflichten nicht den Bürgen, sondern den Gläubiger, für dessen Erklärungen eine

Schriftform nicht vorgesehen ist. Das Erfordernis der Schriftform für die Bürgschaftserklärung schließt daher die Gültigkeit solcher mündlichen Nebenabreden nicht aus. Erforderlich ist aber immer, daß die Vertragsparteien deutlich ihren Willen zu erkennen gegeben haben, daß die Nebenabrede auch neben der schriftlichen Beurkundung gelten solle (**RG. 65** 46).

4. Erteilung der Bürgschaftsurkunde. a) **RG.** R. **09** Ziff. 1297. Der Bürge hatte den von ihm unterschriebenen Bürgschaftsschein nicht dem Gläubiger, sondern einem Dritten als Treuhänder ausgehändigt, in dessen Hand es lag, den Schein zurückzuhalten oder an den Gläubiger weiterzugeben. Der Treuhänder hielt den Schein zurück. Ein wirksamer Bürgschaftsvertrag ist nicht zustande gekommen, und es kann weder von dem Aussteller des Bürgschaftsscheins noch von dem Treuhänder die Herausgabe des Bürgschaftsscheins verlangt werden. Der Begriff des Erteilens erfordert mindestens eine Entäußerung gegenüber dem Gläubiger dergestalt, daß die schriftliche Erklärung diesem zur Verfügung gestellt wird (**RG. 61** 414, JW. **06** 558). b) **RG.** LZ. **09** 391. Eine Klage des Gläubigers gegen den Bürgen oder einen Dritten, in dessen Besitz sich die Bürgschaftsurkunde befindet, auf Herausgabe dieser Bürgschaftsurkunde ist unmöglich, denn der Bürge kann nicht zum Abschluß des Bürgschaftsvertrags gezwungen werden.

6. Mangel der Schriftform. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2108. A., dem von dem Bauunternehmer B. die Tapezierarbeiten für den Neubau übertragen werden sollten, hatte dem C., der auf dem Baugrundstück eine Hypothek hatte, erklärt, er trage wegen der zweifelhaften Kreditwürdigung des B. Bedenken, die Bestellung anzunehmen. C. erwiderte, A. könne ruhig liefern, er (C.) werde für Bezahlung aufkommen. Aus einem solchen lediglich mündlich abgegebenen Versprechen wird C. rechtlich nicht verpflichtet, und zwar auch dann nicht, wenn A. bei jener Unterredung gesagt hat, er werde dem B. nur liefern, wenn C. die Garantie übernehme. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2446. Es ist nicht rechtsirrtümlich, eine Äußerung der Ehefrau des Schuldners dahin, „der Kläger werde auf Heller und Pfennig bezahlt werden, dafür sorge sie", lediglich als unverbindliche Vertröstung und nicht als Handelsbürgschaft auszulegen. c) OLG. **18** 38 (Dresden). Die Äußerung einer vom Gläubiger ihres wegen Wechselfälschung flüchtigen Vaters belangten Tochter „Schweigen Sie, Sie sollen nichts verlieren" ist, als Bürgschaftserklärung aufgefaßt, formungültig. d) Adler, Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis, GoldschmidtsZ. **65** 160. Durch die Schriftform der Wechselunterschrift wird die für die Bürgschaft erforderliche Schriftlichkeit (ebenso für das Leibrentenversprechen) nicht ersetzt. Unter kausal verbundenen Beteiligten kann der Schuldner (der Bürge) dem Gläubiger die Einrede entgegenhalten, daß die zugrunde liegende Kausalverpflichtung wegen Formmangels ungültig sei (aM. Staub-Stranz Anm. 9b zu Art. 82 u. RGZ. **51** 114).

7. Formfreiheit der Pfandbestellung. **RG.** WarneyersJ. **2** 196, R. **09** Ziff. 258. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes zur Sicherung von dem Versicherungsempfänger künftig gegen einen Dritten entstehenden Forderungen ist formfrei.

8. *Reichel, Schuldübernahme. Vgl. o. zu § 267 Ziff. 2, 3.

§ 767. 1. Verpflichtung des Bürgen. a) **RG. 71** 156, JW. **09** 368, R. **09** Ziff. 1771. Trotz der akzessorischen Natur der Bürgschaft kann die Verpflichtung des Bürgen nach mehrfacher Richtung einer anderen Beurteilung unterstehen, als die Verbindlichkeit des Dritten, für deren Erfüllung er einzustehen übernimmt. So ist für die Verpflichtung des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage selbst, die Frage, unter welchen Voraussetzungen er dem Gläubiger für die Hauptschuld einzustehen hat, das eigene örtliche Recht der Bürgschaftsverpflichtung maßgebend (**RG. 54** 315). Der Gerichtsstand — selbst der besondere Gerichtsstand des Er-

füllungsortes — kann für den Hauptschuldner und den Bürgen ein verschiedener sein. Die Rechtskraft eines Urteils, das im Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner oder dem Bürgen ergeht, wirkt nicht gegenüber dem Bürgen bzw Hauptschuldner, so weit nicht § 768 BGB. eingreift (**RG. 56** 110). **b) RG.** R. **1910** Ziff. 682. Ist die Bürgschaft der Höhe nach auf eine bestimmte Summe begrenzt, so haftet der Bürge hierbei für die ganze Schuld, er haftet aber nicht über den bestimmten Betrag hinaus, so zwar, daß Zahlungen des Hauptschuldners die Haftung des Bürgen nur berühren, wenn und soweit der nach Abzug der Zahlungen verbleibende Rest der Schuld die Haftsumme des Bürgen nicht erreicht (vgl. Planck § 767 BGB. S. 829 Anm. 6).

2. Rechtskraft. **RG.** JW. **09** 419, LZ. **09** 777, R. **09** Ziff. 2647. Die Rechtskraft eines auf Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ergangenen Urteils wirkt gegen den Bürgen als solchen nicht; der Bürge kann vielmehr auch noch nach der rechtskräftigen Verurteilung des Hauptschuldners der Klage des Gläubigers gegenüber Einreden geltend machen und selbst den Bestand der Schuld bestreiten. § 767 Abs. 1 BGB. greift nicht durch, und der Grundsatz des § 768 BGB. ist nur für, nicht gegen den Bürgen zu verwerten.

3. Novation. HansGZ. **09** Beibl. 142 (Hamburg). Wenn die Schuld, wofür die Bürgschaft geleistet ist, durch Novation untergegangen ist, so ist die Bürgschaftsschuld ebenfalls erloschen. Ob das geschehen ist, kommt im Hinblick auf § 607 auf die Auslegung der vereinbarten Umwandlung an.

4. Kosten der Rechtsverfolgung. OLG. **18** 42, R. **09** Ziff. 461 (Hamburg). Unter den Kosten der Rechtsverfolgung sind nur die Kosten der Rechtsverfolgung wegen der Hauptschuld und gegen den Hauptschuldner zu verstehen, nicht aber die Kosten aller der Klagen, die der Hauptschuldner aus Veranlassung der Nichterfüllung seiner Rechte aus dem verbürgten Rechtsgeschäft anstellt.

§ 768. 1. *Pringsheim, Das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl, GruchotsBeitr. **53** 13—28. Der zahlende Bürge hat im Falle des § 366 Abs. 1 das Recht zur Bestimmung, im Falle der Wahlschuld das Recht zur Leistung nach Wahl. Der Bürge kann jedoch nicht durch Erklärung wählen (§ 263).

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3762. Der Bürge für den Akzeptanten kann nicht geltend machen, daß der Gläubiger, legitimierter Wechselinhaber, gemäß Vereinbarung mit dem Aussteller von diesem Deckung erhalten habe; denn auf diese Vereinbarung kann sich gemäß Art. 82 WO. nicht der Akzeptant berufen und ebensowenig der Bürge, der für die Erfüllung der dem Akzeptanten obliegenden Zahlungsverpflichtungen einzustehen hat.

§ 769. Schneider, Das Eintreten neben die Schuld eines anderen, BayRpflZ. **09** 2 ff. Aus §§ 679, 774 in Verbindung mit §§ 426, 401, 412 BGB. sind auch leitende Grundsätze für die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Drittsicherern zu entnehmen.

§ 770. 1. **RG.** FrankfRundsch. **43** 107. Der Einwand des verklagten Bürgen, daß nach Vereinbarung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger ein Schiedsvertrag vorgesehen sei, kann einmal als prozeßhindernde Einrede aufgefaßt werden. Dann ist sie gemäß § 274 Abs. 1 ZPO. vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Er kann aber auch als eine Art geminderter Vorausklage aufgefaßt werden, daß nämlich der Gläubiger gegen ihn nicht vorgehen könne, bevor in dem vom Schiedsrichter zu entscheidenden Rechtsstreite zwischen Gläubiger und Hauptschuldner die Forderung des ersteren festgestellt sei.

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 352. § 770[1] gilt für alle Interzedenten, nicht bloß Bürgen.

3. *Reichel, Schuldmitübernahme 496. § 770 Abs. 2 ist auf Gesamtschuldner nicht anwendbar.

4. *Reichel, Schuldmitübernahme. Über Aufrechnung des Bürgen vgl. o. zu § 422 Ziff. 3.

§ 773. 1. LZ. **09** 171 (LG. Leipzig). Die Einrede der Vorausklage, selbst wenn sie vertragsmäßig vorbehalten ist, muß dann zessieren, wenn die Vorausklage sinn- und zwecklos ist (exc. doli).

2. SchlHolstAnz. **09** 362 (Kiel). Eine Bürgschaft, die der Mitinhaber einer offenen Handelsgesellschaft nur unter seinem Namen eingeht, stellt sich für ihn nicht als Handelsgeschäft (§ 349 HGB.) dar.

3. OLG. **18** 41, R. **09** Ziff. 462 (KG., Celle). Der § 773 Nr. 4 BGB. schließt die Einrede der Vorausklage bei einer Geldforderung dann aus, wenn diejenige Vollstreckung, die die Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen bildet, d. h. die Mobiliarvollstreckung, voraussichtlich nicht zur Befriedigung führt, auf Gehaltspfändungen braucht man sich nicht einzulassen.

§ 774. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 482 ff. Der für den Gesamtschuldner A. eingetretene und für diesen leistende Bürge hat Regreß nur gegen den A., nicht auch gegen dessen Mitschuldner B., C.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3341. Eine mangels Schriftform unwirksame Rückbürgschaft schließt nicht aus, daß doch eine Haftung des Bürgen aus dem der Bürgschaft zugrunde liegenden Vertragsverhältnis, z. B. Auftragsverhältnis, besteht.

§ 775. Schneider aaO., BayRpflZ. **09** 2 ff. § 775 wird für die Befreiungspflicht zwischen Schuldner und dem Drittsicherer bei kumulativer Schuldübernahme für anwendbar gehalten. Dagegen *Reichel, Schuldmitübernahme 554. § 775 findet keine analoge Anwendung auf den kum. Schuldübernehmer.

§ 776. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3543. Eine analoge Anwendung der für die Bürgschaft gegebenen Bestimmung auf das Gewährleistungsversprechen ist bei der rechtlichen Verschiedenheit der beiden Vertragsarten jedenfalls bezüglich einer erst nach der Forderungsabtretung entstandenen Bürgschaft ausgeschlossen.

2. **RG.** BayRpflZ. **09** 148. Haftung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen für culpa in exigendo nach gemeinem Rechte.

§ 777. 1. **RG.** LZ. **09** 312. Wird das auf ein Jahr gegebene Darlehen nach Fristablauf auf ein weiteres Jahr kreditiert und von dem bisherigen Bürgen weiter verbürgt, so ist zwar das Darlehen nach einem Jahre rückzahlbar, damit aber keineswegs die Bürgschaft in dem Sinne auf Zeit geleistet, daß der Bürge nur bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte haftet und nach Ablauf des Jahres von der Haftung für die verbürgte fällige Schuld nach Maßgabe des § 777 BGB. frei wird.

2. **RG.** SächsRpflA. **09** 164. Wenn die Bürgschaft eingegangen ist nur „bis zum Höchstbetrage von 15 000 Mark und nur bis zum 1. Januar 1907", so ist die Auslegung nicht rechtsirrig, daß dies eine zeitliche Beschränkung der Bürgschaft enthalte.

§ 778. **RG.** R. **09** Ziff. 3342. Wenn A. den B. veranlaßt, einen Kaufvertrag, der zunächst zwischen A. und B. in Aussicht genommen war, mit C. abzuschließen, wobei der Kaufpreis zu kreditieren ist, so ist darin kein Kreditauftrag, der den A. dem B. gegenüber verpflichtet, zu finden. Denn zum Tatbestande des Kreditauftrags ist ein Auftrag erforderlich.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. Treumann, Rücktritt vom Vergleiche, R. **09** 62. Tr. wendet sich gegen eine Entscheidung des OLG. Düsseldorf, die dahin geht, daß nach Abschluß eines Vergleichs durch den Verkäufer dieser auch nach Rücktritt nur die Vergleichssumme, nicht die Kaufsumme fordern dürfe. Der Vergleich ist ein Vertrag, auf den die allgemeinen Grundsätze über den gegenseitigen Vertrag, insbesondere §§ 320 ff. BGB., Anwendung zu finden haben. Die Folgen des be-

rechtigten Rücktritts einer der Vergleichsparteien sind, daß der Gläubiger das empfangeue Schuldanerkenntnis zurückzugewähren und seine Forderung zu beweisen hat, der Schuldner dagegen den von ihm empfangenen Teilerlaß zurückzugewähren hat und die ganze Schuld zahlen muß, wenn der Gläubiger deren Rechtsbeständigkeit nachweist.

2. Begriffliches. **RG.** R. **09** Ziff. 1988. In der Einigung auf Angehung eines Schiedsgutachters kann ein Vergleich gelegen sein, da das gegenseitige Nachgeben (§ 779) schon in der beiderseitigen Unterwerfung unter die Bestimmung eines Dritten liegt, vor der kein Teil sicher sein konnte, ob sie zu seinen Gunsten oder zu seinen Ungunsten ausfallen würde.

3. Form. a) **RG.** WarneyersJ. **2** 270. Ein Vergleich, der mangels der Vermerke im Protokoll über Verlesung (oder Vorlegung) und Genehmigung als prozeßgerichtlicher unwirksam ist, kann als außergerichtlicher aufrecht erhalten werden, wenn der Anwalt der Partei, die den Abschluß des Vergleichs bestreitet, denjenigen Teil der Protokollurkunde, der den Vergleich enthält, selbst geschrieben hat, das Gericht feststellen kann, daß eine Verlesung erfolgt ist und der Anwalt nach der Verlesung nicht widersprochen hat. b) **RG.** ZBlFG. **9** 726, LZ. **09** 544, R. **09** Ziff. 1281. Bei einem Grundstückstausche waren bestimmte auf den Grundstücken befindliche Gegenstände vom Vertrag ausgeschlossen worden. Über diese wurde ein besonderes Abkommen getroffen, um die wegen Erfüllung des Vertrags entstandenen Streitigkeiten zu beseitigen. Dieses Abkommen unterliegt nicht dem § 313 BGB., weil es ein Vergleich ist. c) ZBlFG. **9** 622, BadRpr. **09** 16 (LG. Offenbach). Auch der — an sich formfreie — außergerichtliche Vergleich ist, wenn er eine dem § 313 BGB. unterfallende Vereinbarung enthält, der Form des § 313 unterworfen.

4. OLG. **18** 46 (KG.). Der Zusatz bei einem entgeltlichen Vergleiche, daß die Zahlung des einen Teiles an den anderen „für die Armen" erfolgen solle, begründet keine Rechtspflicht, die Zahlung für die Armen zu verwenden.

5. Wirksamkeit des Vergleichs. a) **RG.** R. **1910** Ziff. 53. Ein Vergleich bleibt wirksam trotz beiderseitigen Irrtums über eine Voraussetzung, wenn ein weiterer davon unabhängiger Streitpunkt bestand. b) **RG.** R. **1910** Ziff. 54. Nur die Unrichtigkeit des als feststehend angenommenen Sachverhalts, nicht auch die bestrittener oder zweifelhafter Punkte macht den Vergleich unwirksam.

6. R. **1910** Ziff. 683 (BayObLG.). Wird in einem zwischen Ehegatten wegen Aufhebung der vertragsmäßigen allgemeinen Gütergemeinschaft geführten Rechtsstreite letztere durch Vergleich aufgehoben, so sind im Zweifel auch die damit zusammenhängenden erbrechtlichen Bestimmungen des Ehevertrags beseitigt.

7. Vergleich über Erbrecht und Steuerbehörde. **RG.** JDR. **7** Ziff. 4a s. jetzt BayNotZ. **09** 188.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Degenkolb bringt eine kritische Würdigung der Ergebnisse der bisherigen Literatur zum Schuldversprechen. Die Unterschiede zwischen dem Wechselversprechen und dem abstrakten Schuldversprechen werden von Adler behandelt. Die Judikatur erörtert hauptsächlich die Frage, wann und ob ein abstraktes Schuldversprechen angenommen werden kann.

Zu §§ 780 ff. 1. Degenkolb, Zur Konstruktion und Systematik des Schuldversprechens, JheringsJ. **56** 183—245. Der Klaganspruch aus einem abstrakten Schuldversprechen individualisiert sich durch das Leistungsversprechen selbst und findet in ihm seinen Rechtsgrund, die sog. Abstraktion von der causa kann nicht erst durch Ausschaltung der causa bei der Klagesubstanziierung vorgenommen werden. Der Parteiwille ist aus der Urkunde zu entnehmen, da Beweiskraft und Verpflichtungskraft der Urkunde in stetiger Berührung bleiben. Die abstrakte

Klage (gegen Neubecker, ABürgR. 27 73, der der abstrakten Klage nur die Funktion der Umkehrung der Beweislast gibt, und Wieland, der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen, der die abstrakte Wechselklage nur zwischen kausal verbundenen Parteien zuläßt) führt zu einer abstrakten Forderung als ihrer Unterlage zurück, Klagänderung für möglich erklärt und Rechtskraft erörtert. Es wird nachgewiesen, daß bei der Gliederung des Schuldversprechens als Hilfsgeschäft (Rümelin, Zur Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse des BGB.) die Funktion der Klagerleichterung auch bei den übrigen Kategorien des Hilfsgeschäfts nicht fehlt und daß der Sicherungszweck der Klagerleichterung verschiedentlich funktioniert. Die Kritik gegen die Konstruktion des BGB. wird besprochen.

2. *Adler, Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis, GoldschmidtsZ. **65** 141 ff. Der eigene Wechsel ist, solange er in den Händen des Remittenten sich befindet, seinem Wesen nach ein abstraktes Schuldversprechen des bürgerlichen Rechtes. Durch die Weiterbegebung des Wechsels stellt sich ein Unterschied zwischen dem eigenen Wechselversprechen und dem abstrakten Schuldversprechen ein, da das Forderungsrecht des Indossatars kausallos ist, während beim abstrakten Schuldversprechen auch demjenigen gegenüber, dem das abstrakte Schuldversprechen übertragen ist, Einwendungen aus dem Kausalgeschäfte geltend gemacht werden können. Ein wegen Formmangels ungültiger eigener Wechsel kann als abstraktes Schuldversprechen des BGB. angesehen werden, sofern er die für dieses Versprechen geforderte Form aufweist, dagegen kann ein päjudizierter oder verjährter Eigenwechsel nicht als bürgerlich rechtliches Papier weiter wirken.

§ 780. 1. Begriffliches. **a)** **RG.** ZBlFG. **9** 786, R. **09** Ziff. 665. Ein Schuldversprechen erfordert, daß durch das Versprechen für sich allein, selbständig, eine Verpflichtung losgelöst von einem Rechtsgrunde begründet wird (**RG. 58** 201, **61** 319, **62** 44). Wird der unmittelbare Zweck des Versprechens oder der Bestimmungsgrund zum Vertragsinhalte gemacht, so liegt nicht ein selbständiges (abstraktes) Versprechen vor. Hat daher ein Ehemann ausdrücklich mit Rücksicht auf eine bestehende Schuld seiner Ehefrau seinerseits den von seiner Ehefrau geschuldeten Betrag zahlen zu wollen versprochen, so ist § 780 BGB. nicht gegeben. **b)** **RG. 71** 113, JW. **09** 389, R. **09** Ziff. 1870. Die nur beiläufige Erwähnung der kausalen Schuld hindert nicht die Annahme eines selbständigen Schuldversprechens im Sinne des § 780 BGB. Das schriftliche Schuldversprechen muß aber immer eine Bezeichnung des Gläubigers enthalten. Schuldverschreibungen auf den Inhaber bedürfen zu ihrer Gültigkeit der staatlichen Genehmigung (§ 795). **c)** Gegen diesen Inhalt des Schuldversprechens R. **09** Ziff. 2388 (Stuttgart). Zu einem formrichtigen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ist die Angabe des Namens des Gläubigers in der Urkunde nicht erforderlich. Für die Absicht der Parteien, einen selbständigen Verpflichtungsgrund zu schaffen, spricht die Vermutung, wenn jede Bezugnahme auf ein unterliegendes Rechtsverhältnis oder auf den Bestimmungsgrund für das Versprechen oder der Anerkenntnis fehlt. **d)** **RG.** R. **09** Ziff. 3763. Ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn der Schuldner sich trotz der Kenntnis der Ungültigkeit der Schuld aus freien Stücken zur Zahlung verpflichtet. **e)** **RG.** R. **10** Ziff. 55. Ob der Sinn eines Versprechens oder Anerkenntnisses der ist, daß dadurch eine selbständige, von dem materiellen Schuldgrunde völlig losgelöste Verpflichtung begründet werden soll, ist eine nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheidende, wesentlich tatsächliche Frage (GruchotsBeitr. **49** 883, R. **08** Ziff. 3783).

2. Einwendungen aus dem kausalen Rechtsgeschäft. **a)** WürttJ. **21** 271 (Stuttgart). Aus der Erwähnung des tatsächlich zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses geht hervor, daß die Beteiligten das Schuldverhältnis nicht in der Weise vom Verpflichtungsgrund unabhängig machen wollten, daß alle

Einwendungen aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, insbesondere die Einrede der Verjährung abgeschnitten sein sollten. **b)** **RG.** R. **08** Ziff. 3783. Das Versprechen einer Gegenleistung steht der Annahme, nach dem Parteiwillen solle ein Verpflichtungsschein abstrakte Geltung haben, nicht entgegen. Bei Einwendungen, die dem Kausalverhältnis entnommen sind, trifft den Beklagten die Beweislast. **c)** SeuffA. **64** 268 (Cassel). Gegenüber dem abstrakt lautenden Schuldversprechen ist dem Schuldner der Nachweis gestattet, daß die Urkunde nur die Bedeutung eines Beweismittels für ein auf einem bestimmten Schuldgrunde beruhendes Schuldverhältnis haben sollte.

3. Kausales Schuldversprechen. R. **09** Ziff. 666 (Frankfurt). Wenn derjenige, der einem anderen Schaden zugefügt hat, ohne daß von einem Verschulden seinerseits die Rede war, dem Beschädigten erklärt hat, er bezahle alles, so ist das Versprechen, auch wenn es nur mündlich abgegeben ist, gültig.

4. **RG.** JW. **09** 460, DJZ. **09** 1265. Ein schenkungsweise erteiltes Wechselakzept ist einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis insoweit gleichzustellen, solange sich der Wechsel in der Hand des Beschenkten befindet. Solange dies der Fall ist, liegt nur ein Schenkungsversprechen, keine Bewirkung der Leistung vor, bis die Schenkung in der gehörigen Form bestätigt worden ist.

5. Josef, Nochmals formlose Anerkennung der Entscheidung des Vertragsgegners, ZBlFG. **09** 398, wendet sich gegen Spieß (JDR. **7** 317) und hält die Abmachung, die Spieß für das Versicherungsrecht zuläßt, auch für das bürgerliche Recht für zulässig.

§ 781. 1. **RG.** R. **09** II Ziff. 1121. Das negative Schuldanerkenntnis (§ 397 Abs. 2 BGB.) bedarf der Schriftform nicht.

2. Schuldanerkenntnis zugunsten eines Dritten. **RG. 71** 184, JW. **09** 388, R. **09** Ziff. 1871. Wenn ein Schuldner ein Schuldanerkenntnis unter Verschweigen seiner Gegenforderungen betrüglich ausstellt, damit die anerkannte Forderung einem Dritten verpfändet werde, so folgt daraus noch nicht, daß er dem Pfandgläubiger gegenüber, der nicht sein Vertragsgegner ist, an das Anerkenntnis gebunden ist und die Aufrechnungseinrede verliert, sondern nur, daß er dem Pfandgläubiger den Schaden zu ersetzen hat, den dieser erleidet, weil er auf die Richtigkeit und Redlichkeit des Schuldanerkenntnisses vertraute. Ist aber das Schuldanerkenntnis gemäß Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner zu dem Zwecke erklärt und gegeben worden, damit die anerkannte Forderung dem Dritten verpfändet wird und dieser sich daraus bezahlt macht, so ist als Willensmeinung der Vertragschließenden anzunehmen, daß der anerkennende Schuldner zugunsten des Dritten auf die Aufrechnung seiner Gegenforderung verzichtet hat, die ihm zur Zeit des Anerkenntnisses zustanden und deren Geltendmachung das dem Dritten zu verschaffende Recht auf Einziehung der Pfandforderung vereiteln würde. Aus dieser Vereinbarung erwirbt dann der Dritte das Recht, selbständig dem Schuldner diesen Verzicht auf die Aufrechnung mit den Gegenforderungen entgegenzusetzen (§ 328).

3. Anerkenntnis einer Verrechnung. **RG.** R. **09** Ziff. 1122. Wenn im Zusammenhange mit einer stattgehabten Verrechnung von dem einen Teile ein vorbehaltloses schriftliches Anerkenntnis abgegeben worden ist, so ist damit ein abstrakter Vertrag in Sinne des § 781 zustande gekommen. Die vorausgegangene Abrechnung kann dabei regelmäßig nur als Beweggrund für die Abgabe der Anerkennungserklärung in Betracht kommen. Denkbar ist allerdings auch, daß das Anerkenntnis nur zu dem Zwecke gegeben wird, das Verrechnungsabkommen zur Ausführung zu bringen, in solchem Falle ist gegebenenfalls § 812 BGB. anwendbar.

4. HansGZ. **09** Hptbl. 186 (Hamburg). Wenn die Parteien in einem wirklichen Kontokorrentverhältnisse stehen, so enthält die Übersendung des Saldoabschlusses an den Gegner stillschweigend das Ansinnen, sich mit der endgültigen ziffernmäßigen

von dem ursprünglichen Schuldgrunde losgelösten Feststellung des beiderseitigen Forderungsverhältnisses vertraglich einverstanden zu erklären. Bei der uneigentlichen laufenden Rechnung dagegen muß an die Übersendung des Rechnungsauszugs von dem Gläubiger der erkennbare Vorschlag geknüpft werden, über die beiderseitigen Forderungsverhältnisse eine endgültige Erledigung in der Weise vertraglich herbeizuführen, daß weitere Forderungen außer den verrechneten nicht mehr bestehen. Erst durch die Annahme eines derartigen Vorschlags kommt der Anerkenntnisvertrag nach § 781 BGB. zustande.

5. **RG.** WarneyersJ. **2** 83. In der Zusage eines Magistrats, Akzise zurückzuerstatten, ist ein privatrechtliches Schuldanerkenntnis nicht ohne weiteres zu finden.

§ 782. 1. **RG. 71** 102, JW. **09** 361, LZ. **09** 545, R. **09** Ziff. 1772. Zur Annahme eines Schuldanerkenntnisses im Sinne des § 782 ist nicht erforderlich, daß der Schuldner nach stattgehabter Abrechnung mit ausdrücklichen Worten erklärt, daß er seine Schuld anerkennen und bezahlen wolle; es genügt, daß er dem Gläubiger gegenüber deutlich zu erkennen gibt, daß er das gefundene Ergebnis als richtig gelten lassen und die ermittelte Summe, wenn auch nur in Raten, bezahlen wolle. Gerade mit Rücksicht darauf, daß bei der Abrechnung der Wille, das Ergebnis bindend festzusetzen, zu unterstellen ist, ist hier wie für den ähnlichen Fall des Vergleiches die sonst bei dem Anerkenntnis notwendige Schriftform für nicht erforderlich erklärt.

2. Beweislast. PosMSchr. **09** 7 (Königsberg). Wer gegen ein auf Grund einer Abrechnung erteiltes Schuldanerkenntnis Einwendungen aus § 812 Abs. 2 BGB. erhebt, hat, da auch nicht bestehende Forderungen anerkannt werden können, nicht nur zu beweisen, daß die von ihm angegriffenen und in die Abrechnung einbezogenen Posten nicht bestehen, sondern auch, daß er sich insoweit bei Abgabe des Anerkenntnisses in einem Irrtum befunden hat. Nachweis bloßer Unkenntnis des wahren Sachverhalts genügt nicht, sondern es müssen die „äußeren scheinbaren" Tatsachen angegeben werden, die geeignet sind, einen Irrtum zu erwecken. S. a. u. zu § 812 Ziff. 13b.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

§ 783. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 159 ff. Die Anweisung enthält weder Aufträge noch Vollmachten, noch eine doppelte Ermächtigung, noch eine datio in solutum, vielmehr erschöpft sich das Verhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen darin, daß der Anweisende seinem Schuldner (dem Angewiesenen) die Einwilligung zur Leistung an einen Dritten (den Anweisungsempfänger) erklärt (§ 362 Abs. II und § 185 BGB.). Das Verhältnis des Anweisenden zum Anweisungsempfänger besteht lediglich in der Aushändigung einer an die Adresse des Angewiesenen gerichteten Einwilligungserklärung gemäß § 185 BGB., welche dem Anweisungsempfänger als Legitimation dienen soll. Im Verhältnisse des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger liegt Leistung eines Dritten an einen Dritten vor (§§ 267, 362 II BGB.). AM. Lenel, JheringsJ. **36** 113 ff. (Anweisungsempfänger sei Stellvertreter in bezug auf das Kausalverhältnis); ebenso Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 100, u. Lent, Die Anweisung als Vollmacht; ferner Wieland, ACivPr. **95** 161 ff. (doppelte Vollmacht); aM. ferner Crome, System II 924; Cosack, BGB. I 550; Örtmann Anm. 1 zu § 783 u. a. (doppelte Ermächtigung); aM. ferner Tuhr, JheringsJ. **48** 1 ff. (datio in solutum).

2. LG. Leipzig, EisenbE. **25** 172 s. JDR. **7** § 783 Ziff. 3.

§ 789. *Klein, ABürgR. **33** 265. Die Anzeige des Anweisungsempfängers, „daß er die Anzeige nicht geltend machen will", ist nicht rücknehmbar.

§ 790. RG. WarnE. **09** 323. Nach § 790 kann der Anweisende die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber widerrufen, so lange nicht der Angewiesene sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat.

Dies gilt auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt. Diese Vorschriften beruhen auf dem Grundsatze, daß durch die Anweisung die Verpflichtung des angewiesenen Schuldners, seine Schuld durch Zahlung zu tilgen, nicht geändert wird und daß derselbe sich im Falle der Zurücknahme der Anweisung seitens des Gläubigers diesem gegenüber — von den erwähnten beiden Ausnahmen abgesehen — nicht weiter auf die Anweisung berufen kann, er vielmehr die von ihm geschuldete Leistung an den Gläubiger zu entrichten verpflichtet ist. Dies muß aber wegen Gleichheit des Grundes auch in solchen Fällen gelten, in denen die Leistung an den Angewiesenen aus einer anderen Ursache unmöglich geworden ist. (Ebenso **RG.** v. 3. Febr. 06, V 373. 05; v. 2. Febr. 07, V 241. 06; v. 15. Mai 08, II 544. 07).

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. *Klein, SeuffBl. **09** 25/6. Fordert der nicht berechtigte Inhaber einer Schuldverschreibung vom Aussteller die Leistung aus dem Papier, und weiß der Aussteller (Schuldner) davon, daß der Inhaber unredlich ist, so muß der Aussteller die Leistung verweigern, es sei denn, daß der Aussteller 1) die Nichtberechtigung des produzierenden Inhabers nicht durch „liquide präsente" Beweismittel erhärten kann, oder 2) annehmen darf, der wirklich Berechtigte werde die Leistung an den produzierenden Inhaber genehmigen. Die Beweismittel sind aber nicht bereits dann nicht „liquide präsent", wenn der Aussteller sich zunächst noch der in der Regel nicht nennenswerten Mühe unterziehen muß, dem Berechtigten eine Anzeige zu machen mit der Aufforderung, den Aussteller zu vertreten. Eine solche Anzeige und Aufforderung sind vielmehr von ihm in der Regel zu verlangen, sofern nur zu erwarten ist, daß der Anzeigeempfänger unverzüglich auf die Anzeige hin den Aussteller vertreten kann und wird.

§ 794. *Meyer, Publizitätsprinzip 94, 97. Ausstellung eines Inhaberpapiers ist nicht Schuldschöpfung, sondern Herstellung des Rechtsscheins auf dem man sich im Verkehre verlassen kann. Der Aussteller haftet, wenn ein gutgläubiger Dritter das nicht begebene Papier erwirbt, auf Grund des Veranlassungsprinzips. Aus dem Rechtsschein entsteht originär das Recht.

§ 804. *Saenger, HoldheimsMSchr. **09** 179. Unter Dividendenrecht ist zu verstehen das Recht des Aktionärs, bei der Festsetzung der Dividende mitzuwirken (Mitgliedschaftsrecht), und das Recht auf Zahlung der festgesetzten Dividende (Gläubigerrecht). Nur letzteres ist im Dividendenscheine verkörpert. Derselbe ist Inhaberpapier, ausgestellt über eine zukünftige Forderung. Wird er veräußert, so findet nicht Inkassomandat, sondern Rechtsübertragung und zwar durch Tradition statt. Der Dividendenschein ist nicht Inhaberschuldverschreibung, sondern Inhaberpapier im weiteren Sinne. Die §§ 793—808 BGB. sind sinngemäß analog anzuwenden, soweit nicht Sondervorschriften, wie z. B. § 228 HGB., eingreifen. Die Verpflichtung aus dem Dividendenschein entsteht mit der Ausstellung, die ohne urschriftliche oder faksimilierte Unterschrift des Ausstellers geschehen kann. Einreden aus dem materiellen Dividendenrechte sind zulässig, da die causa des Zahlungsversprechens (Dividende) im Scheine genannt ist.

§ 808. 1. BayRpflZ. **09** 194, BankA. **8** 333 (Nürnberg). Ein Schuldschein „Die Vorzeigung gegenwärtiger Urkunde gilt als genügender Ausweis zur Erhebung des Kapitals und Zinsen" ist ein sog. „qualifiziertes Legitimationspapier" i. S. des § 808.

2. RheinA. **106** I 112 (Düsseldorf). Rechtliche Natur von Rabattmarken und der zu ihrer Aufnahme bestimmten Sparbücher.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 809. 1. **RG. 69** 401, LeipzZ. **09** 64, JW. **09** 26, DJZ. **09** 81. Der Verf. von Briefen oder sein Rechtsnachfolger kann auf Grund des etwa bestehenden Urheberrechts von dem Eigentümer der Briefe verlangen, daß er sich der Veröffentlichung enthalte. Dieser Anspruch ist ein „Anspruch in Ansehung der Sache" im Sinne des § 809, so daß unter der bezeichneten Voraussetzungen auch die Vorlegung der Briefe verlangt werden kann (Fall Förster-Nietzsche).

2. OLG. **18** 47 (Stettin) = JDR. **7** § 809.

§ 810. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 478. Bürge und Mitschuldner des leistenden Schuldners haben unter Umständen ein Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher des Gläubigers und in die von diesem mit dem Schuldner getroffenen schriftlichen Abmachungen.

2. R. **09** Ziff. 3764 (Colmar). Hausbücher eines Nichtkaufmanns sind nicht Urkunden i. S. dieses Paragraphen. Derartige Bücher haben nicht die Bedeutung einer objektiven Beurkundung für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Buchführer und einer anderen Person, sondern enthalten lediglich Einträge, die er im eigenen Interesse gemacht hat; sie sind also keine Urkunden im Sinne des § 810. Zur Vorlegung eines solchen Hausbuchs ist die Partei, die es geführt hat, nicht verpflichtet.

3. SchlHolstAnz. **09** 262 (Kiel). § 810 findet keine Anwendung im Verhältnis vom Geschäftsherrn zum Handlungsagenten bei einem Anspruch des letzteren auf Vorlegung der Handlungsbücher.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Beachtenswert sind die eingehenden Erörterungen von Haymann über den Begriff der Leistung. Unter den Entscheidungen finden sich zahlreiche, die wichtige Rechtssätze enthalten und zur Fortentwickelung der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung beitragen.

Literatur: Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und unentgeltlichem Geschäfte, IheringsJ. **56** 80 ff. — Schreiber, Anfechtung und Wiederherstellungsanspruch (zur Auslegung der §§ 853 und 821 BGB.), GruchotsBeitr. **53** 298—309.

§ 812. 1. *Haymann, IheringsJ. **56** 86 ff. Leistung im Sinne des Privatrechts ist menschliches Verhalten, das auf Befriedigung fremder Bedürfnisse gerichtet ist. Diese Aufgabe kann bestimmter Tätigkeit begrifflich innewohnen, wie etwa der Übertragung subjektiver Privatrechte, der Erteilung von Unterricht, von Rat und Auskunft an andere, oder es wird einem bestimmten Tun oder Unterlassen erst durch den Parteiwillen der Charakter als Mittel im Dienste fremder Bedürfnisse aufgeprägt. Ohne diese besondere Kennzeichnung erschiene die Förderung fremder Zwecke als rechtlich unerhebliche Reflexwirkung jenes Verhaltens. Aber der Parteiwille vermag nicht nur einem an sich neutralen Verhalten den Charakter als Leistung aufzuprägen, sondern er kann auch umgekehrt eine Tätigkeit, die für sich betrachtet als Leistung erscheint, dieses Charakters entkleiden. Dies zeigt sich besonders einleuchtend im Falle der sog. Zweckgabe, des datum ob causam der gemeinrechtlichen Wissenschaft. Zediere ich eine Forderung, lasse ich mein Grundstück an einen anderen auf, so erscheint solche Übertragung rechtlicher Willensmacht gewiß als Leistung im Sinne unserer obigen Bestimmung. Verpflichte ich aber den Erwerber, das übertragene Recht, nicht im eigenen, sondern ausschließlich in meinem Interesse auszuüben, die Forderung etwa im eigenen Namen beizutreiben, den Betrag aber ungeschmälert an mich auszuliefern, oder das Grundstück ausschließlich zu meinem Nutzen zu verwalten und mir später mit sämtlichen Nutzungen zurückzuübertragen oder alsbald zu verkaufen und den Erlös ohne Abzug an mich abzuliefern, so wird durch solche Zwecksetzung das, was zunächst als Mehrung fremder Willensmacht und damit als Förderung fremder Zwecke, kurzum als Leistung erschien, dieses

seines Charakters wieder entkleidet und als ausschließliches Instrument meiner eigenen Sonderzwecke gekennzeichnet. Es ist eitel Schein, daß es sich hier um Leistungen beider Teile, um einen gegenseitigen Vertrag handele. Nur der andere, der Fiduziar, übernimmt hier eine Leistung, ich aber leiste nicht, indem ich ihm durch meine Handlung die Förderung meiner Bedürfnisse nur ermögliche. Von der Anwendung der §§ 320 ff. BGB. kann keine Rede sein. Begehre ich von dem Fiduziar die Ausführung des Geschäfts, ehe ich ihm mein Gut zu treuen Händen übertragen habe, so wird er sich gegenüber solchem Verlangen nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, sondern auf das Ausstehen der Bedingung berufen, unter der er allein zu leisten versprach und leisten kann, da ihm ein eigener Anspruch auf Rechtsübertragung aus dem nur in meinem Interesse geschlossenen Geschäfte gar nicht erwächst. Wird aber die Ausführung des Geschäfts nachträglich unmöglich, so verlange ich mit der Bereicherungsklage das bereits übertragene Vermögen zurück und zwar ganz unabhängig davon, ob den Fiduziar oder etwa mich selbst oder keinen von uns beiden an dieser Unmöglichkeit ein Verschulden trifft. — Wie im Bereiche des datum ob causam der Parteiwille der Rechtsübertragung den Charakter als Leistung nimmt, so ist er auch imstande, unter Aufrechterhaltung des Leistungscharakters den Urheber einer Leistung seiner privatrechtlichen Stellung als Leistenden zu entsetzen und einen Dritten mit seinem Range zu bekleiden. Das ist das Gebiet der mittelbaren Leistung. Wenn A. dem B. gegenüber erklärt, daß er eine Vermögenszuwendung des B. an den C. so gelten lassen wolle, wie eine unmittelbar an ihn selbst bewirkte Zuwendung, so erscheint kraft dieses Parteiwillens die Zuwendung des B. an den C. nicht nur als eine mittelbare Leistung des B. an A., sondern das auf Beförderung der Bedürfnisse des C. gerichtete Verhalten des B. hört auf als Leistung des B. an den C. zu gelten und erscheint als mittelbare Leistung des A. an den C., sobald B. dem Leistungsempfänger C. gegenüber erklärt, daß er nicht, um dem C., sondern um dem A. zu leisten, tätig werde. Auch im privatrechtlichen Gebiete der Leistung gibt es eine mittelbare Täterschaft, die besonders auf dem Gebiete der Kondiktionenlehre und der konkurs- und außerkonkursmäßigen Anfechtung von Bedeutung ist. — Je nachdem die Förderung fremder Interessen sich durch Rechtsgeschäft vollzieht oder nicht, unterscheidet man rechtsgeschäftliche von außergeschäftlichen Leistungen Aber auch das facere wird zur Leistung nur dadurch, daß es fremdem Bedürfnisse dienen soll. Dieser Wille muß im Streitfalle bewiesen werden können, aber er braucht nicht erklärt worden zu sein, denn er ist nur für den Leistungscharakter der Handlung, nicht aber für den Eintritt bestimmter, von ihm selbst begehrter Rechtswirkungen maßgebend, wie es die Eigenart des rechtsgeschäftlichen Willens ist. Besondere Beachtung und weitere wissenschaftliche Durchdringung verdienen hier die Fälle, in denen man willentlich zugunsten eines anderen bestimmte Rechtswirkungen herbeiführt, deren Eintritt die Rechtsordnung zwar von einem bestimmten Ereignisse, nicht aber von einer auf den Eintritt dieser Wirkungen zielenden Absicht des Zuwenders abhängig macht. So etwa, wenn ich im Interesse eines anderen mein Material auf seinen Grund und Boden einbaue, meine Pflanzen seinem Acker einfüge, oder das Wertpapier willentlich zerstöre, von dessen Existenz mein Recht gegen den anderen abhängig ist. Sind diese nicht rechtsgeschäftlichen Akte von dem Willen begleitet, dem anderen Rechte zuzuführen oder ihn von Verbindlichkeiten zu befreien, so sind es eben so echte Leistungen, wie die rechtsgeschäftliche Übertragung von Eigentum oder der vertragliche Erlaß eines Forderungsrechts. Darum ist hier überall eine Kondiktion nicht etwa nach § 951, sondern nur nach §§ 812 ff. BGB. denkbar.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 998, SächsRpflA. **09** 348, JW. **09** 274. Bei der Frage, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt, ist in Betracht zu ziehen, ob durch die Vermögensverschiebung eine Erhöhung des Gesamtvermögens des Bereicherten eingetreten ist. (Vgl. JDR. **7** § 812 Ziff. 1.)

3. OLG. **18** 48 (Braunschweig). Der Bereicherungsanspruch ist nicht nur subsidiär. Vgl. JDR. **7** § 812 Ziff. 3.

4. Unmittelbare Vermögensverschiebung. JDR. **7** § 812 Ziff. 4, **6** Ziff. 2 u. 3.

a) OLG. **19** 179 (Dresden). § 812 erfordert eine unmittelbare Vermögensverschiebung. Keine ungerechtfertigte Bereicherung des vorgehenden Hypothekengläubigers, wenn der Wert des zu versteigernden Grundstücks durch Aufführung eines Neubaues mit Vorschüssen des betreibenden Gläubigers erhöht worden ist.

b) OLG. **18** 57 (Kiel). Unmittelbare Vermögensverschiebung erfordert.

5. Indirekte Bereicherung. (S. JDR. **7** § 812 Ziff. 5.) OLG. **18** 49 (Braunschweig). § 812 umfaßt auch den Fall der indirekten Bereicherung, der dann vorliegt, wenn ein Dritter aus dem Vermögen des Klägers ohne rechtlichen Grund Verwendungen für den Beklagten gemacht hat (**RG. 51** 81, GruchotsBeitr. **47** 940).

6. OLG. **18** 48 (Braunschweig). Damit eine Bereicherung auf Kosten des Klägers vorliege, ist nicht erforderlich, daß aus dem Vermögen des Klägers ein Wertobjekt in das des Bekl. übergegangen sei. Die Versionsklage des ALR. ist dem BGB. fremd. Um auch Fälle zu treffen, in denen das Objekt der Bereicherung nicht in dem Vermögen des Konditionsberechtigten enthalten gewesen ist, sondern nur dessen Vermögensstand „berührt" hat, sind gerade statt der im Entw. I enthaltenen Worte „aus dessen Vermögen" die Worte „auf dessen Kosten" aufgenommen.

7. **a) RG.** GruchotsBeitr. **53** 1002, BayRpflZ. **09** 297, JW. **09** 274. Die Herausgabepflicht erstreckt sich grundsätzlich nur auf das auf grund eines nichtigen Vertrags tatsächlich Erhaltene, auch wenn mehrere Gesamtschuldner vorhanden sind. Die §§ 431, 427 sind nicht anwendbar; der einzelne haftet sonach nicht auf das Ganze. Wenn **RG. 67** 260 angenommen hat, daß im Falle der Anfechtung eines Vertrags die mehreren Verpflichteten zur Herausgabe des ganzen Geleisteten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, so ist dies bei einem vorherein nichtigen Vertrage (§ 313) nicht der Fall, bzw. verbleibt es bei dem im § 812 aufgestellten Prinzipe.

b) RG. GruchotsBeitr. **53** 998, SächsRpflA. **09** 348, JW. **09** 274. Der Bereicherte hat nicht den Schaden zu ersetzen, den der Leistende durch seine Leistung an ihn erlitten hat; er haftet nur für die Vermögensmehrung, die ihm zugegangen und späterhin nicht weggefallen ist (§ 818).

8. **RG. 71** 399, JW. **09** 686. Es ist grundsätzlich verfehlt, die Bereicherungshaftung eines Veräußerers bei nichtigem Veräußerungsvertrage deshalb zu verneinen, weil der Erwerber durch eine Weiterveräußerung, also durch ein neues Rechtsgeschäft, einen Gewinn erzielt hat. Ebensowenig reicht zur Verneinung der Kondiktion die Tatsache hin, daß die Weiterveräußerung rechtswirksam war und Rechte des Dritterwerbers zur Entstehung brachte.

9. **RG.** R. **09** Ziff. 3765. Ein rechtlicher Grund im Sinne des § 812 ist nicht nur dann gegeben, wenn eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Leistung oder eine Gegenleistung vorgelegen hat, vielmehr genügt dazu jeder Grund oder Zweck, der nach dem Willen der Beteiligten für das Rechtsgeschäft bestimmend war. Ein solcher Grund kann z. B. eine Gefälligkeit, eine sittliche oder Anstandspflicht sein. Wer von dem Rückforderungsrechte der §§ 812 ff. Gebrauch machen will, hat daher den Mangel eines rechtlichen Grundes in diesem Sinne zu behaupten und zu beweisen.

10. **a) RG.** R. **09** Ziff. 2389. Das RG. läßt dahingestellt, ob bei dem Herausgabeanspruche wegen Nichteintritts des mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges der Zweck von dem Benachteiligten und dem Bereicherten vereinbart sein muß. Jedenfalls genügt nicht, daß eine bloß einseitige, nicht kundgegebene Erwartung fehlgeschlagen ist.

b) RG. 69 245 f. JDR. **7** § 812 Ziff. 7b.

11. **RG.** R. **09** Ziff. 259. Dem Konditionsanspruch aus einem wegen Formmangels nichtigen Geschäfte kann nicht entgegengehalten werden, daß Treu und Glauben seiner Geltendmachung entgegenstehen.

12. Beweislast.

RG. JW. **09** 415. Kläger klagt auf Herausgabe eines Schuldscheins, weil die Hingabe des Darlehens seitens des Beklagten nicht erfolgt sei. Mit der Entgegnung, daß der Kläger ihm das Geld aus einer Schuldübernahme schuldig geworden sei, hat der Beklagte keine klagebegründenden Tatsachen zugestanden, sondern gerade geleugnet, daß der Schuldschein in Erwartung eines Darlehens ausgestellt worden sei. Der Kläger ist beweispflichtig.

RG. R. **09** Ziff. 2248. Zur Begründung der Bereicherungsklage aus der Zahlung einer Nichtschuld genügt die Darlegung, daß der Kläger zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet habe und daß diese Verbindlichkeit nicht bestehe. Sache des Beklagten ist es, zu beweisen, daß der Kläger in Kenntnis des Nichtbestehens der Verbindlichkeit, also nicht aus Irrtum, geleistet habe.

13. Zu Abs. 2 s. JDR. **7** § 812 Ziff. 15.

a) **RG.** R. **09** Ziff. 670. Das bezüglich einer — irrtümlich als bestehend angenommenen — Schuld eines anderen abgegebene Schuldversprechen ist regelmäßig kein selbständiges Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB. und bedarf daher zu seiner Beseitigung nicht der Kondiktion (s. a. o. zu § 782 Ziff. 2).

b) PosMSchr. **09** 7 (Königsberg). Einwand aus § 812 Abs. 2 gegen ein Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung. Wird eingewandt, daß in die Abrechnung auch nicht bestehende Posten hineingeraten seien, und daß also nicht bestehende Posten anerkannt wären, so hat der Anerkennende nicht nur das Nichtbestehen der in die Abrechnung einbezogenen Kosten zu beweisen (JW. **08** 32), sondern auch, daß er sich in einem Irrtume befunden habe (R. **07** 38). Die bloße Unkenntnis des Sachverhalts ist dem Irrtume nicht gleichzustellen, sondern es gehört zu dem Nachweise des Irrtums, daß bei dem Anerkennenden die irrige Meinung entstanden sei aus „äußeren scheinbaren" Tatsachen, die geeignet gewesen sind, einen Irrtum zu erwecken (JW. **02** 166). S. a. o. zu § 782 Ziff. 2.

c) ElsLothJZ. **09** 580 (Colmar). Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers eines sog. „individualisierten", d. h. von seinem Schuldgrunde (Darlehen) nicht vollständig losgelösten Schuldanerkenntnisses liegt dann vor, wenn die bei der Bestellung des letzteren vorausgesetzte spätere Zahlung der (Darlehns-) Valuta nicht oder nicht ganz erfolgt ist. Die ungerechtfertigte Bereicherung kann auch dem gutgläubigen Zessionar gegenüber geltend gemacht werden.

d) OLG. **18** 57 (Celle). Die Kondiktion des prozessualen Anerkenntnisses ist ausgeschlossen. Vgl. JDR. **7** § 812 Ziff. 15.

e) SächsRpflA. **09** 365 (LG. Leipzig) hält die Kondiktion eines prozessualen Anerkenntnisses für zulässig.

f) **RG.** R. **09** Ziff. 1122. Kondiktion eines schriftlichen Anerkenntnisses, das gelegentlich einer Abrechnung erteilt ist. S. o. zu § 781 Ziff. 3.

14. Aus der Praxis.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1028, JW. **09** 137. Ungerechtfertigte Bereicherung bei Befreiung von einer Schuld (JW. **03** Beil. 8, JDR. **2** § 812 Ziff. 9a) s. u. zu § 843 Ziff. 7.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 3766. Wer zum Abschluß eines Vertrags widerrechtlich durch Drohung bestimmt ist, aber den Vertrag zu einer Zeit, zu der er nicht mehr unter dem Einflusse der Drohung stand, als rechtswirksam anerkannt hat, kann die Bestätigung des Vertrags nicht kondizieren, da er die Tatsache der Anfechtbarkeit des Vertrags kannte.

c) α. R. **09** II Ziff. 2649 (Hamburg). Stand der Forderung, die Beklagter im eigenen Namen gegen Klägerin geltend gemacht und auf die Klägerin im guten

Glauben, Beklagter sei der richtige Gläubiger, Zahlungen geleistet hatte, in Wahrheit nicht dem Beklagten, sondern einem Dritten zu, so ist Beklagter auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert, und er ist, da er von Anfang an seine Nichtberechtigung kannte, zur Herausgabe des Erlangten berechtigt. β. R. **09** Ziff. 971 (Hamburg). Der Schuldner, der in Unkenntnis einer erfolgten Forderungsübertragung an den ursprünglichen Gläubiger zahlt, ist nicht berechtigt, das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückzufordern.

d) **RG.** JW. **09** 248, DJZ. **09** 657. Konditionsanspruch dessen, der auf einen gefälschten Wechsel eine Ehrenzahlung geleistet hat.

e) α. WürttJ. **21** 1 (Stuttgart). Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt nicht vor, wenn ein Gläubiger dasjenige, was er zu fordern hatte, mittels einer wegen Formmangels rechtlich unwirksamen Pfändung erlangt hatte. Dem Verlangen des Schuldners, der Gläubiger solle das, was er auf Grund einer solchen Pfändung erlangt habe, herausgeben, würde der Einwand der Arglist entgegenstehen. β. OLG. **18** 55 (KG.). Keine Kondiktion des aus rechtskräftigem Anerkenntnisurteile Beigetriebenen, wenn das Anerkenntnis irrtümlich abgegeben wurde. Es liegt keine ungerechtfertigte Bereicherung vor, da der Beitreibende nur das erlangt, was er auf Grund des Urteils zu fordern berechtigt war.

f) α. SeuffA. **64** 342 (Dresden). Kein Anspruch des Konkursverwalters bei Ablehnung der Vertragserfüllung auf Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten wegen ungerechtfertigter Bereicherung. β. SchlHolstAnz. **09** 264 (Kiel). Bereicherungsklage der Konkursmasse einer offenen Handelsgesellschaft wegen der von einem Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft geleisteten Zahlungen für eigene Schulden.

g) **RG.** R. **09** Ziff. 821. Haben die Käufer eines Grundstücks dessen Bodenzinslast in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so haften sie dem Verkäufer wegen ungerechtfertigter Bereicherung, wenn dieser nachträglich kraft öffentlichen Rechtes zur Ablösung des Bodenzinses gezwungen wird.

h) **RG.** R. **09** Ziff. 3061. Wer Straßenland in der Hoffnung unentgeltlich abtritt, daß die ihm verbleibenden Flächen ihm zwecks Bebauung dahinterliegender Grundstücke abgekauft werden müßten, hat keinen Bereicherungsanspruch gegen die Stadtgemeinde.

i) R. **09** Ziff. 2390 (Stuttgart). Tritt ein benachbarter Grundstückseigentümer, der nicht A n l i e g e r im Sinne des Ortsbaustatuts ist, nachweisbar in der irrigen Meinung, eine von seinem Vorbesitzer der Gemeinde gegenüber übernommene persönliche Verpflichtung zur unentgeltlichen Abtretung von Straßenplatz sei auch für ihn bindend, die betreffende Grundfläche unentgeltlich an die Gemeinde ab, so ist diese auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund auch dann bereichert (und nach § 818 Abs. 2 zum Wertersatze verpflichtet), wenn sie gegen die richtigen Anlieger einen rechtlich begründeten Anspruch auf unentgeltliche Verschaffung derselben Straßenfläche haben sollte.

k) R h e i n s t r o m , SeuffBl. **09** 125—129. Zum Bereicherungsanspruche des Güterzertrümmerers bei Bodenzinsablösung.

l) **RG.** JW. **09** 398. Rückforderung der von Gewerbetreibenden auf Grund des Ortsstatuts gezahlten Beiträge zu kaufmännischen und gewerblichen Fortbildungsschulen, wenn die betreffende Vorschrift des Ortsstatuts unwirksam ist.

m) OLG. **18** 48 (Braunschweig). Anspruch der Stadtgemeinde gegen denjenigen, der eine den Wassermesser umgehende Leitung angelegt und benutzt hat, auf Bezahlung der so der städtischen Leitung entnommenen Wassermengen nach dem reglementsmäßigen Satze.

n) α. OLG. **18** 54 (Posen). Rückgewähranspruch der Armenverbände bei Vermögenserwerb des Unterstützten. β. R. **09** Ziff. 1872 (Cöln). Ein Ersatzanspruch

des Armenverbandes gegen den Unterstützten besteht nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung, wenn dieser zur Zeit der Unterstützung selbst genügende Hilfsmittel hatte, also nicht hilfsbedürftig war. Liegt dagegen wirkliche Hilfsbedürftigkeit vor, so kann ein Ersatzanspruch weder auf Geschäftsführung ohne Auftrag, noch auf ungerechtfertigte Bereicherung, noch auf § 68 Abs. 2 PrAGUWG. gegründet werden.

§ 814. 1. **RG. 71** 316, BayRpflZ. **09** 855, JW. **09** 461. Der Wortlaut des § 814 stellt außer Zweifel, daß sich sein Anwendungsgebiet auf die Fälle der reinen condictio indebiti beschränkt. Nur bei der Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld bildet der Irrtum des Leistenden über das Bestehen der Schuld eine Voraussetzung des Anspruchs. Dagegen sind sich die Beteiligten, wenn es sich um die Leistung zum Zwecke der Herbeiführung eines künftigen Erfolges handelt, regelmäßig darüber klar, daß im Augenblicke der Leistung eine Verbindlichkeit hierzu nicht besteht, und dennoch ist, von den Sonderfällen der §§ 815, 817 abgesehen, der Rückforderungsanspruch aus § 812 Abs. 1 begründet.

2. R. **09** Ziff. 44 (Naumburg). Der Kläger braucht seinen irrtümlichen Glauben an das Bestehen der Schuld nicht darzutun. Das Wissen des Leistenden ist vielmehr negative Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs und als solche vom Beklagten zu beweisen.

3. a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1004, LeipzZ. **09** 546, JW. **09** 361. Trotz des im Konkurse geschlossenen Zwangsvergleichs bleibt eine Naturalobligation bestehen. (So für das frühere Recht **RG. 42** 118, **ROHG.** 8 279, für das BGB. **RG.** v. 8. Febr. 04 I 490/03). Im Falle einer die Zwangsvergleichsquote übersteigenden Zahlung ist die condictio indebiti gemäß § 814 ausgeschlossen.

b) SächsOLG. **30** 257 (Dresden). Sittliche Pflicht zur Nachzahlung des durch Zwangsvergleich erlassenen Teiles einer Schuld. Keine Kondiktion des Anerkenntnisses der nicht bestehenden Restschuld.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 822. Wird auf Grund einer mündlichen Vereinbarung, die — wie nach § 15 GmbHG. die Abtretung der Geschäftsanteile — zu ihrer Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung bedarf, eine Zahlung in der Erwartung geleistet, daß die Aufnahme eines Notariatsakts demnächst erfolgen werde, so steht, für den Fall dies nicht eintritt, dem Anspruch auf Rückgewähr der Zahlung wegen ungerechtfertigter Bereicherung die Bestimmung im § 814 überhaupt nicht und die Bestimmung im § 815 jedenfalls dann nicht entgegen, wenn das Ansinnen, den Notariatsakt nachträglich zu vollziehen, an den Zahlenden zu einer Zeit gestellt wurde, wo die Übernahme der Geschäftsanteile ihm erhebliche Verluste bringen mußte.

§ 816. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. (440 ff.) Ob und wann ein Bereicherungsanspruch im Pfandverkaufsverfahren entsteht, ist streitig. Beim Pfandverkaufe des bürgerlichen Rechts werden Bereicherungsansprüche durch das Surrogationsprinzip ausgeschlossen. Ebenso im Zwangsvollstreckungsverfahren, wenn die Rechte des Eigentümers und der dinglich Berechtigten ordnungsmäßig geltend gemacht werden. — (444 ff.) Wenn dem Schuldner nicht gehörige Sachen ohne Vorgehen des Eigentümers gepfändet und verwertet werden oder wenn dingliche Rechte an ordnungsmäßig gepfändeten Sachen nicht durchgeführt werden, liegen gleichfalls Bereicherungsansprüche nicht vor, weil eine Pfändung auch bei Verletzung fremder dinglicher Rechte mangels eines Angriffs aus § 771 oder § 805 ZPO. gültig ist und weil ferner eine Bereicherung des Gläubigers nicht vorhanden ist. Dagegen bestehen Bereicherungsansprüche gegen den Schuldner. — (455 f.) Ein untätiger nicht betreibender Gläubiger hat keinen Bereicherungsanspruch gegen einen nachstehenden nicht betreibenden Gläubiger, der sein Recht gemäß § 805 ZPO. durchgeführt hat. Ein im Verteilungsverfahren ausgefallener Gläubiger, der dem Ver-

teilungsplane nicht widersprochen hat, hat keinen Bereicherungsanspruch gegen einen nachstehenden befriedigten Gläubiger. — (456 ff.) Dagegen entstehen Bereicherungsansprüche gemäß § 951 BGB. auch beim Eingreifen des Surrogationsprinzips. Jeder Berechtigte erhält hier einen selbständigen Anspruch in Höhe seines Sicherungsverlustes. § 818 III greift aber häufig ein.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2648. Sind die dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Gegenstände vom Vermieter einem anderen zu Eigentum übertragen worden, aber auf dem Mietgrundstücke verblieben und sind sie dann nach Ausbruch des Konkurses über den Mieter von dem Konkursverwalter unter Zustimmung des neuen Eigentümers versteigert und der Erlös dem neuen Eigentümer ausgehändigt worden, so steht insoweit gegen diesen dem Vermieter in Höhe seiner Mietansprüche ein Bereicherungsanspruch zu.

3. a) OLG. **19** 153 (Frankfurt). Bereicherungsanspruch des Vermieters gegen den Pfändungspfandgläubiger des Mieters, wenn der Vermieter infolge schon erfolgter Auszahlung des Erlöses die Klage aus § 805 ZPO. nicht mehr anstellen kann.

b) **RG.** JW. **09** 424. Der Verpächter hat auf Grund seines Pfandrechts einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Eigentümer der Zubehörstücke (Gutsinventar), wenn der Eigentümer bei einer Versteigerung der Sachen den Erlös erhalten hat. Die Zubehörstücke waren auf dem Pfandgrundstücke verblieben.

c) NaumbAK. **09** 55 (Dresden). Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger, der fremde Sachen pfänden läßt.

§ 817. 1. **RG.** JW. **09** 723. Streitig ist, ob es zur Anwendung des § 817 genüge, daß die Vertragsparteien den Zweck der Leistung gekannt haben, ohne daß ihnen ein Verstoß gegen das gesetzliche Verbot oder gegen die guten Sitten zum Bewußtsein gekommen zu sein brauche, oder ob sie auch dieses Bewußtsein gehabt haben müssen. In JW. **04** 38 ist ein subjektives Verschulden, eine verwerfliche Gesinnung verlangt. Es ist daher angenommen, daß der § 817 die Rückforderung nicht ausschließe, weil feststehe, daß dem Kläger die Verbotswidrigkeit der zugrunde liegenden Geschäfte nicht bekannt gewesen sei. An dieser Auslegung wird, soweit der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot in Betracht kommt, nicht festgehalten. Der § 817 ist daher schon dann auf ein unter § 181 Satz 3 KO. fallendes Sonderabkommen anzuwenden, wenn die Vertragspartei den Zweck des Abkommens kannte, obwohl sie nicht wußte, daß sie durch die Teilnahme am Vertrage gegen § 181 verstieß.

2. a) SächsOLG. **30** 174 ff., 178 (Dresden) über den Begriff der „Leistung" wie **RG. 67** 321 (JDR. **7** § 817 Ziff. 4). Wenn mit der Eingehung und Erfüllung eines Mietvertrags von beiden Vertragsteilen ein unsittlicher Zweck (Bordell) verfolgt wird, kann als die Leistung des Vermieters, deren Rückgewähr nach § 817 Satz 2 nicht verlangt werden kann, nur die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache und des in dieser Überlassung liegenden Vermögenswerts aufgefaßt werden. Diese Leistung verlangt der Vermieter nicht zurück, indem er die Rückgabe des Bordellgrundstücks vor Ablauf der Mietzeit begehrt, sondern er beansprucht nur, daß der Mieter den ferneren Gebrauch des Grundstücks zum Bordellbetrieb einstelle und es ihm zurückgebe. Auch der Mieter, der sich gegenüber dem Herausgabeanspruche des Vermieters darauf beruft, daß der Mietvertrag noch nicht abgelaufen sei, lehnt nicht die Erstattung einer vom Vermieter an ihn bereits erwirkten Leistung gemäß § 817 Satz 2 ab, sondern er versucht, den Vermieter zu weiterer Erfüllung des Mietvertrags zu veranlassen. Der Vermieter hat das Recht, die Herausgabe zu verlangen.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 1875. Bei dem Verzicht auf ein Recht handelt es sich nur um Abgabe einer Willenserklärung und nicht um eine mit Änderung des Besitzstandes verbundene Leistung i. S. des § 817 BGB. Ist der Verzicht, weil gegen die guten

Sitten verstoßend, ungültig, so bleibt das Recht daher bestehen, auch wenn dem Verzichtenden selbst ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt.

3. **RG.** BayRpflZ. **09** 274, R. **09** Ziff. 982. Mag bei der Begründung eines Schuldverhältnisses der Versprechensempfänger wider Gesetz oder gute Sitten das Versprechen angenommen haben, so greift, sofern nicht das Versprechen, sondern seine Erfüllung kondiziert wird, § 817 Satz 1 nicht Platz, wenn bei der Erfüllung die Annahme des Versprochenen nicht mehr verbots- oder sittenwidrig ist. Wer sich in Ausbeutung der Notlage usw. Vermögensvorteile hat versprechen lassen, handelt nicht mehr wucherisch, wenn er sich die Vermögensvorteile zu einer Zeit gewähren läßt, wo die Notlage usw. nicht mehr besteht.

4. Bordellhypothek. JDR. **7** § 817 Ziff. 3.

a) **RG. 71** 432, JW. **09** 683 schließt sich hinsichtlich der Bordellhypothek der in **RG. 68** 97 ff. (JDR. **7** § 817 Ziff. 3) aufgestellten Ansicht an. Die Bestellung einer Bordellhypothek ist keine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht zurückforderbare Leistung, sondern sie ist vielmehr eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung, die gemäß der Ausnahmebestimmung des § 817 Satz 2 Halbs. 2 zurückgefordert werden kann. Einwand der Arglist gegenüber der Bereicherungsklage. Verlangt der Kläger Befreiung von seiner Verbindlichkeit, ohne das auf unsittliche Weise Erlangte herauszugeben, so handelt er arglistig.

b) OLG. **18** 58 (Dresden). Die Rückforderung der Vertragskosten, die der Bordellverkäufer für den Käufer bezahlte, ist ausgeschlossen. Die Zahlung der Kosten war als Leistung an den Käufer insofern gedacht, als der Verkäufer eine dem Käufer obliegende Zahlung für ihn bewirkte.

c) **RG.** SeuffA. **64** 129 s. JDR. **7** § 817 Ziff. 3.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3347. Ist eine Grundstücksübertragung, die, wenn sie ernstlich erfolgt wäre, gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen würde, nur zum Scheine bewirkt worden, so steht dem Anspruch auf Grundbuchberichtigung die Bestimmung des § 817 nicht entgegen. Der § 817 BGB. setzt eine Leistung und eine Vermögensverschiebung voraus, während hier nur der Schein einer solchen vorliegt, und er schließt lediglich ein persönliches Rückforderungsrecht (condictio) aus, während hier ein dinglicher Anspruch in Frage steht. Deshalb kann für die Ausschließung dieses Anspruchs auch daraus nichts hergenommen werden, daß dem Wucherer das Recht abgesprochen wird, das auf Grund des wucherischen Geschäfts seinerseits Geleistete vom Bewucherten zurückzufordern.

6. OLG. **18** 59 (Breslau). Haben Eheleute das Getrenntleben beschlossen und hat die Frau dem Manne für die Gestattung des Getrenntlebens ihr Eingebrachtes überlassen, so steht dem Rückforderungsanspruche der Ehefrau nicht § 817 Satz 2 entgegen. Die Ehefrau hat nicht gegen die guten Sitten verstoßen, sondern nur der Ehemann.

7. SächsOLG. **30** 174 ff., 178 (Dresden). § 817 Satz 2 bezieht sich nicht nur auf Satz 1, sondern trifft auch dann zu, wenn der Anspruch nicht ausdrücklich auf einen verwerflichen Empfang i. S. von § 817 Satz 1, sondern auf einen anderen Rechtsgrund gestützt wird (**RG. 63** 346, JDR. **5** § 817 Ziff. 3).

8. **RG.** LeipzZ. **09** 231. Rückforderungsrecht bei einem nach § 138 Abs. 1 nichtigen Rechtsgeschäfte.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 685, BayRpflZ. **09** 71 s. JDR. **7** § 817 Ziff. 10.

§ 818. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3767. Die Pflicht zur Herausgabe des ohne rechtlichen Grund Erlangten erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen. Der Kläger muß sonach im einzelnen Falle dartun, daß der Bereicherte Nutzungen tatsächlich gezogen hat. Bei öffentlichen Abgaben und anderen Staatseinnahmen, die zur allgemeinen Staatskasse fließen, wird in den meisten Fällen ein solcher Beweis nicht möglich sein. Der Fiskus hat daher zu Unrecht eingezogene Stempelbeträge regel-

mäßig nicht vom Tage der Zahlung, sondern erst vom Tage der Klagezustellung (§ 291 BGB.) ab zu verzinsen.

2. OLG. **18** 53 (Braunschweig). Nach § 818 unterliegen der Restitutionspflicht nicht nur Nutzungen, welche aus dem Erlangten selbst gezogen sind, sondern auch diejenigen, welche aus einem an Stelle des Erlangten getretenen Gegenstande gewonnen sind, überhaupt alle Nutzungen, die von einem Gegenstande herrühren, dessen Vorhandensein im Vermögen des Empfängers auf einen Erwerb sine causa zurückzuführen ist, vorausgesetzt, daß sie nicht etwa aus Glückszufällen, persönlichen Leistungen oder Aufwendungen des Empfängers herrühren, sondern sich wirtschaftlich als regelmäßig zu erwartende Erträge darstellen. — Anspruch des Steuerpflichtigen auf die Zinsen der zu Unrecht erhobenen Steuersumme.

3. R. **09** Ziff. 1123 (Hamburg). Bei Feststellung der „gezogenen Nutzungen" einer Geldsumme kommt es nicht darauf an, welchen Gewinn, welche Zinsen der ungerechtfertigt Bereicherte von seinem ganzen Geschäftskapital gezogen hat; es kommt vielmehr allein darauf an, ob tatsächlich der Beklagte (Bereicherte) von der herauszuzahlenden Summe Gewinn gehabt, Nutzungen gezogen hat.

4. Abs. 3. **RG.** JW. **09** 457, LeipzZ. **09** 775. Der Empfänger der Leistung soll von der Pflicht zur Rückerstattung befreit sein, wenn Umstände eingetreten sind, welche die Vermögensvermehrung nachträglich wieder aufgehoben haben. Dabei ist, wenn bares Geld ohne rechtlichen Grund erlangt worden ist, der die Erstattungspflicht ausschließende Wegfall der Bereicherung nicht davon abhängig, daß er gerade mit Bezug auf die bestimmten Geldstücke eingetreten ist. Schon dann ist der Empfänger im Sinne des Gesetzes nicht mehr bereichert, wenn er Aufwendungen aus seinem Vermögen gemacht hat, die er ohne die Bereicherung nicht gemacht hätte und wenn diesen Aufwendungen kein durch sie erlangter entsprechender Vermögenswert gegenübersteht.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 823. Der Bereicherte kann sich nicht darauf berufen, daß der Kläger anderweitig Ersatz für die erlittene Vermögenseinbuße erhalten hat; umgekehrt ist dieser Ersatz nach erfolgter Zahlung des Bereicherten an den Kläger eventuell seitens des letzteren zurückzuerstatten.

§ 821. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 141 ff., 170 f. Anwendung des § 821 im Wechselrechte. Demjenigen, der unentgeltlich vom ungerechtfertigt bereicherten Wechselgläubiger die Wechselforderung indossiert bekommen hat, steht die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung unmittelbar aus seiner Person entgegen.

2. *Schreiber, GruchotsBeitr. **53** 298 ff. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die abstrakten Obligationen der §§ 780, 781; ihre praktische Bedeutung ist eine geringe, da der Anspruch aus der abstrakten Obligation, von der der Schuldner befreit sein will, in spätestens 30 Jahren verjährt, ebenso lange aber der Schuldner den (Konditions-) Anspruch auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit besitzt. Nach Ablauf der 30 Jahre hat er dann regelmäßig die Einrede der Verjährung gegen die Forderung. Die Verjährungseinrede versagt nur dann, wenn für die Forderung eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt war (§ 223); hier berechtigt erst § 821 den Schuldner zur Rückforderung des Pfandes und zu dem Verlangen nach Verzicht auf die Hypothek (§§ 1169, 1254).

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Auch im Berichtsjahre 1909 ist die Literatur über die Fragen, welche allgemein das Recht der unerlaubten Handlungen betreffen, spärlich. Es sind nur Abhandlungen über einzelne Fragen zu verzeichnen. Hervorzuheben sind die Aufsätze von Krückmann, der Vortrag von Degen, sowie die Literatur zur Novelle zum § 833. — Die Rechtsprechung hatte sich zum Teil mit bereits behandelten Fragen zu beschäftigen; das Gebiet der unerlaubten Handlungen ist aber ein so großes, daß stets wieder neue

Probleme auftauchen und eine Erschöpfung nicht eintritt. — Einige Aufsätze zum Automobilhaftpflichtgesetze sind unten § 823 Abs. 1 Ziff. 8r abgedruckt, da die besondere Behandlung dieses Gesetzes sich noch nicht empfiehlt. Zu verweisen ist auf die Ausführungen von Holzenthaler und von Hallbauer.

Im einzelnen sei auf die im § 823 Abs. 1 Ziff. 2 abgedruckte Entscheidung des RG. hingewiesen, in welcher die Frage der Haftung des Haushaltungsvorstandes für Handlungen seiner Familienmitglieder erörtert wird. Das Züchtigungsrecht des Lehrers ist Gegenstand mehrfacher Entscheidungen gewesen. Hingewiesen sei auf den Aufsatz von Eccius über die schuldhafte Verletzung des Besitzes. In der Behandlung der Frage nach der Verletzung obligatorischer Rechte machen sich in der Literatur dissentierende Ansichten geltend; die Rechtsprechung verbleibt jedoch auf ihrem Standpnnkte. Im einzelnen tauchen alte und bekannte Fragen auf. — Zu den §§ 824 und 826 ist auf den Aufsatz von Rotering hinzuweisen. Zum § 826 ist vor allem der Vortrag von Degen zu erwähnen, der in erschöpfender und eingehender Darlegung die Beziehungen des § 826 zum gewerblichen Rechtsschutze behandelt. Der Selbstbericht gibt ein Bild von der Vielseitigkeit der in dem Vortrage behandelten Fragen. Beachtenswert ist die Entscheidung des OLG. Hamburg, daß das, was man als „nicht fair" bezeichnet, sich nicht mit dem Begriffe der guten Sitten im Sinne des Gesetzes deckt. — Zu § 830 sind wichtige Entscheidungen ergangen. — Bei § 831 ist auf die Entscheidung des RG. hinzuweisen, wonach diese Bestimmung im Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes keine Anwendung findet. Die Sorgfalt bei der Auswahl des Chauffeurs hat Anlaß zu wiederholten Rechtsstreitigkeiten gegeben. — Der § 833 nimmt eine besondere Stellung ein, da er durch die Novelle v. 30. Mai 1908 wesentlich erweitert ist. Die Novelle ist von Roscher, Josef und Reichel gründlich erörtert worden; eine wichtige Einzelfrage behandeln Cohn und Josef. Die Entscheidungen der LG. Mosbach und Mannheim sind die ersten, welche bekannt geworden sind. — § 839 enthält außer einigen wichtigen allgemeinen Entscheidungen wichtige Erkenntnisse zu Einzelfällen. — Die §§ 843, 844 und 845 bilden einen ständigen Anlaß zu Streitigkeiten. Zu § 845 ist der wichtige Aufsatz von Endemann zu erwähnen. Auffallend viele Entscheidungen beschäftigen sich mit dem § 852. Zu § 853 ist der Aufsatz von Schreiber zu vermerken.

Literatur: Cohn, Wird der Tierhalter durch den Nachweis, daß er bei der Auswahl des Tierhüters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, von der Ersatzpflicht aus § 833 BGB. befreit? JW. **09** 264. — Degen, Die Bedeutung des § 826 BGB. für den gewerblichen Rechtsschutz, GewRechtsschutz **09** 145 und UnlW. **8** 176, 235, 263. — Dümchen, Schuld und Haftung insbesondere bei den Grundpfandrechten, JheringsJ. **54** 383. — Eccius, Schuldhafte Verletzung des Besitzes, GruchotsBeitr. **53** 8. — Eichholz, Haftung des Reichsfiskus für Verschulden der Kanallotsen, HansGZ. **09** (Hptbl.) 241. — Endemann, Das selbständige Recht der Ehefrau auf Schadensersatz wegen Aufhebung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit, R. **09** 286. — Gößmann, Die zivilrechtliche Haftung des Unternehmers eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs, SeuffBl. **09** 334. — Hagen, Beiträge zur Lehre von den „guten Sitten", SächsRpflA. **09** 473. — Hallbauer, Die Unfallanzeige im Sinne des § 15 Automobilgesetzes, SeuffBl. **09** 481. — Derselbe, Die zivilrechtliche Rechtsstellung des Führers nach dem Automobilgesetze, SächsRpflA. **09** 465. — Heuer, HansGZ. **09** (Hptbl.) 229. — Höchster, Grenze der Haftung Unzurechnungsfähiger (§ 829 BGB.), ArchZivPr. **104** 427. — Holzenthaler, Die Haftung des Führers eines Kraftfahrzeugs, GoldschmidtsZ. **66** 22. — Josef, Die praktische Anwendung der Tierhalter-Novelle, Gruchots Beitr. **53** 28. — Derselbe, Wird der Tierhalter durch den Nachweis, daß er bei der Auswahl des Tierhüters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, von der Ersatzpflicht aus § 833 BGB. befreit? JW. **09** 353. — Klein, Beiträge zur Lehre von der „Anzeigepflicht im Zivilrecht". I. Studie. Inwieweit legt BGB. § 826 eine Anzeigepflicht auf? ÖstZBl. **27** 477. — Kreß, Haftpflicht der Eisenbahn für Sachschäden (nach bayerischem Rechte), EisenbE. **26** 45. — Krückmann, Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, JheringsJ. **55** 1—208. — Derselbe, Schadensliquidation aus fremdem Interesse, JheringsJ. **56** 245. — Kunze, Die Haftung

des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten. — Linckelmann, Luftschiffahrt und Grundeigentum, JW. **09** 8. — Reichel, Wie haftet man für seine Tiere nach dem neuen Gesetze vom 30. Mai 1908? — Roscher, Haftung für Tierschäden, Leipzig 1909. — Rotering, Schadensersatzverbindlichkeit und Strafe, ABürgR. **33** 45. — Schreiber, Anfechtung und Wiederherstellungsanspruch (zur Auslegung der §§ 853 und 821 BGB.), GruchotsBeitr. **53** 298. — Schultze bei Hoche, Gerichtliche Psychiatrie 392 ff. — Stuhlmann, Der Fahrlässigkeitsbegriff des BGB. unter besonderer Berücksichtigung des § 839. Hamburg 1908. — Weber, Die Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung, SeuffBl. **09** 289—299.

Zu §§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung.

a) **RG.** JW. **09** 724. Die Haftung des Eisenbahnunternehmers aus dem Haftpflichtgesetz ist i. S. des § 840 als eine solche aus einer unerlaubten Handlung anzusehen. Wie sich aus den Abs. 2 u. 3 des § 840 ergibt, die voraussetzen, daß mehrere aus verschiedenen Haftungsgründen für eine und dieselbe unerlaubte Handlung verantwortlich sind, ist im § 840 Abs. 1 unter diesem Begriffe die unerlaubte Beschädigung eines fremden Rechtsguts zu verstehen, gleichviel wie die subjektiven Haftungsgründe bei den einzelnen Ersatzpflichtigen gestaltet sind.

b) **RG.** JW. **09** 715 (717). Der Begriff der unerlaubten Handlung im § 273 Abs. 2 ist kein anderer als der dem BGB. geläufige. Über den Begriff unerlaubte Handlungen vgl. **RG. 50** 408, **60** 304.

c) KGBl. **09** 98 (KG.). Der 25. Titel begreift unter der Gesamtbezeichnung „unerlaubte Handlungen" nicht nur Fälle eines erweislichen oder unter dem Vorbehalte des Gegenbeweises zu vermutenden Verschuldens, sondern auch Tatbestände reiner Gefährdungshaftung (§§ 829, 833, 835). Diese letzteren Vorschriften sind nicht rein äußerlich dem 25. Titel eingefügt, vielmehr sind die aus ihnen sich ergebenden Verpflichtungen denen aus anderen unerlaubten Handlungen rechtlich gleichgestellt. Daraus ergibt sich, daß dem BGB. in seinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen ein weiterer, von dem bisherigen Sprachgebrauch abweichender Begriff zugrunde liegt, welcher auch die Fälle rein objektiver Gefährdehaftung umfaßt. Zu den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung gehören auch die Ansprüche aus § 945 ZPO., die daher in 3 Jahren verjähren.

2. Kausalzusammenhang s. oben § 249, u. § 833 Ziff. 3, JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5.

a) OLG. **18** 83 (Cöln). Zwar nicht jede Bedingung eines Erfolges, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg fortfiele, kann als verursachend gelten, sondern nach der im Zivilrechte herrschenden Theorie von der adäquaten Kausalität nur diejenige Bedingung, die den Erfolg nach ihrer Eigenart in nicht ganz unerheblicher Weise allgemein begünstigt, die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell erhöht. Ohne Zweifel begünstigt oder ermöglicht eine wenn auch noch so kleine Verletzung ganz allgemein die Möglichkeit des Eintritts von Wundstarrkrampf und Tod.

b) **RG.** JW. **09** 361. Zwei Ursachen, die in ihrem Zusammenwirken eine durch jede einzelne gegebene Gefahr vergrößern, sind der Regel nach auch beide ursächlich gewesen, wenn ein schädlicher Erfolg eingetreten ist. (Es fällt jemand auf einer dunklen Treppe über einen dort befindlichen Gegenstand.)

c) **RG.** SeuffA. **64** 16 s. JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 1 a.

d) α. **RG.** R. **09** Ziff. 2397. Schießt ein Hausherr, aus dem Schlafe geweckt, auf dringendes Bitten seiner Magd, um den nachts eingedrungenen Liebhaber der Magd abzuschrecken, gegen die Innenseite der Hofmauer, vor welcher er einen Menschen nicht vermuten konnte, und trifft dabei einen anderen Eindringling, so ist die Haftung des Hausherrn zur Hälfte begründet. Die Verletzung eines nächtlichen Eindringlings durch einen Schuß des Hausherrn ist auch dann durch das Eindringen mit verursacht, wenn der Schuß einem anderen Eindringlinge galt.

β. **RG.** JW. **09** 312. Vorhandensein des Kausalzusammenhanges angenommen.

e) Krückmann, Verschuldensaufrechnung 23 ff., behandelt die Theorien des Kausalzusammenhanges. Kausalzusammenhang zwischen der Eigenbewegung des Täters und der Erfolgsbewegung liegt vor, wenn die zum Erfolge notwendigen sonstigen Eigen- und Fremdbewegungen im Sinne des eingetretenen Erfolges beherrscht wurden von der verursachenden Eigenbewegung des Täters. Eine solche Beherrschung ist anzunehmen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, daß diese Bewegungen eintreten werden (62). Der Täter haftet für die Erfolgsbewegung, als wenn sie sich ungestört entwickelt hätte (76). Der Täter haftet für die Entwickelung der Erfolgsbewegung, die nach den zur Zeit des Erfolgsbeginns vorliegenden Umständen zu erwarten war (77). Eine deliktsrechtlich zurechenbare (vorsätzliche oder fahrlässige) Handlung des Beschädigten kann nie bloßer unselbständiger Bestandteil einer fremden Kausal- oder Erfolgsbewegung sein, sie ist stets auch selbständige Kausalbewegung (90 f.). — Der Täter haftet unter Umständen auch für eine Erfolgsstörung, wenn diese nach Lage der Sache berechtigt war (115 ff.). Zusammenfassung der Untersuchung 153 ff.

3. Verschulden. JDR. 7 zu §§ 823 ff. Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 6.

a) HansGZ. **09** Beibl. 1 (3) (Hamburg). Wer im Augenblicke der Aufregung vor einem Zusammenstoße etwas Unrichtiges tut, handelt nicht fahrlässig.

b) RG. R. **09** Ziff. 825. Die Behauptung, der Kläger würde gegebenenfalls ebenso wie der Beklagte gehandelt haben, schließt die Feststellung eines Verschuldens nicht aus.

c) RG. SchlHolstAnz. **09** 223, SeuffBl. **09** 772. Zur Annahme eines dolus eventualis genügt nicht die bloße Feststellung, daß der Täter bei seinem Handeln sich der Möglichkeit des demnächst eingetretenen Erfolges bewußt gewesen ist, sondern er muß diesen Erfolg, wenn er eintritt, auch gewollt haben; es muß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis des Erfolges haben handeln wollen. Das bloße Handeln auf die Gefahr eines bestimmten Erfolges enthält nicht von selbst die Billigung dieses Erfolges, das Wollen desselben. Wer handelt in der Hoffnung, in der Erwartung, daß eine Patentverletzung nicht vorliegen werde, der, wenn er wüßte, daß eine Patentverletzung vorliege, nicht handeln würde, hat diese Patentverletzung auch nicht gewollt.

d) RG. JW. **09** 684. Culpa in contrahendo. Eine Haftung wegen schuldhaften Verhaltens bei Verhandlungen zum Zwecke eines Vertragsschlusses (culpa in contrahendo) kann nach dem BGB. nur aus dem Gesichtspunkte der Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung in Betracht kommen. Die Anwendung des § 823 Abs. 1 scheidet in dieser Hinsicht von vornherein aus, weil diese Vorschrift nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht das Vermögen schlechthin schützt. Die Bestimmung des § 823 Abs. 2 erfordert die Verletzung eines besonderen Schutzgesetzes.

4. OLG. **18** 71 (Rostock). Anwendung des § 227 bei Putativnotwehr. JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 3.

5. Klage auf Unterlassung (JDR. **7** zu §§ 823 ff., Ziff. 5, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) RG. 71 85, R. **09** Ziff. 1773. Der Satz, daß eine Klage auf Unterlassung eines unerlaubten Verhaltens, wenn dieses in der Vergangenheit, wenn auch nur objektiv bereits verwirklicht war und in der Zukunft weitere Eingriffe zu besorgen sind, zulässig ist, ist allgemeiner Natur und läßt weder eine Beschränkung der Unterlassungsklage auf das vermögensrechtliche Gebiet, noch eine solche auf die Beseitigung eines von dem Beklagten geschaffenen dauernden bedrohlichen Zustandes als notwendig erscheinen.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 1129. Ein nicht unter die Bestimmungen der §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB. fallender Angriff auf die Ehre eines anderen begründet keinen Unterlassungsanspruch.

c) OLG. **18** 75 (Hamburg). Klage auf Unterlassung von Belästigungen.

d) OLG. **18** 76 (Hamburg) s. JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 5 a.

6. Beweislast (JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 7, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) **RG.** JW. **09** 136. Kläger hat den ursächlichen Zusammenhang zu beweisen. Allein dieser ist nach der gewöhnlichen Erfahrung schon dann gegeben, wenn feststeht, daß der Mangel, wo er nicht die alleinige Ursache des Schadens war, die Gefahr steigerte, indem er bei anderen Vorgängen, die die gleiche schädliche Folge hervorrufen konnten, deren Eintritt begünstigte. In solchem Falle hat er als mitwirkende Ursache des Schadens zu gelten. Der Kläger braucht nicht darüber hinaus zu beweisen, daß ohne diese mitwirkende Ursache der Schaden nicht eingetreten sein würde.

b) **RG.** JW. **09** 134. Die Gewerbeunternehmer und Betriebsleiter müssen für die Befolgung der Polizeiverordnungen, die in ihren Gewerbebetrieb einschlagen, Sorge tragen. Werden jene Vorschriften mehrfach außer acht gelassen, so trifft die Genannten die Beweislast, daß dies trotz gehöriger Unterweisungen und geeigneter Aufsichtseinrichtungen der Fall gewesen ist, daß sie also ein Verschulden bei der Übertretung der Schutzgesetze nicht trifft. S. auch unter § 831 Ziff. 1.

7. ElsLothJZ. **09** 412 (Colmar). Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (JDR. **7** zu §§ 823 ff. Ziff. 9). Zu seiner Begründung genügt, daß eines oder einzelne der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der unerlaubten Handlung an dem betreffenden Orte in die Erscheinung getreten sind.

8. OLG. **18** 64 (Hamburg). Der Rechtsweg gegen eine beamtete Person wegen einer von dieser begangenen unerlaubten Handlung ist zulässig. (Der Beklagte hatte als amtlicher Weinprüfer eine „Bekanntmachung" erscheinen lassen, in der er vor Weinbehandlungspräparaten des Klägers warnte.)

9. **RG.** PrVerwBl. **31** 98. Ausschluß des Schadensersatzanspruchs gegen den Fiskus aus der Nichtzulassung eines Studierenden zur Prüfung. Unzulässigkeit des Rechtswegs. Vgl. dazu Delius ebd. 133.

10. SächsOVG. **12** 197. Für die dem einzelnen durch Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung entstandenen Nachteile wird Entschädigung gewährt, dafern sich diese als ein besonderes Opfer darstellen, das dem einzelnen im Interesse der Gesamtheit auferlegt wird. Als ein solches Opfer ist aber nicht schlechthin jeder Nachteil anzusehen, der jemandem aus den Maßregeln der öffentlichen Verwaltung erwächst, vielmehr besteht die Entschädigungspflicht nur dann und insoweit, als es sich um eine Wertsentziehung, um einen unmittelbaren Eingriff in den Vermögensstand des Betreffenden handelt. — Entschädigung wird vorliegend verneint bei Verlegung einer Staatsstraße. Die Besitzer der angrenzenden bebauten Grundstücke haben keinen Ersatzanspruch.

§ 823. I. Abs. 1.

1. a) Krückmann, JheringsJ. **56** 245—328. Jeder ist grundsätzlich berechtigt, gegenüber seinem Schuldner aus Rechtsgeschäft, Delikt oder unmittelbar aus dem Gesetze, das Interesse des Dritten zu liquidieren, wenn der Dritte schon bei Vornahme der schädigenden Handlung durch den Schuldner zu dem Liquidanten in einem Rechtsverhältnisse stand (oder vor oder nach der schädigenden Handlung begründetes Rechtsverhältnis eintrat), vermöge dessen er fordern konnte, so behandelt zu werden, als wäre er selber der Inhaber des Ersatzanspruchs gegen den Ersatzschuldner, d. h. wenn der Dritte einen Herausgabeanspruch in Ansehung der liquidierten Summe hat (277).

b) SächsRpflA. **09** 168 (LG. Chemnitz). Ersatzberechtigt ist nur der unmittelbar Beschädigte. Die Versicherungsgesellschaft hat daher keinen unmittelbaren Ersatzanspruch gegen den nicht selbst im Versicherungsverhältnisse stehenden Brandstifter. S. FDR. **3** Abs. 1 Ziff. 1).

2. Haftung des Haushaltungsvorstandes (s. auch u. Ziff. 4 a). **RG. 70** 48, JW. **09** 17, DJZ. **09** 265. Eine Haftung des Familienhaupts, des „Hausherrn", für die zum Hausstande gehörigen Personen im allgemeinen besteht nicht. Aber der Haushaltungsvorstand, dem übrigens mehrfach auch gewisse staatsbürgerliche Obliegenheiten übertragen sein können, muß der Allgemeinheit gegenüber als verpflichtet gelten, bei der Einrichtung seines Hausstandes, der Wohnungsverhältnisse und der Regelung sonstiger, über den Familienkreis hinaus auf die Außenwelt wirkender Angelegenheiten des häuslichen Lebens tunlichst auf fremde Interessen und Rechtsgüter Rücksicht zu nehmen, insbesondere Rücksicht auf die Sicherheit von Leib und Leben der mit den Familienangehörigen in Berührung kommenden Dritten, wie z. B. der Dienstboten und Mithausbewohner.

3. a) Verletzung des Lebens. **RG.** UnlW. **8** 292. Wenn § 823 Abs. 1 im Falle der widerrechtlichen Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit eines anderen die Schadensersatzpflicht des Verletzenden feststellt und somit Schutz gegen die Verletzung dieser Güter gewährt, so handelt es sich dabei um die Verletzung einer natürlichen Person; der Begriff der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit deckt sich mit dem strafrechtlichen Begriffe der Körperverletzung; eine juristische Person hat in diesem Sinne keinen Körper und keine Gesundheit.

b) **RG. 69** 340 (344). Zum Begriffe der Tötung im Sinne von §§ 823, 844 ist nicht erforderlich, daß der Ersatzpflichtige den tötlichen Erfolg der Handlung (Körperverletzung) hat voraussehen können.

4. Körperverletzung (FDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 2, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) **RG. 70** 48, JW. **09** 17, DJZ. **09** 265 s. o. Ziff. 2. Der Ehemann (und Haushaltungsvorstand) ist verantwortlich, wenn er die, wie ihm bekannt, geistesgestörte und infolgedessen gemeingefährliche Frau, anstatt für ihre Unterbringung im Krankenhaus oder einer Heilanstalt zu sorgen, in der ehelichen Wohnung behält, keine Maßnahmen für ihre Bewachung trifft, sie im Hause frei umhergehen läßt, ihr auch Gegenstände, die in den Händen solcher Kranken gefährlich sind, wie Messer, zum Gebrauch überläßt und wenn infolge hiervon der Geisteskranke einen Dritten am Körper verletzt.

b) Züchtigungsrecht s. FDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 2 d.

α. **RG.** (Strafs.) **42** 142, PrVolksschArch. **8** 251, JW. **09** 296. Dem Lehrer steht rechtsbegrifflich ein Züchtigungsrecht nicht nur gegenüber an ihm durch sein Amt unmittelbar zugewiesenen Schülern, deren Erziehung ihm anvertraut ist, zu. Vielmehr hängt die Bestimmung des seinem Züchtigungsrecht unterworfenen Kreises von Schülern ebenso sehr von dem Umfange der ihm übertragenen Beaufsichtigungsrechte ab. Über alles das entscheiden aber nicht allgemeine Sätze des objektiven Rechtes, sondern die jeweilig bestehenden örtlichen Schuleinrichtungen und die von der zuständigen Schulbehörde getroffenen Anordnungen.

β. PrVerwBl. **30** 257, PrVolksschArch. **8** 55 (PrOVG.). Nicht der Erfolg entscheidet darüber, ob die gesetzlich umschriebene Grenze des Züchtigungsrechts überschritten wurde; ausschlaggebend ist vielmehr, ob bei der Art der Einwirkung auf den Körper des Kindes die Möglichkeit des Eintritts einer Schädigung vorlag. Trägt die Einwirkung diesen Charakter, so liegt in ihr eine Überschreitung des Züchtigungsrechts, sofern sie auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Gesundheitsschädigung und körperliche Mißhandlung stehen sich in dieser Hinsicht gleich.

— Zausen des Kopfhaares, das ein Ausgehen des Haares an einzelnen Stellen zur Folge hat, gilt als Überschreitung des Züchtigungsrechts.

γ. PrVerwBl. **30** 458, PrVolksschArch. **8** 154 (PrOVG.). Dem Lehrer liegt ob, darauf zu achten, daß er bei der Züchtigung auf das zu strafende Kind nicht in unzulässiger Weise einwirkt. Befindet sich der Lehrer bei der Handhabung des Züchtigungsrechts in einem Irrtum in der Beurteilung derjenigen tatsächlichen Verhältnisse, nach denen die Anwendung der Züchtigung sich bestimmt, so stellt sich der unrichtige Gebrauch des Züchtigungsrechts nicht als eine Überschreitung der Amtsbefugnisse dar.

δ. KGBl. **09** 19 (LG. I Berlin). Klage gegen einen Lehrer wegen angeblicher Überschreitung des Züchtigungsrechts. Abweisung der Klage mangels Kausalzusammenhanges. Vgl. ebd. PrOVG. Verwerfung des Konflikts in der gleichen Sache. Der Konflikt ist schon dann zu verwerfen, wenn auch nur die Möglichkeit eines Kausalzusammenhanges besteht. Der Zivilrichter kann dagegen ohne positive Feststellung des Kausalzusammenhanges nicht zu einer Verurteilung gelangen. ε. **RG.** (Strafs.) DJZ. **09** 1092, PrVolksschArch. **8** 351. Züchtigungsrecht des Lehrers. — Notwehr gegenüber einer Nichtachtung des Schülers verneint. ζ. **RG.** (Strafs.) PrVolksschArch. **8** 352, ZBlfVormundschaftswes. **1** 190. Züchtigungsrecht gegenüber Fürsorgezöglingen. η. ZBlfVormundschaftswes. **1** 179 (Naumburg). Ein Züchtigungsrecht gegen fremde Kinder kann in besonders schweren Fällen angenommen werden.

5. Eigentum (s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 3, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7).

a) Linckelmann, JW. **09** 8. Gegenüber Kipp, JW. **08** 643 (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 3 b) wird ausgeführt, daß dem Grundeigentümer gegenüber dem Luftschiffer die actio negatoria in ihrer restitutorischen Funktion zustehe.

b) Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht 33—38, BöhmsZ. **19** 458—493. Pflicht des Luftschiffers, den Schaden zu ersetzen, der durch Anstoßen, Auswerfen oder Herauswerfen von Gegenständen und dergleichen entstanden ist, nur nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Für Schaden, den der Luftschiffer dem unterliegenden Grundeigentümer schuldlos zufügt, haftet er nicht (486 ff.).

c) **RG.** JW. **09** 275, BadRpr. **09** 223. Der Eigentümer wird durch eine Verunstaltung seiner Sache nicht erst dann geschädigt, wenn dadurch die Nutzungen, die er ohne die Verunstaltung aus der Sache gezogen haben würde, vermindert oder der Preis, den er dafür erzielt haben würde, verringert worden sind. Das Vermögen des Eigentümers wird vielmehr ohne weiteres dadurch vermindert, daß der Verkehrswert der ihm gehörigen Sache durch ein Ereignis geringer wird, als er es ohnedem sein würde, und er kann Ersatz der Differenz von dem, der wegen unerlaubter Handlung die Folgen des Ereignisses zu vertreten hat, ohne Rücksicht darauf fordern, ob er die Sache verkaufen wollte, und ob er dazu in der Lage war; sein Schadensersatzanspruch wird auch dadurch nicht berührt, daß er später das Eigentum an der Sache mit oder ohne seinen Willen verloren hat. Verunstaltung eines Wirtschaftsgartens durch starkes Verschneiden von Kastanienbäumen und Sträuchern seitens des Beklagten. Entschädigung für den Betrag, um den der Verkaufswert gemindert ist.

d) SchlHolstAnz. **09** 322 (Kiel). Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatze des den Nachbarn dadurch entstandenen Schadens, daß er auf seinem Grundstücke Vorkehrungen trifft, durch welche der moorige Grund und Boden nach dem Nachbargrundstücke gedrängt wird.

e) **RG.**R. **09** Ziff. 3065. Wer sein unter Vermieterpfandrecht stehendes Inventar einem Dritten übereignet, gleichwohl aber später hinter dem Rücken des Dritten den Vermieter in Unkenntnis der Übereignung trotz anderweitiger Sicherung zum Pfandverkaufe für absichtlich stehengelassene Mietrückstände bewegt, haftet dem Dritten auf Schadensersatz wegen Verletzung des Eigentums.

6. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 4, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 7 b).

RG. LeipzZ. **09** 312. § 823 Abs. 1 schützt nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht das Vermögen als solches.

RG. JW. **09** 684. § 823 Abs. 1 schützt nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht das Vermögen schlechthin; vgl. **RG.** ebd. 717. Ebenso SchlHolstAnz. **09** 107 (Kiel).

7. Sonstiges Recht (JDR. **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 8).

a) Eccius, GruchotsBeitr. **53** 8 ff. (s. a. u. §§ 861 ff. Ziff. 1 a). Der Besitz ist keine Rechtsposition, deren schuldhafte Verletzung nach § 823 Abs. 1 BGB. schadensersatzpflichtig macht. Die eigenmächtige Besitzentsetzung und Besitzstörung begründen als einzige Folge den ohne Rücksicht auf Schuld entstehenden Entschädigungsanspruch der Besitzklage der §§ 861, 862 und keinen sonstigen Entschädigungsanspruch für Besitzesverletzung.

b) *Degen, GewRschutz **09** 145 = Markenschutz u. Wettbew. **09** 176, 235, 263. Nicht nur der „eingerichtete Gewerbebetrieb", sondern, wie Lobe (Unl. Wettbew. I 196) mit Recht ausführt, jede frei gewerbliche Erwerbstätigkeit wird durch §§ 823 Abs. 1, 1004 gegen widerrechtliche Störung geschützt.

c) *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 230. Zu den Rechten, deren Verletzung zum Schadensersatz verpflichtet, gehört auch das Erfinderrecht, d. i. das unmittelbar aus der Hervorbringung der Erfindung für den Erfinder entspringende Recht.

d) α. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1007, JW. **09** 493, LeipzZ. **09** 855. Der erste Absatz des § 823 trifft nur Vermögensbeschädigungen, die eine Folge der darin bezeichneten Rechtsgüter und Rechte sind. Und unter den „sonstigen Rechten" dort sind nur wirkliche subjektive Rechte, nicht aber sog. Persönlichkeits- oder Individualrechte, insbesondere auch nicht die Befugnis ungehinderter Verwertung der Arbeitskraft und Erwerbsmöglichkeit verstanden. Als ein subjektives Recht ist freilich in einer Reihe von Urteilen des RG. ein bereits eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb wenigstens insoweit anerkannt, als er durch positive Gesetzesvorschrift, namentlich das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unl. Wettbew., besonders geschützt ist. Allein als widerrechtliche Verletzungen eines solchen Gewerbebetriebs sind dann immer nur Störungen und Ereignisse angesehen, die sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb, also gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebs richten. Eingriffe in die materiellen, insbesondere körperlichen Grundlagen eines eingerichteten Gewerbebetriebs dagegen können nur dann als unerlaubte Handlungen gemäß § 823 Abs. 1 in Betracht kommen, wenn durch sie ein an diesen materiellen Grundlagen selbst bestehendes subjektives Recht widerrechtlich verletzt ist. Mit der Verunreinigung des Brunnens oder des Grundwassers im Grundstücke der Klägerin ist nur in eine materielle Grundlage ihres Gewerbebetriebs eingegriffen, und wenn hierdurch kein ihr an dieser Grundlage (Brunnen, Wasser) zustehendes subjektives Recht verletzt ist, so kann darin die widerrechtliche Verletzung eines subjektiven Rechtes nicht um deswillen gefunden werden, weil damit mittelbar ihr Gewerbebetrieb beeinträchtigt ist.

β. RheinA. **106** I 112 (Düsseldorf). Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb gehört zu den geschützten Rechtsgütern.

γ. SeuffA. **64** 61—66 (Hamburg) s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 b ε.

δ. RheinA. **106** I 29 (Düsseldorf) s. u. § 826 Ziff. 13 k.

e) Schutz des obligatorisch Berechtigten (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 c, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4 f, **3** Ziff. 7 f, **2** Ziff. 6 f, **1** Ziff. 8 c).

α. *Dümchen, JheringsJ. **54** 383 ff., 445 f. § 823 Abs. 1 ist auf Forderungsrechte nur insoweit anwendbar, als eine begriffliche Verletzung des Rechtes an der Schuld in Frage kommt. Dies ist nur dann der Fall, wenn ein Dritter auf Grund

einer rechtlichen Verfügungsmacht auf das rechtliche Leistensollen eingewirkt hat, z. B. in den Fällen der §§ 370, 409, 793 ꝛc. Dagegen liegt dann, wenn ein Dritter dem Schuldner die Leistung mit befreiender Wirkung unmöglich gemacht hat, nicht eine Rechtsverletzung, sondern nur eine Vermögensbeschädigung vor, die höchstens unter den Voraussetzungen des § 826 zum Ersatze verpflichtet. § 823 Abs. 1 gilt für die Grundpfandrechte und die Reallasten, wenn hier ein Dritter, etwa auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs über die Pfandschuld verfügt.

β. *Adler, GoldschmidtsZ. **64**. Unter den anderen Rechten des § 823 BGB. sind auch die Forderungsrechte zu verstehen. Anders die herrschende Meinung u. **RG. 57** 253 ff. u. **59** 237, 327 u. 357.

γ. *Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten 102—103. Die Verletzung einer geschuldeten Sache durch einen Dritten enthält keine durch § 823 Abs. I getroffene Verletzung eines Forderungsrechts, wie sich aus § 851 BGB. ergibt.

δ. SchlHolstAnz. **09** 107 (Kiel). Zu den „sonstigen Rechten" gehören nicht die obligatorischen Rechte. — PosMschr. **09** 164 (Königsberg). Verletzung obligatorischer Rechte fällt nicht unter § 823 Abs. 1.

f) Schutz der Ehre. JDR. **7** § 823 Ziff. 6 f. **RG.** R. **09** Ziff. 1129, UnlW. **8** 292. Die Ehre gehört nicht zu den nach § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgütern oder Rechten; privatrechtlich findet sie ihren Schutz nur in den Grenzen der Bestimmungen der §§ 823 Abs. 1, 824 u. 826.

g) Einzelne Fälle der Verletzung von Rechten.

α. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1009, JW. **09** 416. Wer den §§ 1134, 1135 BGB. zuwider in Kenntnis oder auch nur in sicherer Vermutung gefährdeter Hypotheken, durch erhebliche eigene Ankäufe von Gutsfrüchten und Zubehör und Ratserteilung an andere Dritte zur gänzlichen Entblößung der verpfändeten Grundstücke von Früchten und Einrichtungsgegenständen mit und neben den Eigentümern mitwirkt, der macht vorsätzlich — zum allermindesten in Eventualdolus — die verwüstende Tätigkeit der Pfandschuldner zu seiner eigenen, er verletzt im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit diesen die erwähnten Schutzgesetze und er schädigt dadurch die nicht mehr gedeckten Hypothekenrechte. Er haftet gesamtschuldnerisch für den ganzen Schaden. Darauf, daß er sich etwa nur Früchte und Zubehörstücke in einem hinter dem Gesamtschaden zurückbleibenden Werte angeeignet hat, kommt nichts an (**RG. 42** 170, **44** 186, JW. **07** 332).

β. SächsOLG. **30** 352 (Dresden). Anspruch des Hypothekengläubigers auf Schadensersatz gegen den Lieferanten, der die in einen auf dem belasteten Grundstück errichteten Neubau eingefügten Öfen auf Grund Eigentumsvorbehalts wieder an sich genommen hat.

γ. R. **09** Ziff. 2254 (Naumburg). Der Bauhandwerker, der vor der Beschlagnahme, aber in Kenntnis der Hypothek Badeeinrichtungen und Spülklosetts, die er in ein Badehotel geliefert hatte, herausnimmt, ist dem Hypothekengläubiger zum Schadensersatze verpflichtet.

δ. R. **09** Ziff. 2655 (Hamburg). Hat der Verkäufer eines Handelsgeschäfts sich nicht nur an dem Inventar, sondern auch an dem „Geschäft" als solchem bis zur vollen Abzahlung des Preises das Eigentum vorbehalten, so macht sich der Käufer durch Weiterveräußerung des Geschäfts schadensersatzpflichtig. Denn auch das Recht an einem Handelsgeschäft als solchem ist unbedenklich als ein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. und der Verkauf desselben als vorsätzliche und rechtswidrige Verletzung dieses Rechtes anzusehen. Übrigens ist die Beklagte auch nach § 816 BGB. zur Herausgabe des durch den unberechtigten Verkauf erzielten Erlöses verpflichtet.

ε. **RG.** R. **09** II Ziff. 2800. Darin, daß durch einen unberechtigten Antrag auf Konkurseröffnung der Geschäftsbetrieb des Schuldners gestört wurde, ist kein Eingriff in ein „sonstiges Recht“ des Schuldners im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. zu finden.

8. Einzelne Fälle (JDR. **7** § 823 Ziff. 7, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 9).

a) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 a, **6** Ziff. 5 c, **4** Ziff. 9 c, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 c, **1** Ziff. 9 d).

α. **RG.** EisenbE. **25** 306, HessRspr. **9** 154 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 a α.

β. **RG.** R. **09** Ziff. 3768. Hat die Aufsichtsbehörde bei einer Nebenbahn die Anbringung von Wegeschranken an einem Eisenbahnübergange nicht für notwendig erachtet, so ist in der Regel ein Verschulden des Eisenbahnunternehmers nicht darin zu finden, daß er die Anbringung solcher Schranken unterlassen hat.

γ. **RG.** PrVerwBl. **30** 647, JW. **09** 161. Die Gemeinde haftet für den durch den schlechten Zustand einer Straße entstandenen Schaden, obwohl die Straße zur Zeit des Unfalls noch nicht fertig ausgebaut war, sofern sie nur tatsächlich die Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben hat (**RG. 48** 297). Eines der wesentlichsten Merkmale, aus denen die Herstellung der Öffentlichkeit der Straße zu entnehmen ist, ist der Zusammenhang ihrer Anbauten (JW. **96** 89). Wenn die unmittelbar an das Straßennetz der Stadt anstoßende Straße bereits mit 36 Wohnhäusern bestanden war, und diese Häuser auch bezogen waren, so war die Straße damit unter Zustimmung der Stadtgemeinde, die die Erlaubnis zur Errichtung und Bewohnung der Häuser erteilt hatte, in den allgemeinen und öffentlichen Verkehr eingetreten. Damit war auch die Verpflichtung erwachsen, für die Gefahrlosigkeit des Verkehrs in der Straße Sorge zu tragen.

δ. **RG.** R. **09** Ziff. 3071. Wenn auf einer schmalen städtischen Straße an einer Stelle, wo gerade ein Fuhrwerk an einem Straßenbahnwagen vorbeifährt, ein Kraftwagenleiter versucht, durch die zwischen dem Fuhrwerk und dem Straßenbahnwagen bleibende Lücke mit dem Kraftwagen hindurchzueilen, so muß er für den durch das Scheuen der Pferde entstehenden Schaden einstehen, auch wenn die Lücke an sich genügend Raum zum Durchfahren ließ.

ε. **RG.** R. **09** Ziff. 2651. Wenn eine öffentliche gepflasterte Straße sich zeitweilig in einem für das Befahren mit schwer belandenem Fuhrwerk unbrauchbaren Zustand befindet, so hat der für die Sicherheit des Verkehrs auf der Straße Verantwortliche dafür Sorge zu tragen, daß während dieser Zeit das Einfahren von solchem Fuhrwerk in die Straße gehindert wird.

ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 2393. Umfangreiche Aufgrabungen in den Straßen einer großen Stadt mit starkem Verkehr erfordern zu dessen Sicherung weitgehende und streng durchgeführte Vorsichtsmaßregeln. Das, was an den einzelnen Stellen zu geschehen hat und wie es ins Werk zu setzen ist, darf nicht dem Ermessen von Vorarbeitern oder Rohrmeistern überlassen werden.

η. **RG.** R. **09** Ziff. 3769. Wenn an einer gefährlichen Straßenstelle schon wiederholt Unfälle vorgekommen sind, so kann bei einem weiteren Unfalle, der sich an derselben Stelle ereignet, bis zum Beweise des Gegenteils ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der gefährlichen Straßenanlage und dem Unfall angenommen werden.

ϑ. **RG.** EisenbE. **25** 303 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 a ε.

ι. **RG.** PrVerwBl. **30** 342 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 a ϑ.

κ. **RG.** R. **09** Ziff. 1301, 1302. Wer eine dem öffentlichen Verkehre dienende Straße benutzt, darf davon ausgehen, daß sie hindernisfrei ist, soweit er nicht durch irgendwelche Zeichen auf Verkehrshindernisse hingewiesen wird. Daraus, daß an der Seite der Straße in erkennbarer Weise Pflastersteine aufgestapelt sind, ist nicht zu entnehmen, daß auch in der Mitte der Straße sich den Verkehr hindernde Bau-

materialien befinden. Eine Gemeinde, die Arbeiten auf der Straße ausführen läßt, hat für die Sicherheit des Verkehrs auf der Straße zu sorgen.

λ. **RG.** PrVerwBl. **31** 115. Übergang der Straßenreinigungspflicht einer Gemeinde kraft örtlichen Gewohnheitsrechts auf die Anlieger, insbes. den Fiskus als Eigentümer des an die Straße grenzenden Bahnkörpers.

μ. **RG.** JW. **09** 461. Haftung einer Stadtgemeinde bei Aufstellung von Kanonen auf einem Platze. Die Stadtgemeinde hat nur dafür zu sorgen, daß nicht durch eine mangelhafte Beschaffenheit des Geschützes oder durch einen Mangel der Aufstellung für Vorübergehende Gefahren entstehen.

ν. **RG.** PrVerwBl. **30** 393, SeuffBl. **09** 384, R. **09** Ziff. 261. Wenn der Fiskus auf einem an die Staatsstraße anstoßenden, zwar im Eigentum eines Anliegers stehenden, aber tatsächlich zur Straßenfläche gezogenen Platze innerhalb einer verkehrsreichen Ortschaft Steine lagern läßt und hieraus durch Steine, die von dem Steinhaufen über die Straße verstreut werden, für den Verkehr Hindernisse entstehen, so hat der Fiskus dafür zu sorgen, daß daraus für den Straßenverkehr keine Gefahr entsteht.

ξ. Fuhrmann, PrVerwBl. **30** 421, über die Verpflichtung zu polizeimäßiger Straßenreinigung.

ο. **RG.** EisenbE. **26** 43. Schadensersatzpflicht bei Anprall eines Radfahrers an einen nachts unbeleuchtet und unbewacht auf der Straße stehenden Wagen. Ein solcher kann ein gefährliches Verkehrshindernis bilden. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung des Schädigers und der Verletzung wird durch ein mitwirkendes grobes Verschulden des Beschädigten nicht ausgeschlossen.

π. FischersZ. **35** 245—250 über die Entschädigung des Straßenanliegers s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 a π (342).

ρ. SchlHolstAnz. **09** 267 (Kiel). In dem Aufstellen eines unbespannten Wagens mit Milchkannen an einem sogen. toten Punkte der Straße ist ein schuldhaftes Verhalten des Wagenbesitzers im Sinne des § 823 BGB. nicht zu finden.

σ. SchlHolstAnz. **09** 260 (Kiel). Haftung einer Gemeinde für die ordnungsmäßige Beschaffenheit einer im Zuge einer Dorfstraße befindlichen Brücke und für den ordnungsmäßigen Zustand des Geländers.

b) Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Gastwirte (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 b, **6** Ziff. 5 d, **5** Ziff. 7 e, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. 7 c γ, **1** Ziff. 9 ε).

α. BadRpr. **09** 90 (Karlsruhe). Verpflichtung zur Sorge für Sicherheit des Verkehrs seitens desjenigen, der sein Haus dem allgemeinen Verkehr öffnet.

β. **RG.** JW. **09** 493. Haftung des Mieters neben derjenigen des Eigentümers für die Verkehrssicherheit der Räume. Ist es auch regelmäßig Sache des Eigentümers, für die Beseitigung des Mangels zu sorgen, so kann doch, wenn eine Abhilfe durch den Eigentümer nicht so bald zu erwarten ist oder der Eigentümer in der Abhilfe sich lässig zeigt, auch derjenige aus § 823 haftbar werden, der, obschon er ohne große Mühe und Aufwendungen in der Lage ist, die zur Abwendung der Gefahr gebotenen vorläufigen Vorkehrungen zu treffen, den gefahrdrohenden Zustand ruhig weiter bestehen läßt und die Gefahr durch die Art der Benutzung der Sache sogar noch steigert.

γ. SeuffBl. **09** 746 (München). Sind Wirt und Hausbesitzer verschiedene Personen, so wird es mitunter zweifelhaft sein, ob nicht ausschließlich der Wirt den Wirtschaftsverkehr eröffnete und daher allein ohne Beiziehung des Hausbesitzers die Sicherungsmaßregeln zu treffen hat, welche über die Verpflichtungen des Hausbesitzers hinausgehen. Insbesondere wird die Frage dann in diesem Sinne zu entscheiden sein, wenn die an den Wirt vermieteten Räume für eine Wirtschaft nur geeignet, nicht auch bestimmt sind und der Wirt die Räume mietet, um darin die Wirt-

schaft zu eröffnen. Anders dann, wenn die Räume nicht nur für eine Wirtschaft im allgemeinen bestimmt sind, sondern für eine Wirtschaft, welche das vom Hausbesitzer gebraute Bier zum Ausschanke bringen soll und wenn nur zu diesem Zwecke die Räume abgegeben wurden. In einem solchen Falle wird der Wirtsverkehr vom Hausbesitzer ebenso eröffnet wie vom Wirte; der Wirtsverkehr dient auch seinem Nutzen, er muß auf die Sicherung dieses Verkehrs bedacht sein; er hat vor seinem Anwesen einen Verkehr eröffnet, der nach seinem Sinne über die Zeit des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs sich ausdehnen soll und ausdehnt.

δ. **RG.** RheinA. **106** II 286. Der Hauseigentümer haftet für den ordnungsmäßigen Zustand des seinem Privatinteresse dienenden Kratzeisens auf dem Bürgersteige trotz der ortsstatutarischen Pflicht der Stadt (Elberfeld), den Bürgersteig zu unterhalten.

ε. HansGZ. **09** Beibl. 168 (Hamburg). Keine Haftung des Hauseigentümers für Beschädigung eines Dritten durch Sturz in einem Hofraume, von welchem der Eigentümer annehmen mußte, daß sein Mieter ihn verschlossen halten werde.

ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 3770. Ein Hauseigentümer, der im Vorderhause bauliche Veränderungen vornehmen läßt, hat dafür zu sorgen, daß der für den Verkehr der Mieter des Hinterhauses mit der Straße bestimmte Gang in verkehrssicherem Zustande bleibt. Von dieser Verpflichtung kann er sich nicht dadurch befreien, daß er seinerseits dem Bauunternehmer die Pflicht auferlegt, bei seiner Arbeit die Verletzung der Mieter zu vermeiden.

η. **RG.** R. **09** Ziff. 2400. Liegt der Zugang zu einem Hause im Hofe, so ist dieser bei Dunkelheit zu beleuchten, und vereiste Stellen sind eventuell mehrmals des Tages zu bestreuen.

ϑ. Unfälle auf der Treppe.

αα. **RG.** R. **09** Ziff. 464. Ein Hauseigentümer, der neben der Kellertüre, hinter der unmittelbar die Kellertreppe ansetzt, eine in der äußeren Erscheinung der Kellertür ähnliche Windfangtür in dem dem Verkehr aus dem Hinterhause zur Straße dienenden Hausflur anbringen läßt, ohne Vorsichtsmaßregeln gegen eine Verwechselung der beiden Türen zu treffen, handelt fahrlässig.

ββ. **RG.** R. **09** Ziff. 827. Derjenige, der eine für den Verkehr gefährliche Anlage herstellt oder bestehen läßt, kann sich zu seiner Entschuldigung darauf allein nicht berufen, daß diese lange Zeit hindurch keinen Unfall hervorgerufen habe. Kein Verschulden eines Wirtes, wenn ein Gast über eine etwa 2 cm über den Boden hervorragende steinerne Einfassung der flach liegenden Kellertür stolpert.

γγ. **RG.** R. **09** Ziff. 3062. Im Halbdunkel liegende Stufen verkehrsreicher Räume sind nötigenfalls den ganzen Tag über zu beleuchten; die Unterlassung bildet in der Regel die überwiegende Ursache eines Sturzes.

δδ. **RG.** R. **09** Ziff. 3070. Ein Dorfgastwirt haftet nicht, wenn ein Gast auf der nicht beleuchteten, geländerlosen vierstufigen Haustreppe im Januar abends gegen neun Uhr infolge Glatteises ausgleitet, nachdem am Nachmittag und Abend Tauwetter herrschte.

εε. **RG.** R. **09** Ziff. 2396. Der Gastwirt haftet nur für ein Viertel des Schadens, wenn ein Gast beim Aufsuchen des Aborts die danebenliegende, durch Aufschriften nicht besonders in die Augen fallende Tür zur Kellertreppe öffnet und in den Keller stürzt.

ζζ. **RG.** R. **09** Ziff. 1776. Haftung der verfassungsmäßigen Vertreter eines Stiftshauses für die Beschaffenheit der Treppen.

ηη. **RG.** HansGZ. **09** Beibl. 124. Aufhebung der IDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 dε (308) mitgeteilten Entscheidung des OLG. Hamburg.

ι. Kellerluke. OLG. **18** 103 (Düsseldorf). Haftung eines Gastwirts für das Verschlossenhalten einer Kellerluke. S. auch u. § 847 Ziff. 4 b.

ϰ. OLG. **18** 74 (Breslau), vgl. u. Ziff. 8 c γ. Haftung der Eheleute für Unfälle in einem von der Frau eingebrachten Hause. Beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung haftet die Frau aus § 823, wenn ihr die Verwaltung des Hauses überlassen ist, der Mann aus § 831; der Mann haftet aber auch aus § 823, wenn er es an der erforderlichen Beaufsichtigung seiner Ehefrau fehlen läßt.

λ. Warenhaus.

αα. **RG.** R. **09** Ziff. 1775. Tritt in einem Warenhaus ein die Sicherheit des kaufenden Publikums gefährdender Zustand augenfällig hervor, so ist ein Verschulden des Warenhausbesitzers darin zu finden, daß er nicht geeignete Maßregeln zur Beseitigung des gefährlichen Zustandes getroffen hat.

ββ. OLG. **18** 62 (Breslau). Haftung für einen gefahrlosen Zugang zum Geschäftslokale (Warenhaus). Vgl. FDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 b ζ (344). Das OLG. nimmt Vertragshaftung an: Die ganze Einrichtung des Geschäfts mit seiner so glänzenden Außenseite und dem prächtigen Firmenschild ist eine redende Einladung zum Eintritte, nicht bloß eine Aufforderung zur Abgabe von Offerten. Wer das Lokal betritt, um jener Einladung zu folgen, tritt in ein Vertragsverhältnis zu dem Inhaber des Geschäftslokals. Vgl. hierzu Josef, BayRpflZ. **09** 333.

μ. DJZ. **09** 1503 (Karlsruhe). Kontraktliche Haftung des Gastwirts für ungefährdete Beschaffenheit der Zugänge zum Innern der Gastwirtschaft. Der Kellnerlehrling ist Erfüllungsgehilfe. Nur soweit nicht vermögensrechtlicher Schadensersatz begehrt wird, darf sich daher der Wirt nach § 831 entlasten.

ν. **RG.** JW. **09** 723. Die Haftung des Gastwirts für den Schaden, den seine Gäste infolge des mangelhaften Zustandes seines Aborts erleiden, regelt sich nach § 278, nicht nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (**RG.** GruchotsBeitr. **49** 617). **RG.** **58** 333 bezieht sich auf die äußeren, jedermann geöffneten Zugänge zu einer Gastwirtschaft.

ξ. **RG.** R. **09** Ziff. 3771. Der Wirt haftet für den Schaden, den ein Gast durch den mangelhaften Zustand des Zuganges zum Abort erleidet, nicht nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, sondern auch aus Vertrag.

ο. **RG.** JW. **09** 106. Der Gastwirt, der eine Bahnhofswirtschaft vom Eisenbahnfiskus pachtet, übernimmt damit die Sorge für eine solche Handhabung des Wirtschaftsbetriebs, welche eine Gefährdung anderer ausschließt. Haftung für eine Kelleröffnung.

π. R. **09** Ziff. 52 (Stuttgart). Die Erben eines in einem Hotel durch Gasausströmung Getöteten können den Anspruch auf Ersatz der Beerdigungskosten nur auf unerlaubte Handlung, nicht auf Vertragsverletzung stützen.

ρ. **RG.** R. **09** Ziff. 2654. Wenn ein Gastwirt, ohne für Aufsicht zu sorgen, in der Gaststube einen Schießstand eingerichtet hat, so ist seine Fahrlässigkeit auch für den Schaden kausal, den ein Gast dadurch erleidet, daß ein anderer aus Leichtsinn eine geladene Büchse auf ihn anlegt und abdrückt.

σ. Unfälle beim Kegeln in einer Gastwirtschaft.

αα. **RG.** JW. **09** 357. Unfall beim Kegeln auf einer Kegelbahn. Keine Haftung des Besitzers der Kegelbahn. Wenn auch unter Umständen ein Vorraum einer Kegelbahn dem Publikum wie eine andere Wirtsstube zugänglich sein mag, so trifft dies doch auf diejenigen Teile, die zur Ausübung des Kegelsports selbst, des Kugelwurfs, bestimmt sind, insbes. auf die zum Anlaufe bestimmte Stelle der Längsbahn neben dem Kugelkasten nicht zu.

ββ. R. **09** Ziff. 983 (Hamburg). Keine Haftung des Gastwirts, wenn ein Gast beim Kegelschieben sich auf der Kegelbahn einen Splitter unter den Finger gerannt hat.

γγ. BadRpr. **09** 53 (Karlsruhe). Unfall auf einer Kegelbahn.

τ. **RG.** BayRpflZ. **09** 276. Keine Haftung des Gastwirts für den Schaden, den die zur Hilfeleistung aufgeforderten Gäste durch Verletzungen erlitten haben.

υ. **RG.** R. **09** Ziff. 1990. Haftung eines Pferdestallbesitzers für Verkehrssicherheit, insbesondere für Beleuchtung in seinem Stalle, wenn er den Verkehr von Kauf- und Verkaufslustigen, die mit den örtlichen Verhältnissen nicht bekannt sind, gestattet.

φ. **RG.** SächsRpflA. **09** 279. Die Beklagte hat den Verkehr zur Haltestelle einer Straßenbahn eröffnet und hat daher die Verpflichtung, jedenfalls für die Sicherheit des Verkehrs derjenigen, die die Straßenbahn benutzen wollen, in der unmittelbaren Umgebung der Haltestelle zu sorgen.

χ. OLG. **18** 69 (Colmar). Wer Einquartierung erhält, hat dafür zu sorgen, daß unzulänglichen Verkehrseinrichtungen ihre Gefährlichkeit benommen wird. Daß die Einquartierung auf Anordnung der Verwaltungsbehörde erfolgte, hindert die Ersatzpflicht nicht.

ψ. **RG.** R. **09** Ziff. 2251. Der Bauunternehmer und der Architiekt haften nicht für den Unafll eines sechsjährigen Kindes, den dieses in ihrem genügend abgesperrten Neubau beim Spielen durch Sturz in einen Keller erleidet.

ω. **RG.** BayRpflZ. **09** 394, R. **09** Ziff. 2395. Der Inhaber einer Dienstwohnung, der anderen einen bestimmten Zugang dazu gestattet, haftet für den Unfall, den ein Besucher infolge des schadhaften Pflasters erleidet, auch wenn nicht er, sondern die Gemeinde zur Ausbesserung verpflichtet war.

αα. **RG.** WarnE. **09** 241. Über die Haftung einer Kirchengemeinde für Verletzung eines Kirchgängers, der über einen im Boden eingesetzt gewesenen, aber losgelösten schweren eisernen Abstreicher stolpert.

c) Beleuchtungspflicht (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 c).

α. **RG.** BadRpr. **09** 72, PrVerwBl. **30** 610, R. **09** Ziff. 673. Der Eigentümer eines unbewohnten Hauses, das zum Abbruche bestimmt ist, ist zur Beleuchtung der Treppen, Flure usw. nicht verpflichtet, auch dann nicht, wenn der Eigentümer zwecks Besichtigung der Räume auf Abbruchsmaterial einen ganz vorübergehenden und auf Abbruchsunternehmen beschränkten Verkehr eröffnet. Der Kauflustige hat sich selbst vorzusehen.

β. SeuffA. **64** 346, R. **09** Ziff. 2941 (Dresden). Wer ein Miethaus ererbt hat, muß sich um die Treppenbeleuchtungsvorschriften selbst bekümmern, darf sich nicht darauf verlassen, daß der Hausverwalter des Erblassers von diesem genügend unterwiesen sei und alles Erforderliche besorgen werde.

γ. **RG.** JW. **09** 415, s. o. Ziff. 8 b κ. Der Ehemann der Hauseigentümerin, die ein Haus eingebracht hat, hat nach § 1363 die Verwaltung des zum Eingebrachten gehörenden Hauses. Unterläßt der Ehemann die Beleuchtungspflicht, so ist er verantwortlich, sofern er sich nicht entlasten und dartun kann, daß er mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausreichende Anordnungen für die gehörige Beleuchtung getroffen habe. Die Beleuchtungspflicht gehört nicht zum häuslichen Wirkungskreise der Frau.

δ. R. **09** Ziff. 2949 (Dresden). Die Pflicht zur Beleuchtung eines Hauses liegt nicht den minderjährigen Eigentümern, sondern ihren gesetzlichen Vertretern ob.

ε. R. **09** Ziff. 2942 (Dresden). Ein Hausverwalter, dem die Sorge für die Beleuchtung vom Eigentümer entzogen ist, haftet nicht als Stellvertreter des Eigentümers für die unterlassene Beleuchtung, die nach Ortsgesetz auch dem Stellvertreler obliegt.

ζ. RheinZ. **1** 352 (Colmar). Überläßt eine Stadt bei Straßenarbeiten die dem veränderten Zustande der Straße entsprechende Beleuchtung den mit den Arbeiten befaßten Unternehmern, so muß sie, um ihrer Beleuchtungspflicht als Eigentümerin

der Straße zu genügen, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei der Anordnung und Kontrolle der Unternehmerbeleuchtung walten lassen.

η. **RG.** R. **09** Ziff. 2250. Ein Bahnübergang an einer Landstraße in der Nähe einer größeren Stadt, auf der ein reger Verkehr auch in den Abendstunden herrscht, ist bei Dunkelheit so zu beleuchten, daß auch bei Durchfahrt unbeleuchteter Züge die Eisenbahnschranke für den Passanten sichtbar ist.

ϑ. **RG.** R. **09** Ziff. 1991. Wenn das Bestehen eines gefahrbringenden Zustandes (mangelhafte Beleuchtung einer Eisenbahnhaltestelle) dargetan ist, liegt es dem beklagten Eisenbahnfiskus ob, sich zu entlasten und zu beweisen, daß von seinen verfassungsmäßig berufenen Vertretern ausreichende Anordnungen getroffen, auch die zu deren Ausführung bestellten Personen ausgewählt sind.

d) Streupflicht (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 d, **6** Ziff. 5 e, **5** Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 e, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f).

α. **RG.** JW. **09** 135. Die Streupflicht bei Glätte besteht nicht bloß so lange, als dadurch ein jederzeit vollständiger Schutz gegen die Gefahr der Eisglätte geschaffen wurde. Schutzgesetze zielen vielfach nicht auf die gänzliche Beseitigung jeder Gefahr ab, weil das nicht zu erreichen ist, aber auf eine Erhöhung der Sicherheit. Auf diese hatten die Personen, die die Straße passierten, Anspruch. Der Kläger würde diese erhöhte Sicherheit gehabt haben, wenn die Stadtgemeinde das Polizeigebot befolgt hätte. Denn wäre von ihr gehörig gestreut, so wäre der Verkehr über die bestreute Stelle immerhin eine Zeitlang gesichert gewesen. Es war eingewandt, daß selbst wenn gehörig gestreut gewesen wäre, durch Spielen von Kindern (Schliddern und Schlittenfahren) die Glätte wieder hergestellt sein würde.

β. R. **09** Ziff. 2801 (Hamburg). Eine fahrlässige Verletzung der dem Grundeigentümer obliegenden Pflicht, bei Winterglätte den dem öffentlichen Verkehre dienenden Zugang zu seinem Grundstücke mit Sand, Asche oder dgl. zu bestreuen, liegt nicht vor, wenn der Grundeigentümer eine zuverlässige Frau mit der Reinigung des Zuganges beauftragt hat.

γ. HansGZ. **09** Beibl. 236 (Hamburg). Der Hauseigentümer ist nicht verpflichtet, bei Schnee und erst allmählich zum Gefrierpunkte sinkender Temperatur fortwährend zu prüfen, ob auf der Straße Winterglätte, die das Streuen notwendig macht, eingetreten sei. Der Hauseigentümer kann sich durch geeignete Personen vertreten lassen; eine regelmäßige Beaufsichtigung ist nicht erfordert.

δ. **RG.** BayRpflZ. **09** 298. Verpflichtung eines Wirtes bei Glätte für die Sicherheit der Zugänge zu den Räumen seiner Wirtschaft zu sorgen. Ob die Glätte durch Glatteis oder aus anderen Ursachen entstanden ist, ist gleichgültig.

ε. **RG.** R. **09** Ziff. 2943. Es ist eine Überspannung der Straßenstreupflicht, wenn bei einem nach Eintritt der Nachtzeit plötzlich auftretenden Glatteis Aufstreuen gefordert wird; schlüpfriger Schmutz steht dem Glatteise nicht gleich.

ζ. Observanz.

αα. **RG.** R. **09** Ziff. 466. Ein Hausbesitzer, der nach Ortsrecht verpflichtet ist, bei Glatteis die Straße vor seinem Hause mit abstumpfendem Materiale zu bestreuen, handelt fahrlässig, wenn er, obwohl er wahrgenommen hat, daß die Voraussetzungen für die Bildung von Glatteis vorhanden sind, sich weiter nicht um das Bestreuen kümmert.

ββ. PrVerwBl. **30** 220 (PrOVG.). Bestehen einer Observanz, nach welcher die Grundbesitzer verpflichtet sind, die vor ihren Grundstücken liegenden Straßen bis zur Mitte des Straßendamms polizeimäßig zu reinigen. Eine derartige Observanz ergreift nach allgemeiner Rechtsregel alle Straßen ihres kommunalen Geltungsbereichs, bei denen das Bedürfnis der polizeimäßigen Reinigung hervortritt.

γγ. PosMSchr. **09** 23 (Königsberg). Streupflicht des Hauseigentümers (Observanz und Ortsstatut).

δδ. RheinA. **106** I 168 (Düsseldorf). Auch wenn nach Observanz die Anlieger bei Schneeglätte zu streuen verpflichtet sind, kann die Stadtgemeinde haftbar sein, wenn die Erfüllung der Streupflicht durch ihre Polizeiorgane ungenügend beaufsichtigt wird.

η. Streupflicht der Stadt- und Dorfgemeinden.

αα. PosMSchr. **08** 163 (Königsberg). Umfang der Verpflichtung einer Stadtgemeinde, Glätte auf städtischen Straßen zu beseitigen. Es kann nicht verlangt werden, daß jede Glätte und jeder Unrat, der ein Pferd zum Ausgleiten bringen könnte, sofort beseitigt wird.

RG. PrVerwBl. **30** 277. Haftbarkeit einer Stadtgemeinde aus einem Unfalle, der auf einem Marktplatze durch Glatteis verursacht worden ist.

ββ. OLG. **18** 72 (Rostock). In Dörfern, wo auch auf den Straßen nicht besonders gestreut wird, kann auch auf Privatgrundstücken keine größere Sicherheit als auf dem Straßenterrain erwartet werden.

γγ. **RG.** WarnE. **09** 240. Haftung einer Stadtgemeinde, die den Verkehr auf einer Straße eröffnet, bei Glatteis, auch wenn der Bürgersteig im Privateigentume steht.

δδ. OLG. **18** 72 (Celle). In einem Dorfe besteht keine Pflicht, bei Schneefall den Zugang zu einem Hause, insbes. eine in das Haus führende Treppe dauernd von Schnee freizuhalten.

ϑ. RheinA. **106** I 34 (Düsseldorf). Befreiung des Streupflichtigen durch den aus § 831 geführten Entlastungsbeweis. Die Haftpflicht kann auch auf § 823 gestützt werden, wenn der zum Streuen Verpflichtete es an der erforderlichen Aufsicht über die angestellte Person fehlen läßt.

ι. **RG.** R. **09** Ziff. 984. Die Unmöglichkeit der Anstellung so zahlreicher Straßenarbeiter, daß jede Glatteisbildung sofort entfernt wird, begründet die Pflicht zu einer die Eisbildung von vornherein tunlichst hindernden Straßenanlage.

κ. **RG.** R. **09** Ziff. 3716. Hat der gefährliche Zustand, der durch die unzulässige Glätte des Ganges im Regierungsgebäude verursacht wurde, monatelang bestanden, und ist er das allgemeine Gespräch der dort beschäftigten Beamten, auch der höheren gewesen, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß auch derjenige im Regierungsgebäude tätige Beamte, der als verfassungsmäßig berufener Vertreter des beklagten Fiskus zu gelten hat, Kenntnis von dem Zustande gehabt hat oder ihn habe kennen müssen.

λ. **RG.** R. **09** 1677. Ist auf einer vereisten nicht mit abstumpfendem Materiale bestreuten Fahrbahn ein Wagen seitwärts ins Gleiten gekommen und, weil auch die Seitenstreifen der Straße nicht bestreut waren, weiter zur Seite geglitten und hierdurch ein Unfall geschehen, so kann die zum Bestreuen der Fahrbahn verpflichtete Gemeinde ihre Haftbarkeit nicht unter Berufung darauf ausräumen, daß der Unfall sich nicht ereignet hätte, wenn die Seitenstreifen der Straße bestreut gewesen wären, für die aber eine Streupflicht der Anlieger bestanden habe.

μ. **RG.** JW. **09** 218. Streupflicht der Kirchengemeinde. Sie ist auch dann zum Streuen verpflichtet, wenn das Glatteis erst eine Viertelstunde bis eine halbe Stunde vor Beginn des Gottesdienstes eingetreten ist. Ist der mit dem Streuen beauftragte Küster durch andere Dienstverrichtungen verhindert, so muß ihm für solche Fälle eine Hilfskraft gestellt werden.

ν. BadRpr. **09** 239 (Karlsruhe). Streupflicht bei Glatteis hinsichtlich einer badischen Kreisstraße liegt der betreffenden Gemarkungsgemeinde ob.

e) Posthaftpflicht (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 c, **5** Ziff. 7 h **4** Ziff. 9 g, **3** Ziff. 7 g).

SeuffBl. **09** 109 (München). Haftung des Postfiskus aus dem Postmotorwagenverkehre. Im konkreten Falle verneint.

HessRspr. **10** 133 (LG. Mainz). Haftung des Postfiskus für einen Fahrradunfall. Haftung verneint.

f) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f, **6** Ziff. 5 h, **5** Ziff. 7 i, **4** Ziff. 9 h).

α. SeuffA. **64** 188, EisenbE. **26** 18 (Kiel). Über den Umfang der Haftung des Staates für den verkehrssichereren Zustand einer dem öffentlichen Interesse dienenden Anlage.

β. Eisenbahnbetrieb.

αα. Weber faßt seine Ausführungen über die außervertragsmäßige Haftung des Eisenbahnfiskus dahin zusammen. Er haftet 1. nach BGB. wie jeder andere aus § 823 für eigenes Verschulden in allen Fällen, 2. nach den Sonderbestimmungen des Reichshaftpflichtgesetzes und nach Preuß. Landesgesetz von 1838 für alle Schäden „beim Betrieb" an Personen und Sachen, ohne Nachweis eines Verschuldens (Einrede des eigenen Verschuldens), 3. für seine berufenen Willensvertreter als für eigenes Verschulden nach §§ 31, 89, 831. Für Handlungen von Nichtvertretern nur bei Verschulden in der Auswahl und Überwachung.

ββ. **RG.** R. **09** Ziff. 48. Werden an einer Eisenbahnbrücke unter Aufrechterhaltung des Eisenbahnbetriebs Verstärkungsarbeiten ausgeführt, so handelt der Unternehmer fahrlässig, wenn er zur Leitung und Beaufsichtigung der Arbeiten lediglich einen Monteur ohne wissenschaftliche Vorbildung anstellt. Der Unternehmer wird auch nicht dadurch entlastet, daß diese Art der Leitung bei solchen Arbeiten allgemein üblich und daß die Bahnverwaltung damit einverstanden gewesen ist.

γγ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1035, JW. **09** 110, DJZ. **09** 489. Klage gegen eine staatlich genehmigte Eisenbahn auf Schadensersatz wegen unzulässiger Einwirkungen, ohne daß es eines Verschuldens bedarf. S. u. § 852.

δδ. Kreß, EisenbE. **26** 95. Haftpflicht der Eisenbahn für Sachschaden nach bayerischem Rechte.

γ. Landwirtschaftlicher Betrieb.

αα. Gößmann, SeuffBl. **09** 334, behandelt „die zivilrechtliche Haftung des Unternehmers eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs (und seiner „Betriebsbeamten") während der ersten 13 Wochen nach dem Betriebsunfall eines seiner Arbeiter". Eine zivilrechtliche Haftung für die ersten 13 Wochen kommt nach zweifacher Richtung in Betracht: gegenüber dem Verletzten und gegenüber der Berufsgenossenschaft oder anderen öffentlichen Kassen.

ββ. **RG.** R. **09** Ziff. 2249. Der Leiter eines landwirtschaftlichen Betriebs hat dafür Sorge zu tragen, daß durch die Art der Aufstellung oder Verwahrung des Ackergeräts die Verkehrssicherheit, insbesondere auf öffentlichen Wegen, nicht gefährdet wird, zumal wenn es sich dabei um Übertretung von Schutzgesetzen (§ 366 Nr. 9, 10 StGB.) handelt. Allerdings wird es älteren und erfahrenen Bauernknechten gegenüber der Erteilung besonderer Weisungen hierüber regelmäßig nicht bedürfen; anders aber, wenn ein besonderer Grund für die Befürchtung vorliegt, daß die Arbeiter mit dem Gerät unordentlich verfahren könnten.

δ. **RG.** R. **09** Ziff. 465. Bei Kanalisationsarbeiten in Städten ist eine besonders sorgsame Kontrolle über die Beleuchtung der Baustellen und der Straßenübergänge zu fordern.

ε. αα. **RG.** R. **09** Ziff. 3772. Eine Haftung der Krankenanstalt ist nicht nur dann gegeben, wenn sie gewußt hat, daß ein Angestellter unter Überschreitung seiner Befugnisse sich der Behandlung der Kranken (Röntgenbestrahlung) selbständig unterzog, sondern auch schon dann, wenn sie infolge Fahrlässigkeit von der Tätigkeit desselben keine Kenntnis hatte.

ββ. R. **09** Ziff. 3550 (Hamburg). Eine Rechtsvorschrift dahin, daß Krankenhausverwaltungen Dritte, welche im Krankenhause behandelte Kinder in Pflege nehmen

wollen, vor Krankheiten des Kindes, z. B. Syphilis zu warnen verpflichtet sind, besteht nicht. Hat eine Krankenschwester das Kind der Wahrheit zuwider dem Dritten als gesund bezeichnet, so haftet das Krankenhaus nicht, weil eine solche Äußerung nicht in Ausführung der Verrichtung (Krankenpflege) gemacht ist, zu der die Schwester bestellt ist.

ζ. SchlHolstAnz. **09** 5, SeuffA. **64** 188 (Kiel). Bruch des Tores einer Schleuse. Haftung des Staates. Vorliegend verneint.

η. RheinZ. **1** 352 (Colmar). Haftung der Stadtgemeinde wegen der Beleuchtung bei Straßenarbeiten s. o. Ziff. 8 c ζ.

ϑ. **RG.** R. **09** 3544. Ein Bauunternehmer, dem der Umbau eines Hauses, dessen Erdgeschoß während des Umbaues weiter bewohnt wird, übertragen ist, handelt fahrlässig, wenn er nicht geeignete Maßregeln dafür trifft, daß durch die Lagerung des Baumaterials in den Räumen über dem Erdgeschosse nicht Leben und Gesundheit der im Erdgeschosse verkehrenden Personen beschädigt werden. Auch hat er die Ausführung seiner Anordnungen zu überwachen.

ι. **RG.** R. **09** Ziff. 3348. Werden in einer Markthalle während des Marktverkehrs Arbeiten an der Beleuchtungsanlage vorgenommen, so handeln die mit der Überwachung des Markthallenbetriebs bestellten Organe fahrlässig, wenn sie nicht für geeignete Maßregeln zum Schutze der Marktbesucher, z. B. gegen Verletzung durch herabfallende Steine, sorgen.

κ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1024, JW. **09** 275. Haftung des Besitzers eines Theatersaals für die Sicherheit des Publikums s. u. § 836 Ziff. 4.

λ. Unfälle in Fabriken und Werkstätten.

αα. **RG.** EisenbE. **25** 257 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f μ αα (348).

ββ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 966, R. **09** Ziff. 463. Der Satz, daß derjenige, der Maschinen und andere Geräte unter seiner Verfügung hat, verpflichtet ist, durch geeignete Vorkehrungen zu verhüten, daß unkundige Personen, insbes. Kinder, die der Gefahr wegen mangelnder Einsicht nicht achten, in schädlicher Weise daran hantieren, gilt nur für gefährliche Gegenstände und nicht auch für solche, die nur bei ganz unvorsichtiger und unvernünftiger Handhabung Schaden verursachen können.

γγ. OLG. **18** 69 (Stuttgart). Haftung des Fabrikanten für eine bei dem Betrieb einer Maschine durch den Käufer einem Dritten zugefügte Körperverletzung. Unterlassung der Anbringung von Schutzvorrichtungen.

δδ. **RG.** R. **09** Ziff. 2652. Der Unternehmer eines gewerblichen Betriebs haftet auf Grund eigenen Verschuldens, wenn ein Arbeiter infolge eines jahrelang in der Fabrik geübten Mißbrauchs die Ballen, statt sie am Aufzuge herunterzulassen, aus dem Fenster auf die Straße wirft und dadurch einen Passanten verletzt.

εε. **RG.** R. **09** Ziff. 3068. Wenn auf einem Fabrikhof ein Verkehr von Menschen und zwar nicht nur der in der Fabrik beschäftigten Arbeiter, sondern auch der Insassen der mit der Fabrik in Verbindung stehenden Wohngebäude, darunter Kinder, stattfindet, so hat der Fabrikbesitzer dafür zu sorgen, daß dort nicht Gerätschaften in einer Weise aufgestellt werden, daß daraus eine Gefahr für die dort verkehrenden Menschen entsteht.

ζζ. **RG.** R. **09** Ziff. 3069. Ein Brauereibesitzer, der seine Bediensteten beauftragt, ein Faß mittels eines über den Schrittweg einer städtischen Straße zu legenden Schlauches abzufüllen, handelt fahrlässig, wenn er nicht für genügende Aufsicht zur Warnung des Publikums und bei eintretender Dunkelheit für eine warnende Beleuchtung sorgt.

ηη. **RG.** R. **09** Ziff. 3350. Ein Schmied ist nicht verpflichtet, mit der Arbeit in der Schmiede einhalten zu lassen, sobald ein Kunde die Schmiede betritt, und ebensowenig verpflichtet, den Kunden auf die mit dem Schmieden verbundene Gefahr des Abspritzens von Funken oder Eisensplittern besonders aufmerksam zu machen.

ϑϑ. **RG.** LeipzZ. **09** 675, R. **09** Ziff. 1878. Auch da, wo der Geschäftsherr bei Übertragung eines Werkes an einen Unternehmer eine zur Ausführung geeignete und zuverlässige Person gewählt hat, kann trotz § 831 wegen der schädigenden Wirkung des Werkes eine Haftbarkeit des Geschäftsherrn aus § 823 begründet sein. Allerdings besteht für den Besteller eines Werkes nicht schlechthin die Pflicht, die Arbeit des Unternehmers zu überwachen. Vermöge besonderer Verhältnisse kann jedoch im Einzelfall eine Pflicht des Bestellers bestehen, für die gefahrlose Durchführung des übertragenen Werkes zu sorgen.

g) **RG.** JW. **09** 654. Nicht alles, was Gegenstand des seemännisch-militärischen Dienstes ist, geschieht deshalb ausschließlich in Ausübung des militärischen Hoheitsrechts. Es gibt auch eine Reihe von Dienstverrichtungen, die zugleich der staatlichen Vermögensverwaltung angehören und mit denen zugleich den Erfordernissen des bürgerlichen Verkehrs und Rechtslebens genügt werden soll. Dahin gehören insbesondere alle Verrichtungen, die darauf abzielen, das Publikum davor zu bewahren, in den Bereich eines Bezirkes zu kommen, der zur Zeit durch Schießübungen, Sprengübungen u. dgl. gefährdet ist, ferner alle Verrichtungen, die bezwecken, verbrauchte, aber nicht geplatzte Geschosse unbrauchbar und ungefährlich zu machen. Dahin gehört auch das Verstauen oder sonstige gefahrlose Unterbringen der Salutmunition eines Kriegsschiffs nach dem Einlaufen in einen Hafen. Es kommen hier die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zur Anwendung. Vgl. **RG. 55** 174.

h) **RG.** JW. **09** 723 über Haftung wegen Ehebruchs s. u. Ziff. II 4 d α.

i) **RG.** WarnE. **09** 523. Pflicht des Geschäftsherrn zur Überwachung der Angestellten.

k) Haftung des Prinzipals.

αα. KGBl. **09** 88 (LG. II Berlin). Keine Haftung eines Prinzipals aus der Bestellung, die ein Dritter ohne Auftrag des Prinzipals mittels eines bei diesem üblichen Bestellkartenformulars und unter Benutzung des Geschäftsstempels gemacht hat.

ββ. **RG.** WarnE. **09** 91. Für die Frage, ob ein Angestellter schuldhaft eine unerlaubte Handlung begangen hat, kann es von Einfluß sein, daß er auf die Anweisung des Dienstherrn handelte.

γγ. SchlHolstAnz. **09** 107 (Kiel). Aus der Überlassung des Firmenstempels an die Angestellten läßt sich ein Schadensersatzanspruch gegen die Firma nicht herleiten, wenn ein Angestellter unter Mißbrauch des Stempels Wechselzeichnungen für die Firma vornimmt.

l) **RG.** R. **09** 3349. Die offene Handelsgesellschaft haftet für den Schaden, den ein Gesellschafter bei einer Fahrt für Gesellschaftszwecke durch Schnellfahren verursacht hat.

m) **RG.** R. **09** Ziff. 2944. Die bloße Geldentnahme aus der Gesellschaftskasse einer offenen Handelsgesellschaft seitens eines Gesellschafters und seiner Frau, denen die Leitung des Geschäfts obliegt, ist keine schon an sich widerrechtliche Handlung.

n) **RG.** R. **09** Ziff. 262. Im allgemeinen fordert die im Verkehre gebotene Sorgfalt von dem Besitzer einer Sache nicht, daß er Vorsichtsmaßregeln treffe zur Verhütung eines Mißbrauchs dieser Sache durch böswillige Dritte, die sie von dem gefahrlosen Verwahrungsorte widerrechtlich entfernen, um sie an anderer Stelle zu schadenbringendem Unfuge zu verwenden.

o) **RG.** SächsRpflA. **09** 165. Schadensersatzanspruch gegen einen Sachverständigen wegen Unrichtigkeit des von ihm erstatteten Gutachtens. Fahrlässige Verletzung der Eidespflicht verneint.

p) **RG.** R. **09** 3352. Handlungen wider das AnfG. fallen nicht ohne weiteres unter §§ 138, 823, 826 BGB.

q) Automobilhaftpflicht (s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 l, **6** Ziff. 5 cc, s. u. § 831).

α. **RG.** EisenbE. **25** 187 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7, Ziff. 7 l α.

β. **RG.** SächsRpflA. **09** 234, JW. **09** 276. Der Besitzer eines Automobils muß die für die Führer der Automobile bestimmten Polizeiverordnungen kennen, weil er bei der Bestellung eines Führers zu einer Fahrt sich zu vergewissern hat, daß dieser mit dem Inholte der polizeilichen Vorschriften in den Ländern, durch die er fährt, bekannt ist, und weil er ohne jene Kenntnis der Pflicht zur Aufsicht über den Führer, soweit sie ihm obliegt, nicht nachkommen kann.

γ. **RG.** JW. **09** 312. Haftung eines Automobilbesitzers wegen Verletzung der Straßenordnung durch einen an den Führer des Wagens gegebenen Befehl.

δ. EisenbE. **26** 56, R. **09** Ziff. 1482 (Hamburg). Die Führung eines Automobils, das an keine Gleise gebunden ist, ein hohes Eigengewicht hat und sich mit großer Geschwindigkeit fortbewegen läßt, erfordert weitgehende Sorgfalt, wenn nicht das auf die Straßen mit angewiesene Publikum auf das schwerste gefährdet werden soll. Der Führer ist verpflichtet, die sich vor ihm auf der Straße abspielenden Vorgänge genau zu beachten und, sobald sich gefahrdrohende Verhältnisse zeigen, die Geschwindigkeit seines Automobils derartig zu mäßigen, daß er es auf der Stelle zum Stehen bringen kann. Dieser Pflicht hat der Beklagte zuwider gehandelt und deshalb ist er gemäß § 823 dem Kläger schadensersatzpflichtig.

ε. Haberstumpf, SeuffBl. **09** 416, teilt folgenden Satz einer Entscheidung des **RG.** (Strafs.) v. 4. 2. 09 mit: Der von der Revision betonte Umstand, daß dem Angeklagten (Chauffeur), als er bereits gegen die Mitte der Straße zu gefahren war, nur mehr der Bruchteil einer Sekunde zur Entscheidung darüber zur Verfügung stand, ob er nun nach der rechten oder der linken Seite weiter fahren sollte, konnte im Urteile nicht zugunsten des Angeklagten erwogen werden, weil der Angeklagte diesen Umstand durch sein übermäßig rasches Fahren selbst verschuldet hatte.

ζ. Scheuen von Pferden vor Automobilen.

αα. **RG.** EisenbE. **25** 379. Wird der Motor eines auf der Straße haltenden Automobils nicht abgestellt und scheut infolge des Geräusches des weiterarbeitenden Motors ein Pferd, so hat der Eigentümer des Automobils den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

ββ. **RG.** R. **09** Ziff. 2255. Bemerkt der Lenker eines haltenden Automobils, daß die Pferde vor einem an ihm vorbeifahrenden Wagen infolge des surrenden Geräusches des weiter arbeitenden Motors unruhig werden, so handelt er schuldhaft, wenn er den Motor nicht abstellt.

γγ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 921, R. **09** Ziff. 1124. Scheuen eines Pferdes vor einem herannahenden Automobil. Verschulden des Chauffeurs verneint.

δδ. OLG. **18** 73 (München). Eine allgemeine Verpflichtung des Automobilfahrers, bei Begegnung von Fuhrwerken anzuhalten, besteht nicht. Haftung im vorliegenden Falle verneint.

η. Fahrgeschwindigkeit.

αα. **RG.** R. **09** Ziff. 1989. Der Leiter eines Automobils hat die Geschwindigkeit seines Fahrzeugs erheblich unter das nur für normale Verhältnisse festgesetzte Maß zu ermäßigen, wenn der Ausblick auf die Fahrbahn durch irgendein Hindernis, z. B. Straßenbahnwagen, verdeckt ist.

ββ. ElsLothJZ. **09** 541. Haftung des Automobilführers. Pflicht zur Verlangsamung der Fahrgeschwindigkeit.

γγ. SchlHolstAnz. **09** 76 (Kiel). Haftung des Chauffeurs für einen Unfall wegen zu schnellen Fahrens und weil er auf den Fahrweg nicht genügend geachtet hat. Schnelles Fahren durch Ortschaften.

ϑ. FischersZ. **36** 150 ff. teilt mehrere Urteile des OLG. Dresden über die Verpflichtungen des Führers eines Kraftfahrzeugs nach § 17 SächsVO. v. 10. September 1906 mit.

ι. **RG.** EisenbE. **25** 298 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 71 ι.

κ. **RG.** EisenbE. **25** 296 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 71 κ.

λ. EisenbE. **25** 282 (KG.). Bei Einübung eines anzulernenden Chauffeurs ist der neben ihm sitzende Instrukteur als Führer des Kraftwagens anzusehen.

μ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1014, JW. **09** 313. Übertretung von Vorschriften im Automobilverkehr s. u. § 823 Abs. 2 Ziff. 1.

ν. OLG. **18** 73 (Kiel). Befahren von Wegen, die für den Automobilverkehr polizeilich verboten sind. S. u. § 823 Abs. 2 Ziff. 4i.

r) Zum Automobilhaftpflichtgesetz.

α. *Holzenthaler, GoldschmidtsZ. **66** 22—33. Der Führer haftet auch dann, wenn der Unfall auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs oder auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht, § 7 II. Auch in diesem Falle muß der Führer nachweisen, daß der Schaden (nicht etwa der Konstruktionsfehler) nicht durch sein Verschulden verursacht wurde. Ein Verschulden des Lenkers kann darin liegen, daß er die Prüfung der Konstruktion oder Funktion des Fahrzeugs unterläßt (Tatfrage). Der Chauffeur muß nachweisen, daß er in dieser Hinsicht seine Pflicht erfüllt hat. AM. von Randa, GoldschmidtsZ. **64** 437.

β. Seuffert, BayRpflZ. **09** 241, gibt eine Übersicht über die neuen Bestimmungen des Gesetzes. — Gorden, EisenbE. **25** 230, 327, Der Deutsche Regierungsentwurf über die Automobilhaftpflicht und der Gegenentwurf des Kaiserl. Automobilklubs. — Damm, BraunschwZ. **09** 136—140 u. 161—168, Allgemeine Besprechung des neuen Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen. — Öhlert, SeuffBl. **09** 539, Allgemeine Besprechung des Gesetzes. — Sendspiehl, EisenbE. **25** 423, Über den Begriff des Kraftfahrzeugs.

γ. Hallbauer, Die Unfallanzeige (i. S. des § 15 AutomobilG.) ist keine Willenserklärung i. S. der §§ 116—144 BGB., sondern lediglich die Mitteilung einer Tatsache. Es kann in ihr weder eine Geltendmachung von Ansprüchen, noch ein Verzicht auf Ansprüche, noch eine Abgrenzung von Ansprüchen gefunden werden. Die Verwirkungsklausel ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen, sondern nur, wenn sie vom Ersatzpflichtigen — im Wege der Einrede — geltend gemacht wird. Die Anzeigefrist wird von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo der Ersatzpflichtige Kenntnis von dem Schaden erlangt hat. Nicht absolute, unumstößliche Gewißheit wird verlangt, sondern der Grad der Gewißheit, mit dem man sich im geschäftlichen Verkehre zu begnügen pflegt und zu begnügen hat. Für die Kenntnis des Ersatzpflichtigen gilt das gleiche. Es gibt für ihn keine Erkundigungsfrist. Die Anzeige ist an keine Form gebunden. Über Zugehen der Anzeige (484 f.). Beweispflicht (485). Unterbleiben der Anzeige. Die Entlastungsmomente, auf die sich der Ersatzberechtigte beziehen darf, können liegen: in seiner eigenen Person: wenn er in eine schwere Krankheit verfällt, die ihm die Anzeige unmöglich macht; in der Person des Ersatzpflichtigen: dieser ist bekannt, sein Aufenthalt ist nicht zu ermitteln; in äußeren Umständen, die sich weder auf die Person des Ersatzberechtigten noch auf die des Ersatzpflichtigen beziehen: die Anzeige ist rechtzeitig abgesandt, wird aber infolge eines Postdiebstahls usw. nicht abgeliefert. — Anderweitige Kenntnis des Ersatzpflichtigen von dem Unfalle (487). — Die Anzeigeklausel bezieht sich nur auf Ansprüche, die auf Grund des Automobilgesetzes erhoben werden, also nicht auf Ersatzansprüche aus dem Vertrag oder auf Grund der §§ 823 ff. (487). Die Anzeigepflicht besteht auch dem Führer gegenüber. Haften Halter und Führer als Gesamtschuldner, so hat die Anzeige beiden gegenüber zu erfolgen. — Zur Anzeige verpflichtet ist der Ersatzberechtigte, sein gesetzlicher Vertreter, auch der Konkursverwalter, ebenso Erben, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker. Sind mehrere Verletzte vorhanden, so ist An-

zeige aller Unfälle erfordert (488). Die Anzeige ist dem Ersatzpflichtigen anzuzeigen. Ist die ersatzpflichtige Person eine Ehefrau, so empfiehlt es sich, die Anzeige an beide Ehegatten zu richten (489). Anzuzeigen ist der Unfall mit seinen den Verletzten vermögensrechtlich schädigenden Folgen. Der Unfall muß individualisiert und spezialisiert sein (489).

δ. Hallbauer, SächsRpflA. **09** 465. Unter dem Halter des Fahrzeugs ist der zu verstehen, der auf der einen Seite den wirtschaftlichen Nutzen des Automobils zieht, andererseits aber auch die Sorge und die Verantwortung für die Bedienung, die Instandhaltung und den Betrieb des Fahrzeugs hat. Der Halter wird in der Regel, jedoch keinesfalls immer, Eigentümer des Automobils sein. Unter dem Führer des Kraftfahrzeugs ist der zu verstehen, der das — mit Wissen und Wollen des Halters in Betrieb gesetzte — Kraftfahrzeug tatsächlich leitet, der es in Bewegung setzt und erhält und für die richtige Leitung und Steuerung sowie für das rechtzeitige Anhalten des Fahrzeugs verantwortlich ist. — Haftpflicht des Führers (§ 18 G.) setzt kein Verschulden voraus. Entlastungsbeweis des Führers. Es kann vorkommen, daß zwar der Halter haftet, nicht aber der Führer, während der umgekehrte Fall — Haftung des Führers, Nichthaftung des Halters — nicht vorkommen kann, weil der Halter grundsätzlich für das Verschulden des Führers einzustehen hat. Die Bestimmung des § 15 G. findet auch auf den Führer Anwendung. Der Verletzte verwirkt also seinen Ersatzanspruch, wenn er dem Führer den Unfall, d. h. den Unfallschaden, nicht binnen 2 Monaten anzeigt. Durch die Anzeige an den Halter wird dem Führer gegenüber die Anzeigepflicht nicht gewahrt. — Führer und Halter haften als Gesamtschuldner. — Regreß zwischen Führer und Halter (468 ff.). Wird der Führer selbst verletzt, so hat er gemäß § 8 Ziff. 1 G. keinen Anspruch gegen den Halter. Anspruch aus §§ 823 ff. oder aus dem Vertrage kann gegeben sein. — Haftung des Führers für Sachschaden. — Haftung und Rechte des Führers bei Zusammenstößen (s. näheres 471 ff.).

s) Motorradfahrer.

EisenbE. **25** 134 (Stuttgart) s. JDR. **7** § 823 Ziff. 7 m δ.

t) Radfahrer.

RG. R. **09** Ziff. 675. Hinabstürzen eines Radfahrers in einen Abgrund, schnelles Fahren mit einer zerbrochenen Kette. An der Unfallstelle war eine Schutzwehr oder ein Warnungszeichen nicht vorhanden. Mitwirkendes Verschulden der Gemeinde, die die Nichtverwahrung verschuldet hat.

u) **RG.** SeuffA. **64** 272. Der Fußgänger auf der Landstraße ist keineswegs allein auf das Bankett, wo ein solches in bestimmt abgegrenzter Weise überhaupt vorhanden ist, angewiesen. Er kann auch auf dem Fahrdamme gehen, muß allerdings sich um die Fuhrwerke bekümmern und sich danach umschauen.

v) **RG.** R. **09** Ziff. 50. Ein nachts in scharfer Gangart auf schmaler Straße Reitender handelt fahrlässig, wenn er sich darauf allein verläßt, daß die ihm entgegenkommenden Fußgänger rechtzeitig die Hufschläge hören und ausweichen werden.

w) Haftung für Fuhrwerke (s. auch u. § 831 Ziff. **13** c u. d).

α. **RG.** R. **09** Ziff. 47. Der Besitzer eines Bierwagens ist nicht verpflichtet, diesen mit einer Vorrichtung zu versehen, die ein Halten auf der Stelle ermöglicht oder, falls es eine solche nicht gibt, die Benutzung zu unterlassen.

β. **RG.** R. **09** Ziff. 3072. Auch der nicht berufsmäßige Wagenlenker handelt fahrlässig, wenn er das Pferd, das von der Landstraße auf einen zu seinem Stalle führenden Fußweg abbiegt, zu spät zurückreißt und wenn dadurch der Wagen die Böschung hinunterstürzt und der Fahrgast verletzt wird.

γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1679. Wenn der Lenker eines Fuhrwerkes seine durchgehenden Pferde, um den Zusammenstoß mit einem anderen Fuhrwerk und die daraus sich

für ihn und seinen Fahrgast ergebenden Gefahren zu vermeiden, kurz vor diesem Fuhrwerke scharf zur Seite auf ein an den Weg stoßendes Ackerfeld reißt, ohne seinen Fahrgast von dieser Absicht zu verständigen und zu warnen, so kann darin noch nicht ein Verschulden erblickt werden.

δ. **RG.** R. **09** Ziff. 2946. Der mitfahrende Fuhrwerksbesitzer haftet für den durch zu schnelles Fahren seines Kutschers verursachten Unfall, wenn er dagegen nicht wirksam einschreitet.

ε. **RG.** WarnE. **09** 325. Haftung des Dienstherrn, der erfahren hat, daß sein Kutscher an einer gefährlichen Stelle (Straßenkreuzung) in einem verkehrswidrigen Tempo gefahren ist, ohne dem Kutscher geeignete Verhaltungsmaßregeln einzuschärfen. Er haftet nach § 823 u. § 831.

ζ. SchlHolstAnz. **09** 131 (Kiel). In der Überlassung der Führung eines Hundefuhrwerks an einen 14 jährigen Knaben kann eine Fahrlässigkeit i. S. des § 823 nicht gefunden werden.

x) Unfälle beim Turnen. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 s.

RG. PrVerwBl. **30** 578, PrVolksschulA. **8** 255 s. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 s γ. — Zu der Entsch. SeuffBl. **08** 513 (JDR. **7** Ziff. 7 s α) s. Lunglmayr, RheinZ. **2** 215.

y) Unfälle in der Schule.

α. **RG.** R. **09** Ziff. 2252. Wird ein jugendlicher Schüler (15 Jahre) wegen Verletzung eines Schulgenossen durch einen Kastanienwurf an das Auge verklagt, so ist das Verhalten des Lehrers zu solchen Wurfspielen nicht nur für die Frage der Rechtswidrigkeit, sondern auch des Verschuldens von Belang.

β. SeuffA. **64** 14 (Dresden). Verletzung eines Schulkindes durch mangelhafte Einrichtung des Schulgebäudes. Herabfallen von Eis oder Schnee vom Dache. Ersatzpflicht der Schulgemeinde (sächs. Recht).

z) **RG.** R. **09** Ziff. 2253. Erklärt sich ein Angestellter bereit, seine Frau vom Hausarzte seines Dienstherrn in seinem und des Dienstherrn Interesse wegen Verdachts der Lungentuberkulose untersuchen zu lassen, so handelt der Hausarzt nicht rechtswidrig, wenn er das Ergebnis, das zur Entlassung des Angestellten führt, dem Dienstherrn mitteilt.

aa) Haftung des Staates für Beamte (s. u. § 839).

α. HansGZ. **09** Beibl. 160 (Hamburg). Ein Polizeibeamter, der von Privaten Gebühren erhebt, sie aber nicht an die Behörde abliefert, handelt in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Interessen, das ist i. S. des Art. 77 EGBGB. Der (hamburgische) Staat haftet daher dem Geschädigten nicht.

β. R. **09** Ziff. 2948 (Hamburg). Ein Polizeibeamter, der bei der Lage der Dinge nach pflichtmäßigem Ermessen annehmen mußte, daß der Kläger die ihm abgenommenen Sachen mittels Betrugs erlangt hatte, handelte nicht fahrlässig, wenn er dem Kläger diese Sachen abnahm und sie dem vermeintlich Betrogenen wieder zurückgab.

bb) Unfälle durch Schußwaffen und auf der Jagd (JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 cc, **6** Ziff. 5 aa, **5** Ziff. 7 bb).

α. **RG.** R. **09** Ziff. 674. Verstecken eines geladenen Gewehrs im Gebüsch eines Dritten zugänglichen Gartens enthält grobe Fahrlässigkeit.

β. **RG.** JW. **09** 687. Unfall auf der Jagd. Beteiligung mehrerer Jäger s. u. § 830.

γ. RheinARV. **27** 158 (LG. Aachen). Haftung eines Jägers für eine Schußverletzung, wenn der Schuß abgegeben ist innerhalb eines Gefahrenkreises, bezüglich dessen der Jäger mit der Möglichkeit einer Verletzung der Treiber rechnen muß. Abweichen eines einzelnen Schrotkorns.

δ. RG. R. **09** Ziff. 2401. Der angeschossene Treiber braucht nur einen Sachverhalt darzulegen, aus dem zunächst ein Verschulden des Schützen zu folgern ist; der Schütze hat sich dann demgegenüber zu exkulpieren.

ε. BraunschwZ. **09** 116 (Braunschweig, Straff.). Über die Befugnis des Jagdberechtigten, frei herumlaufende, fremde Hunde zu töten.

cc) SchlHolstAnz. **09** 292 (Kiel). Verschulden eines Feuerwerkers und des Veranstalters eines Feuerwerkes, wenn beim Abbrennen von Raketen ein Zuschauer durch einen aus der Luft herunterfallenden Raketenstock verletzt wird.

dd) BadRpr. **09** 134 (Karlsruhe). Schadensersatzpflicht nach § 823 bei Pfändung von Gegenständen, die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit eines Handwerkers unentbehrlich und nach § 811 Ziff. 5 ZPO. der Pfändung nicht unterworfen sind.

II. Abs. 2.

1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1014, JW. **09** 313. Bei einem bewußten Verstoße gegen das Gesetz ist der Regel nach ein schuldhaftes Handeln i. S. von §§ 823 Abs. 2, 276 gegeben. Nur der Verstoß als solcher, nicht auch die Schadenszufügung braucht vorausgesehen oder voraussehbar gewesen zu sein. Damit, daß sein Verhalten unter den gegebenen Umständen das zweckmäßigere gewesen sei, kann die Übertretung des Gesetzes nicht gerechtfertigt werden. Wenn eine Polizeivorschrift zur Vermeidung von Verletzung anderer im Verkehr (im Verkehre mit Kraftfahrzeugen) ein bestimmtes Verhalten positiv vorschreibt, ohne dabei dem Ermessen des Handelnden einen gewissen Spielraum zu lassen, so hat der einzelne sich an diese Vorschrift zu halten, es sei denn, daß die Situation eine ganz außerordentliche ist, die das Gesetz vernünftigerweise nicht im Auge haben konnte.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 55. Bei der durch Übertretung eines Schutzgesetzes begangenen unerlaubten Handlung bedarf es eines Verschuldens nur mit Bezug auf die Außerachtlassung des gesetzlichen Gebots oder Verbots. Auf die Voraussehbarkeit eines Schadens kommt es dagegen nicht an (vgl. JW. **04** 408).

3. Beweislast.

a) RG. R. **09** Ziff. 828. Wer aus § 823 Abs. 2 Ersatz fordert, hat nur zu beweisen, daß der Beklagte durch schuldhaften Verstoß gegen das Schutzgesetz die Gefahr geschaffen hat, auf deren Abwehr das Gesetz hinzielt und daß der aus dieser Gefahr regelmäßig entspringende Schaden eingetreten ist. Nicht aber hat er darüber hinaus zu beweisen, daß beim Mangel des Schutzes der Schaden unvermeidlich war; gibt es doch viele Schutzgesetze, die nur eine Erhöhung der Sicherheit bezwecken, wo der gänzliche Ausschluß der Gefahr nicht erreichbar ist. In diesen Fällen wird, wer gegen das Schutzgesetz verstößt, ersatzpflichtig, weil er dem Verletzten schuldhaft den größere Sicherheit bietenden Schutz entzogen hat, solange nicht er den Beweis führt, daß bei der besonderen Lage des Einzelfalls der Schutz wirkungslos sein mußte, der Schaden somit unabhängig von diesem eingetreten ist.

b) RG. LeipzZ. **09** 312. Werden verkehrspolizeiliche Bestimmungen, für welche die Gewerbeunternehmer und Betriebsleiter sorgen müssen, wiederholt übertreten, so trifft die Genannten die Beweislast, daß dies trotz gehöriger Unterweisung und geeigneter Aufsichtseinrichtung der Fall gewesen, daß sie also ein Verschulden bei Übertretung der Schutzgesetze nicht trifft.

c) RG. JW. **09** 134. Beweislast bei mehrfacher Verletzung von Schutzgesetzen s. o. zu §§ 823 ff. Ziff. 6 b und u. § 831.

4. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **7** § 823 Abs. 2 Ziff. 8, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3 **1** Ziff. 5).

a) Schutz der Ehre s. ob. § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f.

b) Bürgerliches Gesetzbuch.

α. § 618. HansGZ. **09** Beibl. 247 (Hamburg). § 618 BGB. ist kein Schutz-

gesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Daher bei Verletzung auch kein Anspruch aus § 847 (s. JDR. **7** § 823 Abs. 2 Ziff. 8 b β).

β. § 909. HansGZ. **09** Beibl. 155 (Hamburg).

γ. §§ 1134, 1135. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1009, JW. **09** 416 s. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 7 g α.

c) Zivilprozeßordnung.

§ 992. HansGZ. **09** 269 ff. (273). § 992 ZPO. kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

d) Strafgesetzbuch.

α. § 172. **RG.** JW. **09** 723. § 172 StGB. ist ein Schutzgesetz. Hiermit ist aber nicht ohne weiteres die Frage der Ersatzpflicht für die aus der Auflösung der Ehe erwachsenen Vermögensvorteile entschieden. Es kommt vielmehr darauf an, ob das Strafgesetz auch die durch den Ehebruch bedrohten wirtschaftlichen Interessen des verletzten Ehegatten zu schützen beabsichtigt hat. Denn über den Schutzzweck hinaus ist die Haftpflicht aus § 823 Abs. 2 nicht auszudehnen. Für eine so weit gehende Absicht des Gesetzes liegt nichts vor.

β. § 185. SchlHolstAnz. **09** 203 (Kiel). § 185 StGB. ist ein Schutzgesetz, bei dem aber § 193 StGB. mit in Betracht zu ziehen ist.

γ. §§ 242, 259, 263. **RG.** PosMSchr. **09** 129. Entwendung von Wechseln.

δ. § 257. **RG.** JW. **09** 161. Möchte auch die Vorschrift im § 257 StGB., soweit sie das Verbot enthält, nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter wissentlich Beistand zu leisten, um ihm die Vorteile seiner Straftat zu sichern, als ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 angesehen werden, so ist sie dies doch keinesfalls, soweit sie die Beistandsleistung nach begangener Tat zu dem Zwecke, den Täter der Bestrafung zu entziehen, verbietet, denn insoweit ist sie lediglich dazu bestimmt, den Interessen der Allgemeinheit zu dienen.

ε. § 263. **RG.** Leipz. **09** 931.

ζ. § 330 kein Schutzgesetz OLG. **18** 72 (Dresden) s. JDR. **7** § 823 Abs. 2 Ziff. 8 h ε.

η. § 366 Ziff. 8. **RG.** R. **09** Ziff. 53—56.

ϑ. § 366 Ziff. 10. **RG.** JW. **09** 134.

ι. § 367 Ziff. 12.

αα. **RG.** PrVerwBl. **30** 610, BadRpr. **09** 72, R. **09** Ziff. 673. Ein Ort, an dem Menschen verkehren, ist nur ein solcher, an dem Menschen in öfterer Wiederkehr sich einzufinden pflegen. Die einmalige Öffnung des sonst verschlossenen Gebäudes zu einem ganz bestimmten Zwecke und für einen beschränkten Personenkreis auf eine Zeit von wenigen Stunden macht dieses nicht zu einem Orte, an dem Menschen verkehren.

ββ. § 367 Ziff. 12. **RG.** JW. **09** 106. Keine Übertretung, da es sich nicht um einen Ort, wo „Menschen verkehren", handelte.

γγ. § 367 Ziff. 12. SchlHolstAnz. **09** 37 (Kiel). § 367 Ziff. 12 schützt lediglich Leib und Leben, nicht auch das Vermögen.

δδ. § 367 Ziff. 12 als Schutzgesetz. OLG. **18** 103 (Düsseldorf). — § 367 Ziff. 12. **RG.** JW. **09** 687 s. u. § 831.

κ. § 367 Ziff. 14. **RG.** **70** 200 (207), R. **09** Ziff. 829. Auch der Abbruch eines Gebäudeteils ist die Ausführung eines Baues i. S. des § 367 Ziff. 14 (Gruchots Beitr. **45** 1051). Haftung des Eigentümers eines Gebäudeteils, dessen Abbruch vorgenommen ist, ohne daß Sicherungsmaßregeln getroffen sind, für den entstehenden Schaden.

λ. § 368 Ziff. 9. OLG. **18** 64 (München). § 368 Ziff. 9 StGB. ist ausschließlich zum Schutze des durch die Zuwiderhandlung Schaden erleidenden Grundeigentümers erlassen. Auf Grund dieser Bestimmung kann derjenige keinen Schadensersatz bean-

sprechen, dessen Pferde verletzt sind, weil sie erschreckt vor einem auf einem Feldwege reitenden Offizier scheuten und sich auf der Flucht verletzten.

e) Gewerbeordnung.

α. § 135. HansGZ. **09** Beil. 175 (Hamburg). § 135 GewO. ist ein Schutzgesetz. Schadenszufügung durch schuldhafte Veranlassung der Beschäftigung.

β. § 153. **RG.** R. **09** Ziff. 1127—1130. S. u. § 826 Ziff. 13e.

f) *Degen, GewRschutz **09** 143 = Markenschutz u. Wettbew. **09** 000. Auch der § 5 des Ges. betr. die Patentanwälte ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2.

g) **RG.** R. **09** Ziff. 3547. Unfallverhütungsvorschriften sind zwar kein Schutzgesetz, aber ein Maßstab für die Sorgfaltspflicht des Unternehmers.

h) **RG.** R. **09** Ziff. 1483. Wer eine Polizeiverordnung übertritt, kann seine Schadenshaftung nicht mit der Behauptung ausräumen, daß der Polizeivorschrift sehr oft unter den Augen der Polizeiorgane und ohne daß von diesen eingeschritten werde, zuwider gehandelt worden sei.

i) OLG. **18** 73 (Kiel). Eine Polizeibestimmung, die das Fahren mit Automobilen auf einem öffentlichen Wege verbietet, ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

k) § 52 Straßenordnung für Berlin. **RG.** JW. **09** 312.

l) R. **09** Ziff. 1877 (Hamburg). Kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 ist die Bestimmung der Hamb. Hafenordnung, daß Schuten (Kähne) nachts zu bewachen sind.

m) Handelsgesetzbuch. **RG.** BauersZ. **16** 123. § 314 HGB. als Schutzgesetz s. JDR. **7** § 823 Abs. 2 Ziff. 8 **c** γ.

§ 824. 1. *Rotering, ABürgR. **33** 67. Nach § 824 geht der Persönlichkeitsschutz über den Beleidigungsschutz weit hinaus. Das Schutzobjekt ist neben dem schon in § 187 StGB. hervorgehobenen Kredite die Erwerbsstellung, deren Schädigung dem Vermögensschaden (§ 1298) sowohl als dem Schaden, der nicht Vermögensschaden ist (§ 847), gegenübersteht als besonderer ökonomischer Nachteil. Unter Abweisung der nach § 186 StGB. bestehenden Streitfragen fallen unter Tatsachen auch Motive, Charaktereigenschaften, negative Fähigkeit. Jene müssen nicht beleidigen, aber die Erwerbsstellung gefährden, so Mängel hinsichtlich der Fähigkeiten und Kenntnis, Abstammung, die politische Richtung, Konfession, Religiösität, Gesinnungstreue, Gesundheit in negativer Bewertung. Abträglichkeit für Kredit und Erwerbsstellung muß als wenigstens möglich vom Vorsatze erfaßt sein. Von den Unrechtsausschließungsgründen des § 193 StGB. ist nur das Interesse berücksichtigt. Dieses darf nicht unsittlich sein, steht nach Analogie § 228 BGB. unter der Signatur der Verhältnismäßigkeit, das Vorbringen ist selbsthilflicher Rechtsnatur. Irrtümliche Unterstellung der Interessenerheblichkeit genügt nicht, wie wohl im Strafrecht. Die Strafanzeige ergeht im Interesse des Gemeinwohls; sie darf nicht frivol mit dem Bewußtsein der Unbeweisbarkeit erhoben sein. § 231 BGB. analog.

2. a) **RG.** UnlW. 8 292. Für die Frage, ob im einzelnen Falle unter der Form des Urteils eine Tatsache behauptet oder verbreitet ist, kommt es nicht darauf an, ob das Urteil nur auf Grund irgendwelcher Tatsachen abgegeben sein kann, sondern darauf, ob sich in dem gegebenen Falle das Urteil als der Ausdruck abfälliger Beurteilung bestimmter Handlungen, eines konkret ersichtlich gemachten Vorganges darstellt (**RG.** [Strafs.] **24** 301, **31** 282, **35** 232).

b) SchlHolstAnz. **09** 203 (Kiel). § 824 bezieht sich nur auf Verbreitung von Tatsachen, nicht auch auf tadelnde Urteile über gewerbliche Leistungen.

3. UnlW. 8 218 (Hamburg). Ein allgemeines Recht der Presse, Übelstände so zur Sprache zu bringen, daß dadurch andere in ihrer Ehre gekränkt werden, besteht nicht.

4. UnlW. 8 218 (Hamburg). Wird in einer gelesenen Fachzeitschrift wiederholt in unverblümtem, scharfem Tone unter Angabe von Einzelheiten der Geschäftsbetrieb

einer Firma als unanständiger, betrügerischer hingestellt, so wird diese Firma in den Augen des kaufenden Publikums geächtet, und ihre Kundschaft vertrieben. Steht außerdem zu besorgen, daß der Beleidiger seine Handlungsweise fortsetzt, so ist der Betroffene zur Erhebung des Unterlassungsanspruchs berechtigt.

5. UnlW. 8 218 (Hamburg). Behauptung über eine Engrosfirma, sie sei nur Detaillistin, stellt einen Verstoß gegen § 824 dar.

6. **a)** HansGZ. **09** Hptbl. 249 (Hamburg). Eine Haftung aus erteilter Auskunft über einen früheren Angestellten, der wegen Unzuverlässigkeit entlassen war, tritt nicht ein, wenn in der Auskunft die ausdrücklich gestellte Frage nach der Zuverlässigkeit mit Stillschweigen übergangen war. Ein solches Schweigen bedeutet für den Anfragenden nach der kaufmännischen Sitte, daß der Auskunftgebende bezüglich der von ihm übergangenen Punkte weniger günstig urteile und es deshalb vorziehe, in dieser Beziehung sein Urteil lieber ganz zurückzuhalten. Vgl. v. Dassel R. **09** 733.

b) UnlW. 8 252, LG. Leipzig. Eine Auskunftei darf keine unrichtigen Tatsachen berichten; sie handelt indessen nur pflichtgemäß, wenn sie von Kreditgewährung abrät, falls das Geschäft des Angefragten auf unsicherer Grundlage steht.

c) SeuffA. **64** 61—66 (Hamburg) s. JDR. **7** § 824 Ziff. 3 u. 4 b.

d) OLG. **18** 77 (Hamburg) s. JDR. **7** § 824 Ziff. 4 c

§ 825. RG. JW. **09** 415. Für den Schadensersatzanspruch aus § 825 kommt die Bestimmung des § 1717 nicht in Betracht. Es handelt sich dabei nicht um die Frage, wer als Vater des Kindes zu gelten habe, sondern um die Frage, ob eine außereheliche Beiwohnung nachgewiesen ist, zu deren Gestattung die Frauensperson durch Hinterlist bestimmt worden ist und ob daraus ein Schaden entstanden ist.

§ 826. 1. *Rotering, ABürgR. **33** 65, 72. Es hat das Gesetz eine subsidiäre Geltung zum Zwecke der Ausgleichung einer Vermögensbeschädigung, wo andere zivilrechtliche Vorschriften, insbesondere diejenigen des Titels 25 BGB., sowie strafrechtliche Gesetzesbefehle nicht zureichen. Ist — was nicht unbestritten — die einfache Beleidigung nicht schon eine unter § 823 fallende Handlung, so gebärt sie die Schadensersatzpflicht nach § 826, sobald das Erlangen oder Ausnützen einer Erwerbsstellung vorsätzlich behindert ist, da der Bußanspruch nach § 188 StGB. nicht besteht. Dasselbe gilt hinsichtlich der fraudulösen Vermögensbeschädigung durch Herabwürdigung in dem Werturteil über Vermögensgegenstände, die als unbrauchbar, Falsifikate, Imitation oder Similiewaren verdächtigt werden, der § 263 StGB. mangels der auf Vermögensvorteile gerichteten Absicht ausscheidet, das alles, soweit das Wettbewerbsgesetz nicht zutrifft. Es schützt auch § 292 StGB. das Jagdrecht, nicht aber den Wildstand als solchen. Das Verzichten desselben erscheint als Illoyalität im Sinne § 826 BGB. im Interesse des zivilrechtlich gegen Handlungen Dritter nicht geschützten Jagdpächters. Nur das Ersäufen des Wildstandes, das Vergiften des Fischbestandes wird ohne Verletzung polizeilicher Schutzvorschriften nicht durchführbar sein.

2. *Klein, ÖstZBl. **27** 477—492. Eine allgemeine Verpflichtung zur Menschenhilfe durch Anzeige besteht nur in den Fällen, in denen: a) A. zufällig (BGB. § 826!) von einem dem B. drohenden Schaden Kenntnis erlangt hat [Ein dem B. drohender Schaden! Die Möglichkeiten: 1. Es besteht Gefahr, daß B. verletzt wird. 2. Es besteht Gefahr, daß B. selbst sich verletzt. [Die Fälle sub 2 scheiden grundsätzlich hier aus (Ausnahme: es besteht Gefahr, daß ein Geisteskranker, ein Kind sich selbst verletzt.)]. b) B. ohne die Menschenhilfe A.s Schaden nehmen muß, weil α. er selbst sich ohne A.s Menschenhilfe (Anzeige) nicht gegen den drohenden Schaden schützen kann; β. ihm auch nicht mehr von dritter Seite hier geholfen werden kann. γ) Der Helfende A. bei der Leistung der Menschenhilfe „sich selbst der Nächste bleiben kann", weil von ihm nur ein unbedeutendes Opfer (Anzeige) verlangt wird.

3. § 826 u. § 226 JDR. **7** § 826 Ziff. 1.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1155, R. **09** Ziff. 2258. Auch wer von einem ihm formell zustehenden Rechte Gebrauch macht, kann sich dadurch einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 BGB. schuldig machen, wenn die Ausübung des formalen Rechtes in einer gegen die guten Sitten verstoßenden, namentlich illoyalen Weise darauf gerichtet ist, einem anderen Schaden zuzufügen. So kann in einem an sich unter keine Verbotsbestimmung des Warenzeichengesetzes oder des Wettbewerbsgesetzes fallenden Gebrauch einer Warenbezeichnung, die ein Gewerbetreibender deshalb gewählt hat und deren er sich deshalb bedient, um das Publikum in bezug auf die von ihm vertriebenen Waren zu täuschen, ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden, der gegebenenfalls die Anwendung des § 826 BGB. rechtfertigt.

b) **RG.** R. **09** 3556. Auch die Art der Rechtsausübung, wenn sie mit dem Bewußtseine der Schädigung eines anderen erfolgt, kann wider die guten Sitten verstoßen.

4. a) *Degen, GewRSchutz **09** 138, Markenschutz u. Wettbew. **09** 177. Die zahlreichen Theorien über den Begriff der „guten Sitten" sind für die Praxis wertlos. Brauchbar ist nur die Erläuterung des Reichsgerichts, die alles, aber auch nur dasjenige als sittenwidrig bezeichnet, was dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft; sie bestimmt, was allein sie bestimmen kann, aber auch muß: den Personenkreis, der die gute Sitte zu schaffen und zu hüten hat: die billig und gerecht Denkenden. Aus den solchem geläuterten Volksempfinden entsprechenden Entscheidungen der Gerichte erwächst allmählich Gewohnheitsrecht und, da dieses auch jetzt noch Rechtsquelle, so eröffnet die Erläuterung des Reichsgerichts den bei der Veränderlichkeit des Sittenbegriffs einzig möglichen Weg, um die sittliche Anschauung der jeweiligen Gegenwart wenigstens vorübergehend in reines Recht umzuprägen.

b) Hagen. Um im einzelnen Falle festzustellen, ob eine Handlung eine Verletzung der „guten Sitten" im Rechtssinne darstellt, ist zu prüfen: ob die Handlung sich als eine Anstandsverletzung charakterisiert, und ob, wenn dies der Fall, die Verhinderung solcher Handlung auch rechtlich notwendig erscheint; ob es sich um eine absichtliche Schadenszufügung handelt; ob es sich um eine andere Art von Moralverletzung handelt, die derart ist, daß auch ihre Verhinderung rechtlich notwendig erscheint. (Besprechung einzelner Fälle 480 ff.).

c) HansGZ. **09** Hptbl. 297 (Hamburg). Der Begriff „nicht fair" und der Begriff der guten Sitten decken sich keineswegs. Es wird vieles landläufig als „nicht fair" bezeichnet, ohne daß damit gesagt sein soll, daß es sich um ein den guten Sitten zuwiderlaufendes Tun handelt.

5. Vorsatz (JDR. **7** § 826 Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **1** Ziff. 1 b).

a) **RG.** LeipzZ. **09** 929. Zum Vorsatz ist nicht mehr notwendig als das Bewußtsein, der schädigende Erfolg werde eintreten; allein auch hier ist objektiv außer der Schadenszufügung nur ein Verstoß gegen die guten Sitten erforderlich; die Frage der Erkenntnis der Rechtswidrigkeit scheidet daher bei § 826 aus. Vgl. ebd. 931, s. u. Ziff. 17 a α.

b) **RG.** BayRpflZ. **09** 255, SächsRpflA. **09** 485. Derjenige, der die Möglichkeit des schädlichen Erfolges seiner Handlung voraussieht, die Handlung aber dennoch ausführt, nimmt die etwaige Schädigung in seinen Willen auf, fügt den eintretenden Schaden also vorsätzlich zu.

c) PosMSchr. **09** 164 (Königsberg). Vorsatz liegt in der Vorsicht und in dem Bewußtsein, daß ein anderer durch die Handlung Schaden leiden könne. — **RG.** JW. **09** 717 über Vorsatz.

6. a) **RG. 71** 108, JW. **09** 391. Für einen Anspruch aus § 826 reicht es keineswegs aus, daß sich nach dem nachträglich im Prozeß ermittelten Sachverhalte die Handlung, aus welcher die Schadensersatzpflicht des Täters hergeleitet wird, als eine solche, die nicht hätte vorgenommen werden sollen, erweist. Bei der Anwendung des § 826, in dem die Entscheidung über die Haftung des Täters darauf, ob ihn der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens trifft, abgestellt ist, muß vielmehr neben der objektiven auch die subjektive Seite der Sache in Betracht gezogen werden, es muß also geprüft werden, ob der Täter mit Rücksicht auf die Lage, in der er sich befand, die Handlung als gegen das Rechts- und Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend erkennen mußte, oder sie nicht vielmehr nach seiner Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse als gerechtfertigt ansehen durfte.

b) RG. R. **09** Ziff. 2405. Für die Frage der Anwendung des § 826 BGB. ist neben der objektiven auch die subjektive Seite der Sache in Betracht zu ziehen. Es ist also zu prüfen, ob der Handelnde mit Rücksicht auf die Lage, in der er sich befand, die Handlung als eine gegen die guten Sitten verstoßende anerkennen mußte, oder ob er nach seiner Kenntnis und Auffassung der tatsächlichen Verhältnisse die fragliche Maßregel — Verteidigung gegen einen vermeintlichen Angriff eines Konkurrenzunternehmens — als gerechtfertigt ansehen durfte.

7. Unterlassungsanspruch (s. JDR. **7** § 826 Ziff. 8, **6** Ziff. 9, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5).

a) RheinA. **106** I 112 (Düsseldorf). Klage auf Unterlassung eines Rabattsparvereins gegen den, der gefüllte Sparbücher an Zahlungsstatt annimmt, ohne Mitglied dieses Vereins zu sein.

b) RG. UnlW. 8 202, HansGZ. **09** Hptbl. 117, R. **09** Ziff. 676. Die Revision gegen das JDR. **7** § 1 UnlWG. Ziff. IV B 16 mitgeteilte Urteil ist verworfen. Die bloße Möglichkeit, daß eine ausländische Handelsgesellschaft, deren Firma den Vorschriften des HGB. über Firmenbildung nicht entspricht, demnächst in Deutschland Handel betreiben und dabei unter Benutzung ihrer Firma in unlauterer, gegen die guten Sitten verstoßender Weise schädigen wird, rechtfertigt noch nicht eine Unterlassungsklage aus § 826.

8. OLG. **18** 78, SchlHolstAnz. **09** 104 (Kiel). Verstoß gegen die guten Sitten durch Unterlassung. Ein Unterlassen reicht nur unter besonderen Umständen aus, um eine Ersatzpflicht zu begründen. Der Verpflichtete, welcher versäumt, Maßnahmen, die er gutgläubig getroffen hat, rückgängig zu machen, wenn er später erfährt, daß ein anderer durch seine Maßregel geschädigt werde, verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Eine zum Schadensersatz verpflichtende Unterlassung liegt darin nicht, daß jemand auf eine unter Zusendung einer gefälschten Bürgschaftsurkunde gerichtete Anfrage, ob die Unterschrift als echt anerkannt werde, eine Antwort nicht erteilt.

9. **RG.** R. **09** Ziff. 3358. Die Haftung aus dieser Vorschrift trifft auch den untätig gebliebenen, aber mit dem arglistigen Vorgehen seines Vertragsgenossen einverstandenen Vertragsteil.

10. Verleitung zum Vertragsbruche (JDR. **7** § 826 Ziff. 7, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 8).

a) *Degen, GewRschutz **09** 147, Markenschutz u. Wettbew. **09** 177. Die Verleitung zur Kündigung eines Vertragsverhältnisses ist nie unsittlich, es sei denn, daß die begleitenden Umstände die Unsittlichkeit erzeugen; — die Verleitung zum Bruche eines Vertragsverhältnisses ist immer unsittlich, es sei denn, daß die begleitenden Umstände die Unsittlichkeit ausschließen. Der in dem zweiten Punkte abweichenden, auf §§ 154 Abs. 1, 125 GewO. gegründeten Meinung des RG. kann nicht beigetreten werden. — (148.) Eine Verleitung zum Vertragsbruche bedeutet auch jeder Warenbezug durch Vermittelung von einen Zwischengewinn

erhaltenden Zwischenhändlern trotz Kenntnis, daß diesen von ihrer Bezugsquelle der Weiterverkauf untersagt ist.

b) RG. LeipzZ. **09** 312. Die Verleitung eines anderen zum Bruche eines mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags erfüllt im allgemeinen den Tatbestand des § 826 noch nicht, auch wenn damit das Bewußtsein einer Schädigung des Dritten verbunden ist. Es muß vielmehr ein Handeln gegen die gute Sitte, eine illoyale Handlungsweise hinzutreten, die, an einem allgemeinen durchschnittlichen Maßstab gemessen, dem zuwiderläuft, was nach dem Gefühl aller billig und gerecht Denkenden unter den gegebenen Verhältnissen geboten erscheint.

11. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile. Ausnutzung der Rechtskraft (JDR. **7** § 826 Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

RG. R. **09** Ziff. 3555. Die Ausnutzung eines rechtskräftigen Urteils, von dem man nachträglich erfährt, daß es materiell unrichtig ist, enthält, wenn ein solches Verhalten von einem höheren sittlichen Standpunkt aus auch zu mißbilligen ist, noch keine rechtlich unerlaubte Handlung, namentlich nicht eine illoyale Schädigung im Sinne von § 826 BGB. (**RG. 67**, R. **08** Ziff. 306). Hieran ändert es auch nichts, wenn der Kläger ein Rechtsanwalt ist, der als solcher Standespflichten zu erfüllen hat.

12. **RG. 71** 432, JW. **09** 683. Die exceptio doli generalis wird im BGB. anerkannt. S. o. § 817 Ziff. 4a.

RG. JW. **09** 144. Einrede der Arglist gegenüber demjenigen, der ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht geltend macht, ist zulässig.

13. § 826 im gewerblichen Lohnkampf (JDR. **7** Ziff. 12, **6** Ziff. 11, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4). Über Preisunterbietungen s. u. Ziff. 17 v (Degen).

a) RG. R. **09** Ziff. 2406. Bei Konkurrenz- und sonstigen Interessenkämpfen ist namentlich auch das Maß des dem Gegner zugefügten Übels für die Frage, ob die Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, von Bedeutung.

b) RheinA. **106** I 124 (Düsseldorf). Wenn auch grundsätzlich davon auszugehen ist, daß bei dem Lohnkampfe zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ein Streik der Arbeiter zum Zwecke der Erlangung besserer Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht gegen die guten Sitten verstößt, so erleidet dieser Grundsatz doch eine Ausnahme, wenn die Arbeitseinstellung unter schuldhafter Verletzung bestehender Vertragspflichten erfolgt und als Mittel benutzt wird, um einen unberechtigten Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Ein solches Verhalten verstößt gegen die guten Sitten.

c) RG. 71 108, JW. **09** 391. Schadensersatzanspruch wegen Aussperrung eines Arbeiters durch einen Arbeitgeberverband verneint. S. o. Ziff. 6a. Ein Arbeitgeberverband, der durch Versagung von Arbeitsnachweisscheinen in schwerwiegender Weise in das wirtschaftliche Leben von Arbeitnehmern eingreift, wird besonders vorsichtig bei Verhängung solcher Maßnahmen zu verfahren haben.

d) *α*. **RG.** JW. **09** 109, DJZ. **09** 378. Boykott einer Wirtschaft durch einen sozialdemokratischen Verein, weil der Inhaber der Wirtschaft dem Vereine keine Räume zur Abhaltung von Wahlversammlungen zur Verfügung gestellt hatte. Der Verein hatte darauf in einem Zeitungsinserate zum Boykott aufgefordert. Hierin liegt weder ein Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut der klagenden Wirtschaftsinhaber, noch ein Verstoß gegen die guten Sitten. Daß der Beschluß und seine Veröffentlichung darauf berechnet war, die Kläger zu einer Änderung ihres Verhaltens zu bestimmen, auf ihre Entschließung einen Druck auszuüben, reicht für sich allein nicht aus, dem Vorgehen des Vereins den Charakter einer unerlaubten Handlung zu geben. Der Boykott ist nicht nur im Lohn- und Klassenkampfe zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern statthaft; zu solcher Beschränkung liegt kein zureichender Grund vor; es muß nur im

Auge behalten werden, daß die Anwendung eines an sich erlaubten Kampfmittels sich als unsittlich und daher rechtswidrig darstellen kann, wenn der Nachteil, der dabei dem Gegner zugefügt wird, im Verhältnisse zu den Interessen, zu deren Wahrung der Kampf geführt wird, übermäßig schwer ist (vgl. **RG. 66** 379).

β. OLG. **18** 65 (KG.). Sperre der sozialdemokratischen Partei über die Restauration des Klägers, um ihn zur Hergabe seiner Säle für Parteiversammlungen zu bewegen. Aufstellung von Sperrposten, welche die Vorübergehenden vom Besuche des Lokals abhielten und Flugblätter verteilten, die zum Boykott des Lokals aufforderten. Wenn **RG. 64** 53 für zulässig erklärt wird, bei dem Boykott auch weitere Kreise für die Sache der streikenden Bäckergesellen zu interessieren, so darf man nicht das Ziel aus den Augen verlieren, das der Boykott erstrebte: die Streikenden gingen darauf aus, günstigere Arbeitsbedingungen zu erhalten. Hier handelt es sich aber darum, daß der Kläger gezwungen werden soll, einer politischen Partei sein Lokal für politische Versammlungen herzugeben. Das Verteilen der Flugblätter geht hier über das zulässige Maß des Erlaubten hinaus; es ist ein unerlaubtes Mittel für die Durchführung dieses Boykotts; sein Gebrauch somit ein Verstoß wider die guten Sitten.

e) RG. R. **09** Ziff. 1127—1130. Eine Schuhmachervereinigung hatte einen Meister, der bei einem Gesellenstreik sich verpflichtet hatte, sich den Beschlüssen der Meistervereinigung zu unterwerfen, später aber diesen Beschlüssen zuwider gehandelt hatte, angedroht, daß, wenn er sich nicht rechtfertige, rücksichtslos gegen ihn vorgegangen, insbes. sein Name öffentlich bekannt gemacht und auch den Behörden, für die er Lieferungen auszuführen hatte, mitgeteilt werden würde. Diese Drohung ist demnächst ausgeführt worden. Für den hieraus entstandenen Schaden kann nicht aus § 823 Abs. 2, § 153 GewO., auch nicht aus § 826 Schadensersatz verlangt werden.

f) Schanze, SächsRpflA. **09** 155 ff., teilt einige Entscheidungen des Straff. des SächsOLG. mit (Anwendung des groben Unfug-Paragraphen auf Verrufserklärungen; Verrufserklärungen und sächs. Polizeiverordnungen). Vgl. ebd. 180 ff.

g) R. **09** Ziff. 1486 (Dresden). Die Bekanntmachung der Namen oder Firmen solcher Geschäftsinhaber, die an Wirtschaftsvereinigungen Sonderrabatt gewähren, verstößt selbst dann nicht gegen die guten Sitten, wenn es in der Absicht oder mit dem Bewußtsein geschieht, den bekannt gegebenen Firmen Kunden zu entziehen.

h) RheinA. **106** I 109 (Cöln). Die Vereinbarung von Metzgern, in ihren Geschäften keine Rabattmarken zu verwenden, verstößt weder gegen die Gewerbefreiheit noch gegen die guten Sitten.

i) RG. R. **09** Ziff. 3554. Wenn eine Reederei zur Aufrechterhaltung der Disziplin in ihrem Geschäftsbetrieb ihren Offizieren die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Vereine — Verein deutscher Kapitäne und Offiziere der Handelsmarine — verbietet und denjenigen Offizieren, die eine diesbezügliche Erklärung zu unterzeichnen sich weigern, nach vorheriger Androhung der Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündigt, so ist darin ein Verstoß gegen § 826 BGB. nicht zu finden. — Vgl. HansGZ. **09** Beibl. 117 (Hamburg).

k) RheinA. **106** I 29 (Düsseldorf). Das Verbot des Prinzipals an seine Angestellten, eine bestimmte Wirtschaft (Geschäft) zu besuchen, ist kein Eingriff in den Gewerbebetrieb des anderen, für den er diesem aus § 823 aufzukommen hätte. Auch nach § 826 haftet er nicht, wenn er nach verständiger Würdigung der Verhältnisse das Verbot erließ, um sich vor Schaden zu schützen, der gegenüber dem Schaden des anderen nicht unerheblich gewesen wäre.

l) RG. LeipzZ. **09** 62. Dadurch, daß ein Gläubiger den Verein für Kreditreform veranlaßte, seinen Schuldner auf die schwarze Liste zu setzen, hat der Gläubiger noch nicht ohne weiteres seinem Schuldner in einer gegen die guten Sitten ver-

stoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt. Wenn der Verein durch Mitteilungen an seine Mitglieder oder Einschreibung der Klägerin in eine sog. schwarze Liste dem Beklagten einen Schaden zugefügt haben sollte, würde höchstens eine Verantwortlichkeit des Vereins, nicht aber auch der Klägerin begründet sein.

m) **RG. 71** 170, UnlW. **8** 303. Aufforderung an die Lieferanten eines Kaufmanns, diesem nicht mehr zu liefern, unter der Androhung des Abbruchs der eigenen Geschäftsbeziehung. Hierin liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten. Die erfolgreiche Betätigung des eigenen geschäftlichen Interesses wird regelmäßig mit einer Schädigung der Konkurrenten verbunden sein, und das Bewußtsein dieser Schädigung allein kann noch nicht die Annahme begründen, daß die Betätigung jenes Interesses gegen die guten Sitten verstoße. Ist die Handlung eine erlaubte, keine widerrechtliche, und wird sie in berechtigtem Interesse vorgenommen, so wird sie dadurch, daß sie zugleich durch ein sittenwidriges Motiv (Rachegefühl, den Kläger zu schädigen) beeinflußt wird, nicht zu einer unerlaubten, gegen die guten Sitten verstoßenden.

n) OLG. **18** 78 (KG.). Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Angestellter nach Beendigung des Dienstverhältnisses die im Dienste erworbenen Kenntnisse für sich verwertet.

o) SächsRpflA. **09** 118 (Dresden) wird das vom **RG.** JW. **08** 679 (JDR. **7** § 826 Ziff. 12 h) bestätigte Urteil abgedruckt. Zuzugswarnung.

p) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 83 f. JDR. **7** § 826 Ziff. 12 h.

q) Stichling, DJZ. **09** 254. Eine Verpflichtung des Arztes zur Ausstellung eines Krankheitsberichts, der bei bestimmten von den Ärzteverbänden gesperrten Gesellschaften gebraucht werden soll, an den Patienten besteht nicht. Es läßt sich daher auch keine Schadensersatzpflicht konstruieren. Eine Schadensersatzpflicht gegen den Verband, der den Arzt zur Ablehnung seines Zeugnisses bestimmt hat, wird angenommen.

r) OLG. **18** 67 (Colmar). Aufnahme in eine ärztliche Kaveteliste f. JDR. **7** § 826 Ziff. 12 k.

s) **RG.** JW. **09** 499. Vermögensrechtliches Interesse bei einer Klage auf Aufhebung einer Sperre.

t) Oertmann, ABürgR. **33** 221—240, über die Zulässigkeit der Satzungen des Zechenverbandes in Essen. — Verrufserklärung von Arbeitern. Kein Verstoß gegen § 826.

u) **RG.** BadRpr. **09** 131. Die Bestimmung des § 152 GewO. gilt nicht nur für die am Lohnkampfe unmittelbar beteiligten Gewerbegenossen, sondern auch für andere, die sich in Verfolg ihrer nur indirekten Interessen an den Kampfmaßregeln beteiligen.

v) Wahl (Vorwort von Rabel), RheinZ. **1** 274—290, behandelt die zivilrechtliche Haftung aus Streik nach französischem Rechte.

14. § 826 und der gewerbliche Rechtsschutz. *Degen, Gew. Rschutz **09** 137 f., Markenschutz u. Wettbew. **09** 176 f., erörtert die Bedeutung des § 826 für den gewerblichen Rechtsschutz im w. S. als den Inbegriff aller gewerblichen Interessen, die Schutz verdienen und des Schutzes bedürfen. Das Geltungsgebiet des § 826 beschränkt sich negativ gesehen auf vorsätzliche Schadenszufügungen, für die in den Sondergesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes eine Entschädigungs- (und damit zugleich Unterlassungs-)pflicht nicht bestimmt ist und die von Personen begangen werden, die zu dem Verletzten in keinem Vertragsverhältnisse stehen (das RG. hat zwar den § 826 verschiedentlich auch bei bestehenden Vertragsverhältnissen angewendet; hierzu besteht aber kein Bedürfnis). Positiv gesehen scheidet sich das Geltungsgebiet in ein Zwischengebiet, d. s. die Tatbestände, auf die der § 826 neben anderen Gesetzesbestimmungen (z. B. §§ 12,

823, 824, 1004 BGB.) sei es sie ergänzend, sei es in Gesetzeskonkurrenz mit ihnen anwendbar erscheint, und das ausschließliche Herrschaftsgebiet der Vorschrift, umfassend die (lediglich) sittenwidrigen oder „illoyalen" Handlungen; diese lassen sich dann, je nachdem sich der Verstoß gegen das gewerbliche Tätigsein im allgemeinen oder in seinen besonderen Ausgestaltungen und Einrichtungen richtet, in zwei Hauptgruppen einteilen, die wiederum je nach dem Gegenstande des sittenwidrigen Angriffs, der Ausführungsart usw. in zahlreiche Untergruppen zerfallen.

15. Verhältnis zum Warenzeichenrecht (JDR. **7** Ziff. 14, **6** Ziff. 15, **5** Ziff. 14, **4** Ziff. 10, **3** Ziff. 9).

a) *Degen, GewRschutz **09** 153, Markenschutz u. Wettbew. **09** 176. Die bewußte Aneignung einer Warenbezeichnung, die ein Dritter für seine Waren eingeführt hat, aber nicht hat eintragen lassen, durch deren Anmeldung ist im Zweifel, also unter Umkehrung der Beweislast, sittenwidrig.

b) SächsOLG. **30** 142 (Dresden). Löschung eines nach dem Warenzeichengesetz eingetragenen Warenzeichens wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.

16. Verhältnis zum UnlWGes. s. u. insbes. zum Gesetz vom 7. Juni 1909.

17. Einzelne Fälle.

a) Haftung für Auskunft und Rat (JDR. **7** § 826 Ziff. 16 b, **6** Ziff. 16 a, **5** Ziff. 15 c, **4** Ziff. 12 c).

α. **RG.** LeipzZ. **09** 931. Eine Auskunftserteilung kann einen Verstoß gegen § 826 oder vielleicht gegen § 263 StGB. als Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 enthalten. In jedem Falle müßte aber nachgewiesen werden, daß eine wissentlich unrichtige Auskunft erteilt worden ist, wobei es nicht gerade notwendig ist, daß es auf eine Schädigung des Empfängers der Auskunft abgesehen war. Das Bewußtsein der Schädigung würde ausreichen. **RG. 63** 148, **62** 139, JW. **07** 201 (s. o. Ziff. 5 a).

β. **RG.** LeipzZ. **09** 144. § 826 findet bei Erteilung eines Rates oder einer Auskunft nur Anwendung, wenn eine vorsätzliche Schädigung vorliegt und damit das Bewußtsein der Unwahrheit der mitgeteilten Tatsachen sowie das Bewußtsein, daß durch diese Unwahrheit möglicherweise dem Empfänger des Rates oder der Auskunft ein Schaden entstehen kann.

b) Arglistige Täuschung (JDR. **7** § 826 Ziff. 16 c, **6** Ziff. 16 b, **5** Ziff. 15 e).

α. ElsLothJZ. **09** 587 (Colmar). Der strafrechtliche Betrug unterscheidet sich von der arglistigen Täuschung im zivilrechtlichen Sinne dadurch, daß bei letzterer die Absicht der Verschaffung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils und eine Vermögensschädigung nicht notwendig sind. Das BGB. versteht nämlich unter der arglistigen Täuschung die wider besseres Wissen stattfindende Vorspiegelung falscher oder die Unterdrückung oder die Entstellung wahrer Tatsachen zum Zwecke der Irrtumserregung. Was insbesondere das arglistige Verschweigen in Erfüllung eines Vertrags betrifft, so ist darunter das böswillige Verschweigen von Tatsachen (Eigenschaften, Mängeln) zu verstehen, unter Umständen, in welchen die Aufklärung über den Sachverhalt nach der Verkehrssitte oder nach dem Gebote der guten Sitte zu erwarten ist.

β. **RG.** R. **09** Ziff. 1992 u. 1993. Bei dem Schadensersatzanspruch aus arglistiger Täuschung kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die Haftung des Verkäufers für die Richtigkeit seiner Angaben ausgeschlossen worden ist. Der Anspruch des durch arglistige Täuschung zum Vertragsschlusse bestimmten Käufers auf das Erfüllungsinteresse kann in der Weise verwirklicht werden, daß der Ersatz durch Minderung der ihm obliegenden Gegenleistungen zu erfolgen hat. Wird der Kaufpreis erst nach

und nach fällig, so ist die Minderungssumme nicht verhältnismäßig auf alle Raten zu verteilen, sondern von der zunächst fälligen in Abzug zu bringen.

γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2658. Eine zum Schadensersatze verpflichtende arglistige Täuschung kann darin liegen, daß jemand den Vertragsverhandlungen anderer Personen beiwohnt und, durch eigenes wirtschaftliches Interesse mitbestimmt, den betrügerischen Vorspiegelungen eines Kontrahenten, deren Unrichtigkeit ihm bekannt ist, nicht widerspricht.

δ. **RG.** R. **09** Ziff. 1303. Bei der Prüfung, ob in allgemeinen Angaben des Verkäufers über den Ertrag eines Landguts erkennbar unverbindliche Anpreisungen zur Erhöhung der Kauflust oder arglistige Täuschungen zu erblicken sind, kann auf den vereinbarten Gewährsausschluß Rücksicht genommen werden.

ε. **RG.** R. **09** Ziff. 3552. Wenn ein Käufer, obschon er weiß, daß er beim Kaufabschlusse vom Verkäufer betrogen worden ist, an den Verkäufer vorbehaltlos den Restkaufpreis zahlt, so kann darin ein Verzicht auf seine Schadensersatzansprüche gefunden werden.

ζ. **RG.** R. **09** Ziff. 3359. Nur wenn die Käufer durch die unwahren Angaben des Verkäufers zum Vertragsabschlusse bestimmt wurden, kann er neben Aufrechterhaltung des Vertrags auch Schadensersatz fordern.

η. **RG.** R. **09** Ziff. 2952. Wer die von einem anderen bewirkte Schätzung des Ertrags eines Geschäfts in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit bestätigt, haftet aus § 826 BGB.

ϑ. **RG.** UnlW. **8** 133 f. JDR. **7** § 826 Ziff. 14 c.

ι. **RG. 69** 277 (281). Ausschluß eigenen Verschuldens gegenüber arglistiger Täuschung f. JDR. **7** § 826 Ziff. 16 c δ ββ (363).

c) **RG.** R. **09** Ziff. 421. Eine Vertragspartei, welche darauf ausgeht, den Vertragszweck für den anderen Vertragsteil zu vereiteln, verstößt gegen § 826.

d) **RG.** R. **09** Ziff. 830. Wenn jemand eigenen Vorteils wegen an der Verletzung vertraglicher Pflichten eines anderen wissentlich teilnimmt, so ist er unter Umständen gemäß § 826 ersatzpflichtig.

e) **RG.** R. **09** Ziff. 1489. Wenn ein Gewerbetreibender, um einen Kunden von dem Übergange zu einem Konkurrenten abzuhalten, über dessen Vorleben ungünstige, aber der Wahrheit entsprechende Mitteilungen macht, so kann dies nicht ohne weiteres als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten angesehen werden.

f) **RG.** SächsRpflA. **09** 207, UnlW. **8** 247, R. **09** Ziff. 2257. Ein Gewerbetreibender handelt gegen die guten Sitten, wenn er bei Empfehlung seiner eigenen Erzeugnisse in bezug auf die Ware anderer, um deren Absatz zu schmälern, Ausdrücke anwendet, die sachlich unberechtigt und geeignet und darauf berechnet sind, diese Ware in den Augen des Publikums herabzuwürdigen.

g) HansGZ. **09** Hptbl. 297 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Detaillist seinen Kunden bei Gelegenheit des Verkaufs eines Fabrikats das gleichartige Fabrikat eines Konkurrenten empfiehlt. — Empfehlung koffeinfreien Kaffees bei Gelegenheit des Verkaufs von Malzkaffee durch Beifügung eines Zettels, auf welchem für das erstere Fabrikat Reklame gemacht wird.

h) R. **09** Ziff. 2951 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Kleinkaufmann beim Verkauf einer Ware dieser einen Zettel beilegt, in der ein Konkurrenzprodukt empfohlen wird.

i) SächsRpflA. **09** 69 (Dresden). Vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung durch einen Anschlag, in dem ein Gläubiger öffentlich eine uneinbringliche Forderung gegen seinen Schuldner zum Verkauf ausbietet.

k) OLG. **18** 78 (Kiel). Nach den in den Kaufmannskreisen herrschenden Anschauungen über Sitte und Recht im Geschäftsverkehre hat jeder Kaufmann oder sein Vertreter, wenn der Ausbruch des Konkurses nicht mehr abzuwenden ist, die sittliche

Pflicht, keine Maßnahmen zu treffen, besonders keine weiteren Verpflichtungen einzugehen, durch die seine Vermögenslage zugunsten oder zuungunsten einzelner Gläubiger geändert wird. Handelt er gegen diese Pflicht, so macht er sich nach den berechtigten Anschauungen jener Kreise eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig.

l) BadRpr. **09** 1 (Karlsruhe). Anwendung des Satzes dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

m) **RG.** JW. **09** 715 (717). Verstoß gegen die guten Sitten durch Ausbeutung eines geistig Geschwächten zur Erlangung eines Vorteils und zur Zufügung eines Schadens. Verhältnis zu § 138.

n) **RG. 71** 432, JW. **09** 683. § 826 findet auch Anwendung auf von vornherein nichtige Verträge; er setzt das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses nicht voraus.

o) **RG.** DJZ. **09** 601. Abbildungen in Katalogen sind nicht als solche technischer Art im Sinne des § 1 Ziff. 3 UrheberrechtsG. v. 19. Juni 1901 anzusehen. Ihre Benutzung verstößt nicht gegen die guten Sitten.

p) KGBl. **09** 88 (LG. III Berlin). Die Ehefrau, der bekannt ist, daß ihr Ehemann wiederholt fruchtlos gepfändet und vermögenslos ist und die Waren bestellt, ohne die Absicht zu haben, diese aus eigenen Mitteln zu bezahlen, verstößt gegen die guten Sitten und handelt mit dem Bewußtsein der möglichen Schädigung des Lieferanten. Sie haftet daher aus § 826.

q) α. **RG.** JW. **09** 202. Der Gläubiger hat kein Recht, zu verlangen, daß der Schuldner seine Erwerbstätigkeit in einer solchen Art und Weise ausübe, daß es dem Gläubiger ermöglicht wird, die Hand auf die Früchte dieser Tätigkeit zu legen. Der Gläubiger kann demgemäß nicht beanspruchen, daß sein Schuldner eine für jenen günstige Erwerbstätigkeit fortsetze, wenn der Schuldner dies nicht tun will.

β. **RG. 69** 59 ff. s. JDR. **7** § 826 Ziff. 16 h β.

r) **RG.** R. **09** Ziff. 2407. Wenn ein Grundstückseigentümer, beraten durch einen Bausachverständigen, einem Unternehmer die Ausschachtung eines zur Bebauung bestimmten Grundstücks zu einem bestimmten Preise überträgt, so kann er später keinen Schadensanspruch gegen den Unternehmer aus dem Grunde erheben, weil dieser ihn nicht darauf aufmerksam gemacht habe, daß der auszuschachtende Sand Bausand sei und einen weit über den vereinbarten Preis hinausgehenden Wert habe.

s) **RG.** R. **09** Ziff. 1777. Wenn ein Hypothekengläubiger an dem Erwerbe des zur Zwangsversteigerung kommenden Grundstücks kein Interesse hat und deshalb lediglich in der Absicht, seine Hypothek zu bewahren, mit einem Dritten vereinbart, daß dieser das Grundstück zu einem die Hypothek nicht deckenden Preise ansteigern und dann die Hypothek wieder eintragen lasse, so kann darin noch nicht ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten gefunden werden.

t) **RG.** R. **09** Ziff. 2404. Ein unlauteres Verhalten im Sinne des § 826 BGB. liegt vor, wenn Eltern in der Absicht, die von ihrer Schwiegertochter einzubringende Mitgift möglichst hoch zu gestalten und dann an sich zu bringen, über die Charaktereigenschaften ihres Sohnes und die Güte des von diesem übernommenen Geschäfts den Eltern ihrer Schwiegertochter bewußt unwahre Angaben machen.

u) **RG.** LeipzZ. **09** 146, JW. **09** 59. Die Verbots- und Prohibitivbestimmungen des Börsengesetzes können dadurch nicht wirkungslos gemacht werden, daß der Partei, die sich auf sie beruft, der Vorwurf gemacht wird, sie handle damit gegen die guten Sitten.

v) Preisunterbietung (JDR. **7** § 826 Ziff. dd, **6** Ziff. 16 cc). *Degen, GewRSchutz **09** 150. Das Ausbieten von Waren zu Schleuderpreisen ist nicht nur dann unsittlich, wenn der Erwerber die Waren auf unrechtmäßige Art, z. B. durch Verleitung zum Vertragsbruche, erworben hat, sondern auch dann, wenn dadurch der wahrheitswidrige Anschein erweckt werden

soll, als ob auch alle anderen Waren des Ausbietenden in demselben Verhältnisse preiswerter seien als die Waren anderer Händler.

w) **RG.** R. **09** Ziff. 831. Ein Bohrunternehmer hatte die ihm von einer Gewerkschaft angetragene Ausführung von Bohrungen abgelehnt. Die Gewerkschaft übertrug die Bohrungen einem Bohrmeister jenes Bohrunternehmers, obwohl sie wußte, daß der Bohrmeister dabei die Geräte seines Dienstherrn ohne dessen Einwilligung benutzen werde. Hierin ist ein gemäß § 826 zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten zu finden. Die Schädigung ist schon mit dem Abschlusse des Vertrags gegeben.

x) **RG.** R. **09** Ziff. 1304. Ein Ortsstatut, wonach den Beziehern von elektrischer Kraft aus einem Privatwerke (Blockstation) die Gasabgabe aus der städtischen Gasanstalt verweigert wird, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

y) SächsRpflA. **09** 96 (LG. Leipzig). Verstoß gegen die guten Sitten durch Beeinträchtigung fremder Jagdausübung (Erregung von Lärm, Abfeuern von Schreckschüssen).

z) BayRpflZ. **09** 154 (Nürnberg). Schadensersatz wegen eines pactum de non licitando. § 826 ist angewandt worden.

aa) Höniger. Gegen denjenigen, der durch Delikt die Formungültigkeit eines Geschäfts herbeigeführt hat, muß der Inhalt dirses Geschäfts irgendwie zu Bestand gebracht werden. Durch das bloße Vorbringen der Tatsache des deliktischen Verhaltens eines der Kontrahenten kann das formnichtige Geschäft allein nicht zur Formgültigkeit oder auch nur zur beschränkten Wirksamkeit dem unrecht Handelnden gegenüber gebracht werden. Durch Anwendung des § 249 BGB. kommt man zu einem befriedigenden Ergebnisse.

bb) **RG.** WarnE. **09** 131. Verstoß gegen die guten Sitten dadurch, daß der Käufer den Verkäufer veranlaßt, unter Umgehung des Verkaufmäklers zu verkaufen.

§ 827. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 392 ff. Wer von seiner Intoleranz nichts wußte und von ihr geradezu überrascht wurde, ist deliktsunfähig. Wer aber seine Intoleranz kannte oder gar ihretwegen einmal als nicht verantwortlich angesehen worden ist, kann sich nicht mehr zu seiner Entlastung auf sie berufen. Will der Intolerant mit Sicherheit der Gefahr entgehen, für unerlaubte, nur auf abnorme Alkoholwirkung zurückzuführende Handlungen verantwortlich gemacht zu werden, so muß er abstinent werden und bleiben. In ähnlicher Weise wie beim Alkohol ist auch die Wirkung anderer betäubender oder berauschender Mittel, wie Opium, Morphium, Kokain, Haschisch usw., zu beurteilen. Wer gegen seinen Willen durch Hypnose zur Begehung einer unerlaubten Handlung gezwungen wird, kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden. Läßt er sich nur deshalb hypnotisieren, um in der Hypnose die unerlaubte Handlung ausführen zu können, so ist die Frage der Selbstverschuldung unbedingt zu bejahen.

§ 828. RG. R. **09** Ziff. 680. Den Mangel der Einsicht hat der Minderjährige zu beweisen; Zielen mittels eines Teschinggewehrs auf einen Menschen kann auch einen 9 jährigen Knaben haftbar machen.

§ 829. 1. *Höchster, ACivPr. **104** 427 ff. Die Haftung aus § 829 BGB. setzt keine subjektive Rechtswidrigkeit — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — in der Person des Unzurechnungsfähigen voraus: sie läßt sich vielmehr schon dann statuieren, wenn ein Verhalten in Frage steht, welches bei einem zurechnungsfähigen, den normalen Anforderungen des Verkehrs gewachsenen Menschen als Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu bezeichnen wäre. Vgl. dagegen Heinsheimer, ACivPr. **95** 234 ff.

2. Meyer, Publizitätsprinzip 90. Die Haftung beruht auf dem Veranlassungsprinzip des § 254.

§ 830. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1013, JW. **09** 136. Der Begriff der Beteiligung im Sinne des zweiten Satzes im § 830 Abs. 1 erfordert zwar nicht einen r e ch t l i ch e n Zusammenhang der mehreren unerlaubten Handlungen, wie er im ersten Satze jenes Abs. 1 vorausgesetzt ist, aber doch einen tatsächlichen Zusammenhang, der es rechtfertigt, die gesamten Handlungen als einen einheitlichen Vorgang anzusehen, nicht etwa bloß als mehrere nur zufällig zeitlich zusammentreffende einzelne Handlungen.

2. **RG.** JW. **09** 687. § 830 Abs. 1 Satz 2 setzt für die „Beteiligung" mehrerer keineswegs ein bewußtes gemeinsames Vorgehen im Sinne von Mittäterschaft — § 830 Abs. 1 Satz 1 u. § 47 StGB. — voraus, hat vielmehr gerade den Fall im Auge, wo mehrere (jeder für sich) eine unerlaubte Handlung begehen, ohne daß zwischen ihnen ein rechtlicher Zusammenhang besteht, weil jeder selbständig handelt, ohne Mittäter, Anstifter oder Gehilfe des anderen zu sein. Beteiligt muß hier der Einzelne nur an dem tatsächlich einheitlichen, örtlich und zeitlich zusammenhängenden Vorgange sein, der sich aus den mehreren selbständigen Handlungen zusammensetzt und in dessen Bereich der rechtswidrige schädigende Erfolg fällt. Bei einem derartigen gemeinsamen Tun soll nach dem Gesetz in Rücksicht auf die von jedem schuldhaft bewirkte Gefährdung und die im gegebenen Falle für den Verletzten erwachsende Beweisnotlage jeder Beteiligte, der den Schaden verursacht haben k a n n, hierfür verantwortlich sein (**RG. 58** 357; Urt. v. 11. 6. 08, VI 561/07). — Ein typischer Fall ist der, wenn bei einer von mehreren zusammen ausgeübten Jagd mehrere Schützen zugleich oder unmittelbar nacheinander Schüsse in unvorsichtiger Weise auf ein Wild abgegeben und durch einen dieser Schüsse ein Treiber oder auch ein unbeteiligter Dritter verletzt wird.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2259. Zur Annahme einer von mehreren gemeinschaftlich begangenen Mißhandlung genügt die Feststellung, daß die mehreren auf Grund eines gemeinschaftlichen, auf die Mißhandlung gerichteten Willens und in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken gehandelt haben und dabei der einzelne e n t w e d e r mit der Hand o d e r mit einem Stocke geschlagen hat o d e r getreten o d e r in anderer Weise mittätig gewesen ist.

4. MecklZ. **27** 105 (Rostock). Haftung mehrerer Hundebesitzer als Mittäter gemäß §§ 830, 840. — § 830 erfordert nicht ein gemeinsames schuldhaftes Vorgehen, sondern nur ein tatsächliches Zusammenwirken. Vgl. JDR. **6** § 833 Ziff. 7.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1009, JW. **09** 416. Mittäterschaft bei einem schuldhaften Verstoße gegen die §§ 1134. 1135. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 7 g α.

§ 831. 1. **RG.** JW. **09** 456. Der § 831 stellt die Vermutung des Verschuldens des Geschäftsherrn auf.

2. a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1018, R. **09** Ziff. 61. Widerrechtliche Schadenszufügung i. S. des § 831 liegt vor, wenn der Schaden objektiv widerrechtlich ist, wenn also das Recht zu der Schädigung keine Befugnis gewährt. Auf Verschulden des unmittelbaren Täters kommt es nicht an, von ihm wird nur ein Handeln oder Unterlassen erfordert, das, in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung begangen, den Schaden herbeigeführt hat. Ein auf die Schädigung gerichteter Wille ist nicht notwendig. Jedoch ist immer erforderlich, daß nicht eine zufällige unberechenbare Verkettung von Umständen, sondern ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung und dem Schaden besteht.

b) **RG.** WarnE. **09** 462. § 831 setzt einen objektiv rechtswidrigen Tatbestand voraus, der durch Hinzutreten eines Verschuldens zur unerlaubten Handlung wird; seine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn ein Handeln erst durch die subjektive Willensrichtung überhaupt rechtswidrig wird, wie bei § 826 und § 823 Abs. 2 in Verb. mit § 263 StGB. (**RG. 70** 74).

c) OLG 18 79 (Dresden). Die Haftung des Geschäftsherrn ist durch das subjektive Verschulden des Angestellten nicht bedingt, es genügt, daß der letztere in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung den Schaden objektiv widerrechtlich herbeigeführt hat (SächsRpflA. **14** 566).

3. a) **RG. 70** 379, JW. **09** 277, DJZ. **09** 658. Zur Begründung der Klage aus § 831 gehört nicht die bestimmte Bezeichnung der Person, die zur Verrichtung bestellt ist. Der Entlastungseinwand ist genügend substanziiert, wenn (bei einem Straßenbahnunfalle) die Vorgesetzten der in Frage kommenden Schaffner als Zeugen benannt werden, die von der Art und Weise der Ausübung der den Schaffnern übertragenen Verrichtungen Kenntnis zu nehmen und sich ein Urteil darüber zu bilden hatten, ob ein Schaffner in seiner Stellung zu belassen sei.

b) **RG.** JW. **09** 483. Die Benennung eines einzelnen Betriebsbeamten, auf den ein Unfall zurückzuführen ist, kann vom Kläger nicht verlangt werden (**RG.** JW. **09** 277 u. **06** 196).

4. **RG.** JW. **09** 416. Der Besteller (Geschäftsherr) haftet für den durch einen zu einer Verrichtung Bestellten in Ausführung dieser Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden auf Grund des § 831 nur dann, wenn er dem Bestellten gegenüber die Stellung eines Geschäftsherrn einnimmt. Er hat diese Stellung nur dann, wenn er die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu erteilen und der Bestellte sie zu befolgen hat, wenn also der Bestellte bei der Ausführung der Verrichtung von dem Willen des Bestellers abhängig ist; nicht aber, wenn der Bestellte bei Ausführung der Verrichtung nach eigenem Ermessen zu handeln und dasjenige vorzunehmen hat, was er auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung für zweckmäßig erachtet (**RG. 51** 200, ferner **RG.** v. 23. 10. 06 u. 9. 1. 08, VI 87/06 u. VI 146/07; v. 27. 3. 06, VII 336/05).

5. a) SchlHolstAnz. **09** 37 (Kiel). Ist eine Verrichtung einem anderen zu völlig selbständiger Ausführung übertragen, so findet § 831 keine Anwendung.

b) **RG.** PrVerwBl. **30** 866, JW. **09** 276. Der Beklagte hatte Bäume verkauft und durch den Käufer fällen lassen. Er hatte dem Käufer zur Pflicht gemacht, das Niederlegen der Bäume vorsichtig zu besorgen, damit niemand verletzt werde; er solle auch gehalten sein, der Anweisung der mit der Leitung und Beaufsichtigung der Arbeit betrauten Beamten Folge zu leisten. Die Klage war vom Berufungsgericht abgewiesen, weil der Beklagte sich von dem Vorwurfe nicht genügend für die Sicherheit des Verkehrs gesorgt zu haben, entlastet habe. RG. führt aus: § 831 findet keine Anwendung. Der Käufer der Bäume ist durch die Übernahme der vertraglichen Verpflichtung nicht ein Angestellter des Beklagten geworden, dem dieser als Geschäftsherr gegenüberstand. Er blieb selbständiger Unternehmer. Der Beklagte kann sich von dem Vorwurfe, fahrlässig seine Pflicht zur Sicherung des Verkehrs unerfüllt gelassen zu haben, durch den Beweis frei machen, daß er das, wozu er verpflichtet war, einem anderen übertragen hat, dessen Persönlichkeit Sicherheit dafür bot, es werde das geschehen, was dem Bekl. zu tun oblag. Der Entlastungsbeweis hat sich dahin zu richten, daß er dafür gesorgt habe, daß der Käufer der Bäume ausreichende Maßregeln für die Sicherung des Verkehrs treffen werde.

6. a) **RG.** JW. **09** 659, LeipzZ. **09** 931. Wie das RG. in zahlreichen Entscheidungen anerkannt hat, besteht eine Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn über den ganzen Umfang seines Geschäftsbetriebs, derzufolge er die Verrichtungen seiner Angestellten zu überwachen hat (**RG.** JW. **06** 745). Der Geschäftsherr kann sich nicht damit entlasten, daß er die Angestellten sorgfältig ausgewählt hat. Auch wenn er dies getan hat, muß er sich während ihrer Tätigkeit in seinem Betriebe vergewissern, ob ihre Fertigkeiten und ihre Verlässigkeit den eingezogenen Erkundigungen entsprechen, und er muß ferner mit der Erfahrung rechnen, daß der Angestellte, der das Auge des

Herrn nicht über sich weiß, in seinen Verrichtungen, besonders wenn es sich um solche alltäglicher und niedriger Art handelt, lässig zu werden pflegt. Umfang und Maß der Aufsicht haben sich wiederum nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.

b) **RG.** LeipzZ. **09** 675, R. **09** Ziff. 1878. Über Überwachungspflicht s. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 8 k.

c) BadRpr. **09** 193 (Karlsruhe). Keine Überwachungspflicht des Geschäftsherrn, der einen zuverlässigen Bauleiter bestellt.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 924, JW. **09** 358 (360). Der Geschäftsherr haftet nur für einen in Ausführung der Verrichtung angerichteten Schaden, nicht auch wegen bloß bei Gelegenheit der Verrichtung verursachter Schäden. Das erstere setzt nicht voraus, daß gerade die den Schaden unmittelbar verursachende körperliche Handlung selbst dem Bestellten aufgetragen worden war. Es genügt, wenn sie in den Kreis der Maßnahmen fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen" (Planck, Oertmann). Wenn ein Fuhrknecht, der auf einer im Interesse seines Dienstherrn vorgenommenen Fahrt jemanden mitnimmt und hierbei sich ein Unfall ereignet, so ist der Schaden in Ausführung der Verrichtung, zu der der Fuhrknecht bestellt ist, entstanden (JDR. **7** § 831 Ziff. 7).

8. a) **RG.** R. **09** Ziff. 985. Keine Verantwortung des Vaters für den Erfolg seiner Erziehung. Bei einem 13jährigen Jungen, der nicht bloß zu gewöhnlichen Unarten, sondern auch zu ernsteren üblen Streichen neigt, erwächst dem Vater die Pflicht, ihn stetig und in besonders strenger Weise zu beaufsichtigen. Er darf ihm insbes. nicht gestatten, allein ohne Aufsicht im Felde herumzuschweifen.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 681. Einem 20jährigen Sohne gegenüber kann dem Vater eine erhebliche Aufsicht nur auf Grund besonderen Anlasses angesonnen werden.

9. **RG. 70** 74, LeipzZ. **09** 234, JW. **09** 136, DJZ. **09** 377. Eine Erweiterung der gesetzlich geordneten Schadensersatzpflicht bei Verletzung des gewerblichen Urheberrechts ist abzulehnen. Sie ist auf dem durch Spezialgesetze geordneten Gebiete des Patentrechts, Gebrauchsmusterschutzes und Warenzeichenrechts auf die Fälle wissentlicher oder grob fahrlässiger Verletzung beschränkt. Die Anwendung des § 831 würde eine Erweiterung auf Fälle ermöglichen, in denen weder dem Geschäftsherrn noch dem Angestellten grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Seine Anwendbarkeit ist daher für das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes abzulehnen, obwohl grundsätzlich auch die erwähnten Spezialgesetze einer Ergänzung durch das BGB. fähig und bedürftig sind (vgl. **RG. 62** 321). Vgl. zu diesem Urteil Düringer, LeipzZ. **09** 234 Anm. — Über die Anwendung des § 831 beim UnlWG. s. JDR. **7** § 6 UnlWG. Ziff. 5.

10. Personenkreis (JDR. **7** § 831 Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 5, 6).

RG. JW. **09** 69, DJZ. **09** 378. Stadtbaumeister als besonderer Vertreter i. S. der §§ 31, 89; nicht Angestellter i. S. des § 831.

11. Beweis und Gegenbeweis (JDR. **7** § 831 Ziff. 10, **6** Ziff. 9, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 3).

a) **RG.** R. **09** Ziff. 3557. Den Geschäftsherrn trifft eine konkrete Darlegungs- und Beweispflicht. Dem genügt die allgemeine Behauptung nicht, es sei in gewissen Städten allgemein üblich, die Lenkung von Metzgerwagen Lehrlingen jüngeren Alters zu überlassen.

b) **RG. 71** 217, LeipzZ. **09** 675, 777, JW. **09** 456. Der Geschäftsherr kann den Entlastungsbeweis auch in der Weise führen, daß den Geschädigten ein solch überwiegendes mitwirkendes Verschulden trifft, daß der Schaden als völlig auf diesem Verschulden beruhend anzusehen ist.

c) **RG.** PosMSchr. **09** 164. Entlastung des Geschäftsherrn durch den Nachweis, daß der Schaden zufällig entstanden sei.

d) KGBl. **09** 11 (KG.). Für den dem Geschäftsherrn aus § 831 zustehenden Entlastungsbeweis, daß er bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, kommt derjenige Zeitpunkt in Betracht, zu welchem der Bestellte die schädigende Handlung begangen hat.

e) **RG.** JW. **09** 687. Entlastungsbeweis des Hauseigentümers, daß er das zur Verwahrung eines Schachtes Erforderliche veranlaßt habe. Überträgt der Eigentümer die Verwaltung des Hauses seiner Frau, so ist zu seiner Entlastung erforderlich, daß er die Frau über die Notwendigkeit der Verwahrung der Schachtöffnung unterrichtet hat oder daß er Grund zu der Annahme hatte, daß die Frau alles das kannte, was nach dem Gebote des Schutzgesetzes (§ 367 Ziff. 12 StGB.) dem Hauseigentümer oblag.

f) **RG.** R. **09** Ziff. 2953. Bei einer schwierigen und gefahrvollen Verrichtung wie der Bedienung eines Hebekrans reicht unter Umständen die bloß einmalige Unterweisung des technisch nicht vorgebildeten Kranwärters für den Entlastungsbeweis nicht aus.

12. § 831 u. § 278.

a) SchlHolstAnz. **09** 14 (Kiel). § 278 tritt nur bei den Verletzungen ein, die sich als eine Verletzung der aus dem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen darstellen; bei Versehen, die den Tatbestand einer unerlaubten Handlung bilden, die nur äußerlich mit der Vertragserfüllung zusammenfällt, kommt § 831 in Anwendung.

b) HansGZ. **09** Beibl. 71 (Hamburg). Hat der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch aus unerlaubter Handlung, dem der andere an sich mit dem Einwande aus § 831 begegnen kann, hat aber der Kläger sich gleichzeitig den Ersatzanspruch aus einem Vertrag eines Dritten mit dem Beklagten abtreten lassen und stützt der Kläger auch hierauf seine Klage, so kann der Beklagte den Einwand des § 831 nicht entgegensetzen. (Es handelt sich um die gleiche Schäden verursachende Handlung, die dem Kläger gegenüber unerlaubte Handlung, dem Dritten gegenüber Vertragsverletzung war.)

13. Einzelne Fälle (JDR. **7** § 831 Ziff. 11, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 5).

a) **RG.** R. **09** Ziff. 1488. Wer eine Verrichtung, bei der die Beobachtung einer polizeil. Vorschrift in Frage kommt, einem anderen überträgt, muß die ihm vom Gesetz auferlegte Sorgfalt auch dahin betätigen, daß er sich darauf verlassen kann, der andere werde die Vorschrift beachten. Damit, daß er sie nicht gekannt habe, kann sich der Beklagte nicht entschuldigen; ob eine andere Auffassung geboten wäre, wenn sich der Unfall nur wenige Tage nach dem Inkrafttreten der Verordnung ereignet hätte, kann dahingestellt bleiben; es war seitdem bereits ein Zeitraum von ziemlich $4^1/_2$ Monaten vergangen.

b) **RG.** EisenbE. **25** 266 s. JDR. **7** § 831 Ziff. 11 e.

c) Sorgfalt bei der Auswahl eines Chauffeurs (JDR. **7** § 831 Ziff. 11 f, **6** Ziff. 10 d, s. o. § 823 Abs. 1 Ziff. q und r).

α. **RG.** R. **09** Ziff. 3076. Die Anordnung, daß ein noch nicht völlig ausgebildeter Kraftwagenführer den Kraftwagen unter Aufsicht des mitfahrenden tüchtigen Führers zu leiten habe, genügt nicht zum Entschuldigungsbeweise aus § 831.

β. DJZ. **09** 272 (Hamburg). Wer in einer Großstadt einen Automobildroschkenbetrieb einrichtet, der für das Publikum Gefahren mit sich bringt, genügt seiner Pflicht aus § 831 nicht schon, wenn er Leute anstellt, die sich als Pferdekutscher bewährt haben und nach polizeilicher Bescheinigung mit den Einrichtungen und der Bedienung einer elektrischen Automobildroschke völlig vertraut sind, sondern er muß sich auch davon überzeugen, daß es besonnene Fahrer sind, welche auch auf das Straßenpublikum die gebotene Rücksicht nehmen.

γ. RG. R. **09** Ziff. 2260. Bei einem Automobilunfalle hat der Eigentümer des Automobils der ihm hinsichtlich der Auswahl des Lenkers obliegenden Beweispflicht an sich genügt, wenn er amtliche Bescheinigungen vorlegt, wonach der Lenker — sein Sohn — bei den mit ihm vorgenommenen Prüfungen sich als ruhiger und sicherer Fahrer erwiesen hatte und ihm die Erlaubnis zur Vornahme von Probefahrten mit Kraftfahrzeugen erwirkt worden war.

δ. HansGZ. **09** Beibl. 191 (Hamburg). Sorgfalt bei der Auswahl eines Automobilführers. Der Umstand, daß die Beklagte (Automobilgesellschaft) besonders viele Chauffeure gebraucht und lauter gute seltener zu bekommen sind, darf in keiner Weise den Maßstab herabdrücken, der bei der Auswahl eines jeden einzelnen anzulegen ist.

ε. R. **09** Ziff. 2659 (Hamburg). Die beklagte Automobildroschkengesellschaft hat nicht die ihr bei Leitung des Betriebs obliegende, im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, wenn sie einen Chauffeur zu Fahrten aussendet, der innerhalb sechs Monaten vor dem Unfalle vier, wenn auch kleinere, Unfälle gehabt hat.

ζ. HansGZ. **09** Beibl. 1 (Hamburg). Keine Haftung des Automobilbesitzers für seinen Angestellten, der ein Automobil lenkt, falls der Lenker weder mit der Führung von Automobilen im allgemeinen oder im besonderen Falle beauftragt war oder wenn der Geschäftsherr nicht wußte, daß dieser Angestellte mit seinen Automobilen ausfahre.

η. HansGZ. **09** Beibl. 22 (Hamburg) über Sorgfalt in der Auswahl eines Chauffeurs.

ϑ. **RG.** EisenbE. **25** 176 s. JDR. **7** § 831 Ziff. 11 f β.

ι. EisenbE. **25** 199 (Hamburg) s. JDR. **7** § 831 Ziff. 11 f δ.

d) PosMSchr. **09** 24 (Königsberg). Sorgfalt bei der Auswahl eines Droschkenkutschers in einer Großstadt. Erforderlich sind nicht nur technische Fähigkeiten sondern auch Zuverlässigkeit, Besonnenheit, moralische Reife. Erkundigungspflicht des Dienstherrn bei der Anstellung; führen Erkundigungen zu keinem sicheren Ergebnisse, so besteht die Verpflichtung zur eigenen Prüfung und Überwachung. Die Erteilung des Fahrscheins an den Droschkenkutscher befreit den Dienstherrn nicht von der Prüfung der Eigenschaften des Anzustellenden, da sich der Dienstherr hieraus kein Urteil über die Zuverlässigkeit bilden kann.

e) **RG.** R. **09** Ziff. 3362. Ein mit Bauhölzern beladener Wagen war, weil er in unzulässiger Weise einseitig belastet war, bei der Durchfahrt durch eine Straßenrinne umgeschlagen. Hierbei war A. verletzt worden. Der Fuhrunternehmer haftet für den entstandenen Schaden aus § 831 BGB.

f) **RG.** JW. **09** 134. Ist ein Verstoß gegen Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2 Stehenlassen unbeleuchteter Wagen auf der Straße) die Folge der eigenen unzureichenden und unzweckmäßigen Betriebsanordnungen des Geschäftsherrn, so kann dieser sich, um die Verantwortung für den entstandenen Schaden von sich abzulehnen, weder darauf berufen, daß die von ihr zu den gewerblichen Verrichtungen als Wagenführer bestellten Personen tüchtig und zuverlässig und mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausgewählt gewesen seien, noch darauf, daß er diese Personen das Stehenlassen von Wagen ohne Laterne in den Straßen streng untersagt habe.

g) **RG.** RheinA. **106** II 235. Schuldiener kein verfassungsmäßiger Vertreter eines Gymnasiums.

h) Falk, PrVerwBl. **31** 106, wendet sich gegen **RG. 64** 231, PrVerwBl. 28 438, in dem die Haftung der Gemeinde für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten ausgesprochen wird. Es ist zu versuchen, die Haftung auszuschließen. Verf. gibt einen Weg hierfür an.

i) Heuer, HansGZ. **09** Hptbl. 229. Ein Kanallotse des Kaiser Wilhelm-Kanals ist Vertreter i. S. des § 31. Für sein Verschulden haftet der Reichsfiskus. Abweichend

Eichholz ebd. 241. Die Aufgaben des Lotsen sind im wesentlichen rein technischer Natur. Bei ihnen tritt eine Vertretung des Staatswillens kaum hervor. Der Staatsfiskus haftet daher nicht für schuldhafte Schadenszufügung seitens eines Kanallotsen.

k) HansGZ. **09** Beibl. 104 (Hamburg). Haftung des Staates (Bremen) für die „Deputation für die Spaziergänge". Unterlassene Absperrung einer Straße, wenn ein Baum eingekerbt ist und umzufallen droht.

§ 832. 1. **RG. 70** 48, JW. **09** 17, DJZ. **09** 265. Dem Ehemanne liegt keine unter § 832 fallende Aufsichtspflicht hinsichtlich seiner Ehefrau ob. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 2 u. 4 a.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1307. Haftung des Vaters von drei minderjährigen Kindern neben diesen, wenn er hört, daß diese zum Verhauen des Klägers aufgefordert werden, ohne daß er ihnen das Verhauen verbietet.

3. SeuffA. **64** 273 (Königsberg) s. JDR. 7 § 832 Ziff. 3.

4. Krückmann, Verschuldensaufrechnung 199 ff. Der Aufsichtspflichtige haftet für die Handlung des Deliktsunfähigen. Dann ist auch das Umgekehrte wahr: der Deliktsunfähige verliert durch das schuldhafte Mitverursachen des Aufsichtspflichtigen, wenn dieses Mitverursachen in der Vernachlässigung der Aufsichtspflicht besteht, seine Ansprüche gegen den Dritten ganz oder zum Teil gemäß § 254 (205 ff.).

§ 833. I. Zur Novelle vom 30. Mai 1908 (s. JDR. **7** § 833 Ziff. 10).

1. *Reichel. Nicht das Verhalten des Tieres allein, sondern auch das Verhalten des Tierhalters ist nunmehr zu berücksichtigen. Erforderlich ist aber die Entfaltung einer besonderen Sorgfalt seitens des Tierhalters selber (Beaufsichtigung des Vertreters seitens des Tierhalters genügt nicht). Die Kulpahaftung ist also eingeführt, wenn auch unter Umkehrung der Beweislast. Aber diese Abänderung des BGB. gilt nur in Ansehung einer bestimmten Kategorie von Haustieren (d. h. solchen Tieren, „deren Gattung gezähmt ist und welche zum Zwecke wirtschaftlicher Verwendung in einem menschlichen Hauswesen gezüchtet werden"), nämlich der Haustiere, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind. In diesem die Verschuldenshaftung wieder einschränkenden Relativsatz liegt der soziale Kern der Novelle. Denn nur wirtschaftliche Interessen des Halters selber werden geschützt, nicht überhaupt wirtschaftliche Interessen schlechthin, nicht kulturelle, nicht Sicherheits- oder gar Vergnügensinteressen. Es haftet daher z. B. der Staat für die Schäden der Armeepferde ohne Rücksicht auf Verschulden, ebenso die Gemeinde für die Feuerwehrpferde, Polizeihunde usw. Die Novelle privilegiert den Beruf, die Erwerbstätigkeit und den Unterhalt analog den Vorschriften der ZPO. § 811, BGB. §§ 617, 620 ff., 394, 400 usw. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber die Kausalhaftung des Tierhalters, ebenso wie die des Eisenbahnunternehmers, des Gastwirts, des Jagdberechtigten und des Automobilhalters für gerechtfertigt hält, somit das Merkelsche Prinzip „der Haftung aus aktiver, mit Gefahren für Dritte verbundener, freier Betätigung eigener Interessen" anerkannt und nur in concreto aus sozialen Erwägungen die Kausalhaftung entweder überhaupt zessieren läßt, wie bei den durch die Novelle geschützten Tierhaltern, oder aber eine Begrenzung herbeiführt, wie bei dem Gastwirt und Automobilhalter durch Limitierung der Höhe des Schadensersatzes.

2. Josef, GruchotsBeitr. **53** 28 ff. Die Novelle versteht unter Haustieren solche Tiere, deren Kennzeichen die Beherrschbarkeit, die Benutzbarkeit und die Aufzucht der ganzen Tiergattung (nicht des einzelnen Tieres) durch den Menschen ist; wer gezähmte Tiere als einzelne oder zwecks Handels oder öffentlicher Schaustellungen hält, haftet also für Tierschaden unbeschränkt, ebenso der, der Haustiere (z. B. Kaninchen) zu wissenschaftlichen Zwecken (Vivisektion, Bakteriologie) hält

da die Tiere hier nicht als Haustiere, sondern nur als Versuchstiere in Betracht kommen. Die Einreihung der Bienen unter die Haustiere hat das Gesetz ausdrücklich abgelehnt; der Bienenzüchter haftet also für Tierschaden unbeschränkt. (Vgl. Hausmann, Gruchots Beitr. **48** 286.) Für die Frage, ob das Tier dem Berufe, der Erwerbstätigkeit des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, kommt lediglich die durch Rechtsvorschriften geregelte Lebenshaltung in Betracht, also nicht die bloße Repräsentationspflicht (z. B. beim Regenten). Halten Beamte sich eigenes Fuhrwerk, das sie zu dienstlichen Reisen benutzen, so ist mit Rücksicht auf die hohen Kosten eigenen Fuhrwerks die Feststellung, daß die Pferde dem Berufe des Beamten dienen, nur dann zulässig, wenn die Häufigkeit und regelmäßige Wiederkehr der Dienstreisen jenen Schluß rechtfertigt. Anderenfalls ist das Fuhrwerk lediglich als Privatzwecken dienend anzusehen und seine gelegentliche Verwendung zu Dienstreisen gleichgültig. Gleiches gilt vom Fuhrwerke des Rechtsanwalts. Anders beim Arzte, bei Geschäftsleuten, welche die Landkundschaft aufzusuchen pflegen, ferner bei solchen Offizieren und Beamten, die zur Pferdehaltung verpflichtet sind. Die bloße Absicht zukünftiger Verwendung zu Erwerbs- und Berufszwecken genügt nicht; findet aber gegenwärtig eine solche Verwendung (wenn auch nicht gerade im Augenblicke der Schadenszufügung) statt, so braucht sie keine ausschließliche zu sein. Auch für den Schaden durch Kutschpferde haftet der Tierhalter nur beschränkt, wenn sie zugleich mehr oder minder, aber doch mit einer gewissen Regelmäßigkeit, in der Landwirtschaft oder im Geschäftsbetriebe Verwendung finden. Jagd und Rennen dienen hauptsächlich dem Vergnügen oder dem Sport. Für Tierschäden durch Jagdhunde und Rennpferde haftet der Tierhalter also unbeschränkt, es sei denn, daß er gewerbsmäßig Wild verkauft. Der angestellte Jäger haftet für seine Hunde beschränkt, der Hund dient der Erwerbstätigkeit. Der Beruf, die Erwerbstätigkeit kann auch das Halten von Tieren mit sich bringen, die lediglich zum Bewachen der jener Zweckbestimmung dienenden Sachen erforderlich sind. Haustiere, mit denen der Tierhalter Handel treibt, dienen der Erwerbstätigkeit des Tierhalters (Züchters). Dem Unterhalte des Tierhalters dient das Tier nur, wenn er es zwecks natürlicher Verwertung (Schlachten, Milchgenuß), nicht wenn er es zwecks Verkaufs hält. Auf die Tiere juristischer Personen findet die Novelle Anwendung, wenn sie der Aufgabe der juristischen Person zu dienen bestimmt sind (Militärpferde, Polizeihunde, Pferde der Feuerwehr, Gemeindebulle). Zur Beseitigung seiner grundsätzlichen Haftung muß der Tierhalter beweisen, daß er im Augenblicke der Schadenszufügung das Tier beaufsichtigt hat; es genügt nicht, daß er dies im allgemeinen getan hat, er muß beweisen, daß dies gerade im vorliegenden Falle geschehen ist. Auch wo die Voraussetzungen der Novelle gegeben sind, haftet der Tierhalter, wenn ihn in der bloßen Verwendung des (ihm z. B. als gefährlich bekannten) Tieres ein Verschulden trifft.

3. Josef, R. **09** 505 ff. Wachhunde fallen nur unter die Novelle, wenn die Erwerbstätigkeit des Tierhalters ihr Halten „mit sich bringt", d. h. wenn es bei Anwendung der verkehrserforderlichen Sorgfalt geboten oder mindestens ratsam ist. Ein Maßstab für das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist die Üblichkeit

4. **a)** Cohn, JW. **09** 264 f. Ist in dem ausschlaggebenden Augenblicke der Schadenszufügung das Tier unter Aufsicht eines Tierhüters, so exkulpiert sich der Tierhalter damit noch nicht, daß er nachweist, der Tierhüter sei eine allgemein zuverlässige Person und ihn treffe bei der Auswahl kein Verschulden. Vielmehr muß der Tierhalter dartun, daß der von ihm bestellte Tierhüter im Momente der Schadenszufügung bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

b) Dagegen Josef, JW. **09** 353 ff. Durch den Nachweis, daß er bei der Auswahl des Türhüters die im Verkehr erforderliche Sorg-

falt beobachtet hat, wird der Tierhalter von der Ersatzpflicht aus § 833 BGB. befreit.

5. Roscher. Haftungsgrund ist grundsätzlich die Gefährdung; der zweite Satz des § 833 wird von dem Verschuldungsprinzipe beherrscht. — Begriff des Haustiers: alle Tiere, die sich auf Grund traditioneller Abhängigkeit von den Menschen derartig zu diesen als ihren Herren gehörig fühlen, daß sie sich trotz vorhandener Fluchtmöglichkeit immer zu denselben oder zu dem ihnen von denselben bestimmten Orte halten. Auch Bienen sind Haustiere, — Haustiere, die dem Berufe usw. zu dienen bestimmt sind, sind solche, die nicht Luxustiere sind (Näheres 35 ff.). — Begriff des Tierhalters 42 ff. Tierhalter ist, wer fremde Interessen gefährdet, indem er ein Tier als ein zu seinem Vermögen gehörendes Gut verwertet und der die Gewalt hat, es zu beaufsichtigen, zu erziehen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (50 ff.) — Haftung mehrerer Tierhalter (54 ff.) — Ausschließung und Beschränkung der Tierschadenhaftung (63 ff.) §§ 830 u. 840 BGB.; § 254 BGB.; Ausschluß durch Vertrag; Ausschluß durch Sondergesetze (landesgesetzliche Vorschriften der Feld- und Forstpolizeigesetze über die Beschädigung von Grundstücken durch Vieh und über die Privatpfändung; Unfallversicherungs- und Fürsorgegesetze). — Einfluß des zivilrechtlichen Versicherungsvertrags auf die aus § 833 abgeleiteten Rechte und Pflichten (70).

6. a) BadRpr. **09** 117 (LG. Mosbach). Schadenszufügung durch ein zum Zwecke der Weiterveräußerung soeben ersteigertes Pferd bei einer Probefahrt. Angenommen, die Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt (§ 833 Satz 2) sei dargetan, so würde es an der weiteren Voraussetzung dieser Ausnahmevorschrift fehlen, daß der Schaden durch ein Haustier verursacht werde, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist. Diese Fassung des Gesetzes ergibt mit aller Deutlichkeit, daß die Ausnahme von der Gefährdungshaftung nur gemacht ist für die Fälle, wo ein Haustier als solches, mithin vermöge seines Gebrauchswerts in dem Wirtschaftsbetriebe des Tierhalters, wenn auch nicht gerade Verwendung findet, aber doch zur Verwendung bestimmt ist. Gerade durch eine solche, naturgemäß einige Zeit dauernde Benutzung eines Haustiers vermöge seines Gebrauchswerts wird auch der Tierhalter erst in die Lage versetzt, den ihm verstatteten Beweis zu liefern, daß er — nicht nur bei der Entstehung des Schadens, sondern im allgemeinen — bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtete. § 833 Satz 2 ist hiernach dahin zu verstehen, daß ein Tier, welches zwar Haustier ist, aber nicht zur Verwendung als solches, sondern nur als Ware zum Zwecke alsbaldiger Weiterveräußerung gehalten wird, von der Ausnahmebestimmung nicht betroffen wird.

b) BadRpr. **09** 148 (LG. Mannheim). Der neue Absatz des § 833 will die Haftung des Tierhalters in seiner ersten Alternative nur insoweit einschränken, als nach den Umständen des Einzelfalles von seiten des Tierhalters alle im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewendet wurde, um einen Schaden zu vermeiden. Dem Tierhalter steht derjenige gleich, dessen er sich bei der Beaufsichtigung und Lenkung des Tieres bedient. Nicht eingeführt ist durch die neue Bestimmung der im § 831 gestattete Nachweis, daß der Tierhalter bei Auswahl der zu Beaufsichtigung und Lenkung bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

II. Zum früheren Gesetze.

1. *Meyer, Publizitätsprinzip 89 f. Die auf dem Veranlassungsprinzipe beruhende Haftpflicht des Tierhalters kann auch nach der Abänderung des Paragraphen noch zu Härten führen, wenn der Verletzte das Luxustier des Tierhalters auf Grund einer Gefälligkeit benutzen durfte. Zu einer billigen Entscheidung gelangt

man jedoch stets, wenn man in diesen Fällen mit der vom Verletzten selbst gegebenen Veranlassung (nicht nur mit dem Verschulden) aufrechnet. S. zu § 254. Vgl. hierzu Krückmann, Schadensliquidation 286 Anm. 1.

2. Begriff des Tierhalters (JDR. **7** § 833 Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1).

a) R. **09** Ziff. 834 (Hamburg). Tierhalter ist nicht, wer einen Hund nur wenige Stunden vom Hundehändler in Verwahrung nimmt, um sich über die Frage eines eventuellen Ankaufs schlüssig zu machen.

b) RheinA. I **106** 20 (Cöln). Der Eigentümer ist während der Zeit nicht als Tierhalter anzusehen, während welcher er sich der tatsächlichen Herrschaft über das Tier entäußert hat, indem er es einem anderen zu dessen eigenen selbständigen Gebrauch übergab und dieser das Tier, wenn auch vorübergehend, in seinen Betrieb einstellte.

c) ElsLothJZ. **09** 570 (Colmar). Solange ein Tier noch nicht an den Käufer übergeben ist, ist der Eigentümer noch Tierhalter. Auch verliert der letztere diese Eigenschaft nicht dadurch, daß er während einer gemeinschaftlichen Probefahrt einem Dritten auf dessen Ersuchen die Zügel und die Leitung überläßt.

d) ElsLothJZ. **09** 289 (Colmar). Gemeinde als Tierhalterin.

e) OLG. **18** 81 (Hamm). Fall der Tierhalterhaftung. HessRspr. **10** 49 (Darmstadt). Zum Begriffe des Tierhalters. R. **09** Ziff. 64 (Cossel). Zum Begriffe des Tierhalters.

3. Kausalzusammenhang (JDR. **7** § 833 Ziff. 2, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5 u. 6). Vgl. ob. zu §§ 823 ff. Ziff. 2.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1022, BayRpflZ. **09** 209, JW. **09** 218. Von einem „durch das Tier" zugefügten Schaden ist dann keine Rede, wenn es sich um die schädigende Einwirkung eines lediglich als Werkzeug in der Hand eines Menschen sich bewegenden Tieres handelt. Dagegen schließt der Umstand, daß sich ein Pferd im allgemeinen unter der Herrschaft seines Lenkers befindet, nicht schlechthin die Entfaltung eines willkürlichen, der tierischen Natur entspringenden Tuns des Pferdes aus; so kann ein der Herrschaft und Zügelgewalt des Lenkers durch Fortbewegung in der angewiesenen Richtung folgendes Tier trotzdem z. B. durch Bocken, Ausschlagen, Hochsteigen zu einem selbständigen willkürlichen, dem Willen des Lenkers nicht entsprechenden Tun übergehen. So in vorliegendem Falle.

b) α. **RG.** EisenbE. **25** 286 s. JDR. **7** § 833 Ziff. 2 b = JW. **08** 680.

β. **RG.** R. **09** Ziff. 1779. Wird ein Radfahrer durch einen Hund zu Fall gebracht, so ist die Tierhalterhaftung unbegründet, wenn der Hund eine gewisse, seiner Eigenart entsprechende Tätigkeit ausgeübt hat und diese Tätigkeit für den Schaden ursächlich gewesen ist.

c) R. **09** Ziff. 264 (Rostock). Wer dadurch zu Schaden kommt, daß die eine hitzige Hündin mit Ungestüm verfolgenden männlichen Hunde in ihrer geschlechtlichen Erregung ihn anrennen, kann auch den Halter der Hündin in Anspruch nehmen.

d) α. OLG. **18** 82 (Cöln). Wenn der § 833 eine Tötung „durch das Tier" fordert, so ist damit nicht gesagt, daß das Tier selbst unmittelbar die Tötung verursacht haben muß, sondern es genügt, wenn sein Verhalten als Ursache anzusehen ist (vgl. Planck § 833). Nach der herrschenden Meinung muß dies Verhalten aber ein willkürliches Handeln, d. h. eine Kraftentfaltung des Tieres im Sinne eines Tuns darstellen.

β. OLG. **18** 81 (Naumburg). Allerdings kann unter Umständen eine Verletzung als „durch ein Tier" verursacht anzusehen sein, obwohl das Tier den Verletzten körperlich nicht berührt hat. Voraussetzung ist aber stets, daß der Mensch durch das Verhalten des Tieres in eine wirkliche Gefahr gebracht worden ist, und dann durch die Art und Weise, wie er der Gefahr zu begegnen sucht, zu Schaden kommt (JW. **08** 41).

e) **RG.** R. **09** Ziff. 2263. Hält der Verletzte, der kräftig und mit Vieh vertraut ist, ein auf öffentlicher Straße führerlos laufendes Pferd auf Aufforderung des Tierhalters auf, wird dabei zu Boden geworfen, geschleift und schließlich überfahren, so haftet der Tierhalter für den Unfall. Der Tierhalter hat nach § 833 BGB. auch demjenigen für den Schaden einzustehen, der in Betätigung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht zur Abwendung einer vom Tiere ausgehenden Gefahr selbsttätig wird und hierbei Schaden erleidet. In solchem Falle ist der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Tieres und der Schädigung des Verletzten keineswegs durch das selbsttätige, auf freier Willensbestimmung beruhende Handeln des Verletzten aufgehoben (vgl. **RG. 50** 222, 223 u. **29** 120 ff.).

f) PosMSchr. **09** 24 (Königsberg). Keine Haftung aus § 833, wenn das Tier dem Willen eines Menschen folgt. Über den Entlastungsbeweis aus § 831 s. o. § 831 Ziff. 13d.

g) R. **09** Ziff. 2804 (Frankfurt). Kommt beim gewaltsamen Transport von Schweinen in einen Wagen eine der mit dem Heben eines Schweines befaßten Personen infolge des Sträubens des Tieres gegen die ihm angetane Gewalt zu Fall, so ist eine hierdurch hervorgerufene Verletzung nicht durch das Tier verursacht, sondern lediglich eine Folge des an dem Tiere vorgenommenen Gewaltakts.

h) **RG.** JW. **09** 136. Kläger benutzte auf seinem Wege den schmalen Gang zwischen dem Pferdegespanne des Beklagten und dem daneben haltenden Hundefuhrwerk. Der Hund fuhr gegen ihn los; im Zurückweichen vor dem Hunde prallte er an das Handpferd und erhielt von dem Pferde einen Schlag. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, die Ursache des Schadens liege nicht in dem eine Einwirkung außergewöhnlicher Art nicht enthaltenden Anpralle, sondern in der tierischen Natur des Pferdes. RG. erblickt hierin keine ausreichende Feststellung des ursächlichen Zusammenhanges; zu prüfen, ob und in welcher Weise dem Angriffe des Hundes in ursächlicher Hinsicht Bedeutung beizumessen ist.

i) **RG.** R. **09** Ziff. 469. Erleidet ein zum Einreiten von Pferden und zum Kupieren von Pferdeschweifen angestellter Stallmeister einen Unfall beim Kupieren, so ist die Tierhalterhaftung nicht ohne weiteres ausgeschlossen.

k) R. **09** Ziff. 1778 (Stuttgart). Die durch Knallen mit der Peitsche (als Warnungszeichen) bewirkte raschere Gangart des Pferdes hebt die Tatsache, daß das Pferd Werkzeug in der Hand des Lenkers ist, nicht auf; die Grundsätze über Tierschäden sind daher nicht anwendbar.

l) **RG.** JW. **09** 313. Aufhebung eines Urteils mangels genügender Feststellung, ob willkürliches Handeln des Tieres vorlag.

m) SchlHolstAnz. **09** 267 (Kiel). Wenn ein Pferd durch den Anblick eines auf der Landstraße stehenden mit Milchkannen besetzten unbespannten Wagens scheu wird und infolge davon Schaden zufügt, so ist dieser Schaden nicht auf das Aufstellen des Wagens, sondern auf die in der Tiernatur liegende Gefahr zurückzuführen, so daß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Aufstellen des Wagens und dem Unfall nicht besteht.

4. Willkürliches Tun (s. JDR. **7** § 833 Ziff. 3, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 9) s. ob. Ziff. 3.

a) HansGZ. **09** Beibl. 39 (Hamburg). Haftung des Tierhalters, wenn eine Glasscheibe herabfällt, das Pferd oder den Wagen trifft und das Pferd infolge des Schreckens durchgeht.

b) Scheuen. ElsLothJZ. **09** 570 (Colmar). Das Scheuwerden und Durchgehen eines Pferdes ist, wenn nicht durch physiologische Gesetze veranlaßt, als selbständiges, willkürliches Tun des Pferdes anzusehen

c) **RG.** R. **09** Ziff. 470. Schlägt ein Pferd beim Kupieren des Schweifes aus, so ist darin nicht lediglich eine Reflexbewegung, sondern eine Äußerung der tierischen Natur zu sehen.

d) Höhere Gewalt. **RG. 69** 399, BayRpflZ. **09** 50 f. JDR. **7** § 833 Ziff. 3 f α.

5. **a)** Tierhalterhaftung und Vertragsverhältnis. ElsLothJZ. **09** 289 (Colmar). Vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung verneint, wenn ein Dorfschmied bei dem Versuch, einen Gemeindezuchtstier, der sich losgerissen hat, an der Kette zu befestigen, verletzt wird.

b) BayRpflZ. **09** 477 (Nürnberg). Wird ein Tierarzt bei der Behandlung eines Tieres verletzt, so haftet der Tierhalter. Eine Verkehrsübung, nach welcher die Gefahrhaftung vom Tierhalter übernommen würde, besteht nicht.

6. Ausschluß der Tierhalterhaftung (JDR. **7** § 833 Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 10).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 688. Ob im Einzelfalle nach der Willensmeinung der Parteien die Tierhalterhaftung ausgeschlossen sein sollte, ist Sache der konkreten Würdigung. Der Ausschluß der Haftung kann auch dann als von den Parteien gewollt angesehen werden, wenn die Parteien die Frage der Haftung überhaupt nicht besonders in ihre Vorstellung aufgenommen haben. Zur Ermittelung des Willens der Parteien kann auch der Umstand herangezogen werden, daß der Tierhalter wegen des ihm aus § 833 erwachsenden Schadens bei einer Gesellschaft Versicherung genommen hat. Vgl. **RG.** v. 24. 9. 08, JDR. **7** § 833 Ziff. 5 k.

b) **RG.** BayRpflZ. **09** 297, R. **09** Ziff. 1680. Auch ohne die Annahme eines stillschweigenden Vertrags über Verzicht auf die Tierhalterhaftung kann diese Haftung dann als ausgeschlossen gelten, wenn nach den Umständen — A. war auf die Einladung des B. zwecks Fortführung eines mit diesem angeknüpften Gesprächs auf dessen Fuhrwerk gestiegen — anzunehmen ist, daß der durch das Tier Beschädigte bei dem Vorgang „auf eigene Gefahr" gehandelt hat.

c) SeuffBl. **09** 148 (Stuttgart). Annahme des stillschweigenden Ausschlusses der Tierhalterhaftung verneint. Der Tierhalter war versichert, was der Verletzte annehmen konnte. Daher hatte der Beklagte nicht persönlich den Schaden zu tragen, sondern die Versicherungsgesellschaft.

d) **RG.** WarnJ. **09** 96. Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Ausschluß der Tierhalterhaftung anzunehmen ist, kann der Umstand herangezogen werden, daß der Tierhalter gegen Tierschaden versichert ist. Vgl. JDR. **7** § 833 Ziff. 5 k (R. **08** II 590).

e) SchlHolstAnz. **09** 50 (Kiel). Stillschweigender Ausschluß der Tierhalterhaftung ist anzunehmen, wenn ein Hengst mit einer Stute einen Deckversuch vornehmen soll.

f) ElsLothJZ. **09** 570 (Colmar). Stillschweigender Ausschluß der Haftung durch Übernahme der Lenkung des Gefährts.

g) **RG.** SächsRpfl. **09** 236. Ausschluß der Haftung angenommen. Der Fall deckt sich mit **RG.** JW. **08** 108 (JDR. **7** § 833 Ziff. 5 g).

7. MecklZ. **27** 105, R. **09** Ziff. 263 (Rostock). Jeder Halter der mehreren Hunde, die durch ihr Zusammenwirken einen Schaden verursacht haben, kann auf Ersatz des ganzen Schadens in Anspruch genommen werden. JDR. **6** § 833 Ziff. 7.

8. Mitwirkendes Verschulden (JDR. **7** § 833 Ziff. 8, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 9, f. oben zu § 254).

a) **RG. 71** 7, JW. **09** 277. § 254 findet nicht schon dann Anwendung, wenn der Beschädigte Halter eines bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Tieres ist. In **RG. 67** 120 waren beide Teile Tierhalter.

b) SeuffA. **64** 275 (Zweibrücken). Verletzung durch einen bissigen Hund, der sich losgerissen hat. Eigenes Verschulden verneint. — **RG.** R. **09** Ziff. 2110. Eigenes Verschulden eines Viehhändlers, der an ein Tier ohne Vorsichtsmaßregeln herantritt, dessen Neigung zum Ausschlagen er kennt.

9. Krückmann, Verschuldensaufrechnung 156 ff. Haftung des Tierhalters neben und vor der Eisenbahn. Wer deliktsrechtlich nicht

zurechnungsfähige Personen in Selbstgefährdung bringt, schließt die Tierhalterhaftung und mit entsprechendem Vorbehalte die Eisenbahnhaftung als reine Kausalhaftung aus (vgl. 194). Wo durch die Selbstgefährdungshandlnng die schädigende Tierbewegung nicht ausgelöst wird und ferner, wo durch sie zwar die schädigende Tierbewegung ausgelöst wird, diese Selbstgefährdungshandlung aber bei einem Deliktsfähigen eine schuldhafte Handlung gewesen sein würde, wird die reine Kausalhaftung des Tierhalters nicht ausgeschlossen.

10. SeuffBl. **09** 72 (München). § 833 und § 146 LandwUVG. Die letztere Bestimmung findet auch auf einen Anspruch aus § 833 Anwendung. Ausschluß nicht vermögensrechtlicher Ansprüche, insbesondere des Anspruchs auf Schmerzensgeld für die Kosten 13 Wochen nach dem Unfalle. Vgl. aber auch ebd. 251 (Augsburg) bezüglich des UnfVG.

§ 835. 1. *Meyer, Publizitätsprinzip 90. § 835 ist vom Veranlassungsprinzipe beherrscht. S. o. zu § 254 Ziff. 1a.

2. **RG.** PrVerwBl. **30** 850. Für Ansprüche auf Schadensersatz aus § 14 PrWildschadenG. ist der ordentliche Rechtsweg zulässig.

3. OLG. **18** 67 (Cassel) s. JDR. **7** § 835 Ziff. 2.

4. **RG.** JW. **09** 48. Über Jagdpachtverträge s. o. § 581.

§ 836. 1. OLG. **18** 86 (Hamburg). Unerheblich ist, daß der Schaden nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar durch das Ablösen verursacht worden ist.

2. a) **RG.** EisenbE. **26** 34, R. **09** Ziff. 2111. Wenn bei einem Werke, dessen Errichtung besondere technische Kenntnisse und Erfahrungen erfordert (Ausheben einer Baugrube), der Grundstücksbesitzer sich der Hilfe sachkundiger Personen bedient, bei deren Auswahl er mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen ist, so tritt bei einem etwaigen Einsturz eine Schadensersatzpflicht auf seiten des Grundstücksbesitzers nicht ein.

b) **RG.** R. **09** 3363. Bei fehlerhaftem Zustande des Holzfußbodens wird der Besitzer nicht dadurch entlastet, daß er durch einen Maurermeister eine einmalige Untersuchung des Mauerwerkes vornehmen läßt.

3. OLG. **18** 86 (Celle). Verletzung durch einen eisernen Netzriegel, der von dem Gerüst eines Neubaues herabfällt. Ein Gerüst ist kein mit einem Grundstücke verbundenes Werk. Es ist nicht um seiner selbst willen da, sondern dient lediglich dazu, die Errichtung des Baues oder auch Reparaturen zu ermöglichen und entbehrt des selbständigen Charakters, den man bei einem „Werke" des § 836 voraussetzen muß.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1024, JW. **09** 275. Der Besitzer eines Theatersaals darf sich nicht mit der Erwägung beruhigen, die Baupolizei werde bei Prüfung der Galerieeinrichtung deren etwaige Mängel nicht übersehen haben. Vielmehr trifft den Besitzer eines derartigen Theatersaals eine eigene Verantwortung dafür, daß der Saal den Anforderungen entspricht, die die Sicherheit seiner Besucher erheischt. Die Abnahme eines Neubaues durch die Polizeibehörde mag zwar eine gewisse Gewähr dafür, daß die baupolizeilichen Vorschriften beobachtet worden sind, bieten, aber sie schließt die Möglichkeit einer fehlerhaften Einrichtung des Baues nicht aus und ist nicht geeignet, den Besitzer unter allen Umständen zu entlasten. Dem § 836 liegt die Erwägung zugrunde, daß ein jeder für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen muß, als er die Schadensfolge bei billiger Rücksichtnahme auf die Sicherheit anderer hätte verhüten können (**RG. 52** 379, **55** 175, JW. **05** 370).

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3078. Der Besitzer eines den Regeln der Baukunst zuwider ohne feste Verbindung der einzelnen Teile errichteten Schuppens kann sich nicht damit entschuldigen, daß die von ihm angenommenen Zimmerleute als zuverlässige Handwerker gegolten hätten.

6. **RG.** BayRpflZ. **09** 24, R. **09** Ziff. 65. Ein Rolladen ist Teil eines Gebäudes (**RG. 60** 421). § 836 findet aber keine Anwendung, wenn ein Rolladen nur deshalb herabgleitet, weil das Sperrwerk zu wenig eingreift.

7. R. **09** Ziff. 265 (Hamburg). § 836 ist anwendbar, wenn jemand sich verletzt, weil das Treppengeländer, an dem er sich hielt, brach.

8. OLG. **18** 85, SeuffA. **64** 661, EisenbE. **25** 255 (Dresden) s. JDR. **7** § 836 Ziff. 10 a.

§ 839. 1. *Stuhlmann. Boden (Haftung der Beamten, s. JDR. **1** 497 f.) und nach ihm Meltz (Beamtenhaftpflicht, s. JDR. **2** 519) irren, wenn sie behaupten, die Judikatur lasse schon auf Grund eines objektiven Fehlers des Beamten eine Haftung eintreten. Dieser Irrtum ist darauf zurückzuführen, daß die von ihnen angegriffenen Entscheidungen des RG. nicht, wie sie anzunehmen scheinen, für das BGB. oder das gem. R. erlassen sind, sondern für das ALR., welches eine wesentlich strengere Haftung aufstellt. Das Beamtendelikt des § 839 ist ein zivilrechtliches; denn dadurch, daß ein Beamter einem Dritten durch Verletzung einer Amtspflicht, die ihm gerade gegenüber diesem Dritten obliegt, Schaden zufügt, wird ein öffentliches Interesse nicht verletzt. Der Beamte garantiert durch die Übernahme des Amtes die Erfüllung seiner Amtspflichten allerdings zunächst dem ihn anstellenden Träger staatlicher Hoheitsrechte, zugleich aber auch dem Publikum, mit dem er amtlich in Berührung kommen wird. Er übernimmt also eine doppelte Pflicht: ganz allgemein eine staatsrechtliche, soweit er aber ins soziale Leben einzugreifen hat, auch eine soziale. Verletzt er seine Amtspflicht schlechthin, so verstößt er gegen das öffentliche Interesse und hat staatsrechtlich dafür einzustehen; verletzt er die einem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht, so handelt er außerdem auch noch gegen die von ihm übernommenen sozialen Pflichten. Daraus folgt, daß der Grund der Haftung hier derselbe ist, wie im Falle des § 276 BGB., dessen Fahrlässigkeitsbegriff also auch auf das Beamtendelikt Anwendung zu finden hat, und zwar unter Verwendung eines objektiven Maßstabs für die Fahrlässigkeit (ordentlicher Beamter der betreffenden Kategorie), nicht eines subjektiven, wie Boden und Meltz wollen. Von einer Erfolgshaftung kann dabei keine Rede sein. Vgl. das zu § 276 BGB. Gesagte. (S. o. zu § 276 Ziff. 1.)

2. WürttJ. **21** 4 (Stuttgart). Ob es sich um die dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten handelt, ist nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden. Im allgemeinen wird eine weite Auslegung Platz zu greifen haben und es werden alle Amtshandlungen in Frage kommen, die die Rechte und auch bloß die Interessen Dritter berühren. Immer aber muß eine konkrete Beziehung zwischen der Amtshandlung und den Rechten und Interessen Dritter vorliegen. Keine Verletzung der Amtspflicht Dritten gegenüber bei der Dienstaufsicht, solange nicht ein Fall vorliegt, der einen Dritten betrifft. S. u. Ziff. 11 f.

3. a) **RG. 71** 60, JW. **09** 391. Zu den Pflichten eines Beamten gehört es auch, die Grenzen seiner Zuständigkeit innezuhalten, sich der Vornahme solcher Handlungen zu enthalten, welche ausschließlich Beamten anderer Art vorbehalten sind. Auch diese Pflicht ist eine Amtspflicht, welche ihm nicht nur dem Gemeinwesen, sondern jedem gegenüber obliegt, welcher von den Folgen der Amtsüberschreitung betroffen werden kann.

b) **RG.** JW. **09** 494 schließt sich der Entscheidung JW. **09** 391 an, daß es zu den Pflichten des Beamten gehöre, sich der Vornahme solcher Handlungen zu enthalten, die ausschließlich Beamten anderer Art vorbehalten seien. Ein Beamter, der zu amtlichen Beglaubigungen nicht berechtigt ist, begeht einen objektiven Verstoß gegen seine Amtspflicht.

4. OLG. **18** 101 (Hamburg) s. JDR. **7** § 839 Ziff. 2.

5. **RG.** RheinA. **106** II 262, R. **09** Ziff. 1886. Unter dem Dritten kann nicht nur eine Privatperson, sondern auch der Fiskus verstanden werden. Dritter im Sinne des § 839 Abs. 1 sind alle diejenigen, deren Interessen nach der besonderen eigenen

Natur der dem Beamten obliegenden Amtspflicht durch deren Nichterfüllung berührt werden (**RG. 58** 299).

6. a) SchlHolstAnz. **09** 200 (Kiel). Neben der Haftung des Beamten aus § 839 wegen fahrlässiger Verletzung seiner Amtspflicht ist eine weitere Haftung aus § 823 nicht anzuerkennen. Die Beamtenhaftung aus § 823 ist nur begründet, wenn eine nicht in Ausübung bzw. nur bei Gelegenheit der Ausübung seiner amtlichen Befugnisse von dem Beamten begangene unerlaubte Handlung in Frage steht. — Alle die Amtspflicht des Beamten betreffenden Vorschriften, die das Interesse Dritter berühren, sind im Zweifel als Vorschriften anzusehen, durch die eine Amtspflicht auch gegenüber diesem Dritten begründet wird.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 87 s. JDR. **7** § 839 Ziff. 3.

7. ZBlFG. **10** 412 (Dresden). § 839 Abs. 1 Satz 1 fordert nicht die Sorgfalt eines ideal vollkommenen, sondern nur eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten. (Vgl. FrankfRdsch. **42** 86/89, Frankfurt.) Ist eine Frage in Rechtsprechung und Rechtslehre streitig, so kann grundsätzlich, wenn das RG. noch nicht gesprochen hat, kein Vorwurf daraus hergeleitet werden, daß ein Rechtskundiger die eine Ansicht anwendet.

8. § 839 Abs. 1 Satz 2.

a) Heuer, HansGZ. **09** Hauptbl. 229 ff. (232 ff.) (s. o. § 831 Ziff. **13** i). § 839 Abs. 1 Satz 2 ist dahin auszulegen, daß man hinter den Worten „nur dann" „wegen Verletzung der Amtspflicht" eingeschoben zu denken hat. Nur dann ist die Haftung des Beamten als eine lediglich subsidiäre anzusehen, wenn sich die von ihm begangene schädigende Handlung nur aus dem Grunde als unerlaubte Handlung darstellt, weil eine Verletzung seiner besonderen Amtspflicht vorliegt. Ein Beamter, der in Ausübung seines Amtes eine fahrlässige Sachbeschädigung vornimmt, haftet auch aus den allgemeinen Bestimmungen (§ 823). Haftung eines Kanallotsen neben dem Reichsfiskus (abw. OLG. Kiel). (Vgl. Eichholz ebd. 241.)

b) RheinA. **106** I 61 (Cöln). § 839 Abs. 1 Satz 2 findet dann keine Anwendung, wenn mehrere Beamte die ihnen obliegende Amtspflicht verletzt haben und die Pflichtverletzung eines jeden für den Schaden ursächlich gewesen ist. In diesem Falle haften die Beamten nebeneinander und deshalb nach § 840 Abs. 1 als Gesamtschuldner. Tritt der Staat an Stelle eines dieser Beamten, so erleidet das gesamtschuldnerische Haftungsverhältnis keine Änderung: der andere Beamte bleibt nach wie vor neben dem Staate ersatzpflichtig. — Vgl. **RG. 51** 262, JDR. **1** § 840 Ziff. 1. —

9. OLG. **18** 102 (Celle). Als „Rechtsmittel" gelten nicht lediglich die durch die Prozeßordnungen gewährten Rechtsmittel. Es gehören dahin auch die in der Grundbuchordnung besonders geregelten Rechtsmittel der Beschwerde und der weiteren Beschwerde. Nach dem Sprachgebrauch aller dieser Gesetze ist der Begriff des Rechtsmittels zu beschränken auf diejenigen Rechtsbehelfe, mittels deren die Entscheidung eines höheren Richters herbeigeführt werden kann. JDR. **7** § 839 Ziff. 7, **2** Ziff. 2.

10. Urteil. SächsOLG. **30** 374 (Dresden). Im Zwangsversteigerungsverfahren stellt sich weder der Zuschlagsbeschluß noch der Teilungsplan als Urteil in einer Rechtssache dar. Keine Haftung des Richters, wenn er sich bei einer bestrittenen Frage, die vom RG. noch nicht entschieden ist, einer der vertretenen Ansichten (vorliegend vom KG. vertreten) anschließt o. Ziff. 7.

11. **RG.** EisenbE. **25** 286 s. JDR. **7** § 839 Ziff. 3.

12. Einzelne Fälle.

a) Allgemeines für Urkundsbeamte. **RG.** ElsLothNotZ. **09** 99, SächsRpflA. **09** 115, JW. **09** 139. Dem Urkundsbeamten liegt die Pflicht der Sorg-

falt allen denjenigen gegenüber ob, deren Interessen nach der besonderen eigenen Natur des Geschäfts, mit dessen Aufnahme er beauftragt ist, durch dieses berührt werden. Ein Erbverzicht dient nicht bloß den Interessen des Erblassers und des Verzichtenden selbst, sondern wesentlich auch den Interessen derjenigen, welche der Erblasser letztwillig bedacht hat, um deretwillen er den Erbverzichtsvertrag schließen wollte. Diese sind „Dritte" i. S. des § 839.

b) Notare (JDR. **7** § 839 Ziff. 12 a, **6** Ziff. 7 c, **5** Ziff. 8 a). S. a. o. zu § 611 Ziff. IV 6.

α. **RG.** R. **09** Ziff. 3774. Der eine Bürgschaftserklärung beurkundende Notar handelt fahrlässig, wenn er lediglich auf Grund der Vorstellung des Hauptschuldners die Bürgen, angeblich dessen Brüder, als ihm bekannt in der Urkunde aufführt.

β. R. **09** Ziff. 3775 (Stuttgart). Der öffentliche Notar tritt dann, wenn er nur für die Vornahme eines amtlichen Aktes (Beglaubigung, Bekanntmachung, Protesterhebung) in Anspruch genommen wird, zu der Partei nicht in ein privatrechtliches Verhältnis, sondern haftet bei Verschulden nur nach § 839.

γ. RheinA. **106** I 61 (Cöln). Haftet der Notar dem durch die Verletzung seiner Amtspflichten Geschädigten aus dem Vertrage, so kann er sich auf § 839 Abs. 1 Satz 2 nicht berufen. Die hier gegebene Beschränkung tritt nur gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 839 ein.

δ. OLG. **18** 97 (Braunschweig) s. JDR. **7** § 839 Ziff. 12 a ε. Inwieweit die Notare zur Ratserteilung verpflichtet sind, entscheidet der Einzelfall. Beurkundung des Preises für Grundstück und Inventar in einer Summe.

ε. R. **09** Ziff. 3776 (Stuttgart). Bei der durch einen öffentlichen Notar erteilten Auskunft ist zu unterscheiden, ob sie im unmittelbaren Zusammenhange mit einer erbetenen Amtshandlung (z. B. Auskunft über formelle Mängel eines zu protestierenden Wechsels) geschieht oder ob der Notar nur anläßlich einer Amtshandlung außerhalb seines eigentlichen amtlichen Geschäftskreises, aber doch in Ausübung seiner Berufstätigkeit, eine Auskunft erteilt (z. B. über Kreditwürdigkeit einer Person). Im ersteren Falle tritt nur eine Haftung nach § 839 BGB. ein, im letzteren Falle dagegen ist Haftung auf Grund Auftrags oder Dienstvertrags begründet und es kommt eine unverbindliche Ratserteilung im Sinne des § 676 nicht in Frage.

ζ. **RG.** ElsLothNotZ. **09** 65, JW. **09** 11. Haftung eines Notars wegen Abfassung eines nach § 313 BGB. nichtigen Vertrags (Vertrag ein Grundstück bis zu einem bestimmten Tage zu einem gewissen Preise zu verkaufen s. o. § 313 Ziff. II 1 d α). Bei den Formvorschriften, die gerade für einen Notar von höchster Bedeutung ist, muß der Notar sich hinsichtlich der Tragweite besonders orientieren.

η. OLG. **18** 98 (Colmar). Über die Haftung des Notars, der bei einem Grundstückskaufe nicht das Grundbuch eingesehen hat.

ϑ. RheinA. **106** I 57 (Düsseldorf). Der Notar haftet aus § 839 nur für die Pflichtwidrigkeiten bei Beurkundungen oder bei den ihm durch Abschnitt II, IV u. V der PrFGG. zugewiesenen Verrichtungen. Wegen Verschuldens bei anderen Angelegenheiten haftet er dem Auftraggeber gegenüber. Keine Verletzung, wenn er außergewöhnliche Maßnahmen außer Betracht läßt.

c) Subhastationsrichter (JDR. **7** § 839 Ziff. 12 b, **6** Ziff. 7 d) s. ob. Ziff. 10. **RG.** R. **09** Ziff. 835. Keine fahrlässige Verletzung einer Amtspflicht, wenn ein Versteigerungsrichter gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt, die in sich nicht völlig klar und lückenlos erscheint und die Auslegung der Bestimmung durch den Versteigerungsrichter auch sonst in der Wissenschaft vertreten wird (**RG. 59** 388, **60** 392).

d) Grundbuchrichter (vgl. JDR. **7** § 839 Ziff. 12 c). **RG.** R. **09** 1681. Der Grundbuchrichter handelt nicht fahrlässig, wenn er einen auf Eintragung einer

Sicherungshypothek gerichteten Arrestbefehl nicht schneller erledigt, als sonstige bei ihm eingehende Anträge auf Eintragungen in das Grundbuch.

e) Ersuchter Richter. BuschsZ. **38** 550 (Colmar). Keine Schadensersatzpflicht des ersuchten Richters, der es unterläßt, die Partei oder den Bevollmächtigten von der Aufhebung eines Beweistermins telegraphisch zu benachrichtigen und dadurch die vergebliche Reise eines Rechtsanwalts veranlaßt.

f) *Hörle, Nachlaßpflegschaft, ZBlFG. **09** 719, 720, 724, 762. Wenn das Nachlaßgericht vorsätzlich oder fahrlässig die nach §§ 1960, 1961 BGB. gebotene Sicherung des Nachlasses oder Einleitung der Nachlaßpflegschaft unterläßt oder die ihm in Ansehung der letzteren obliegenden Amtspflichten verletzt, so haftet er dem Erben nach §§ 1848, 839 Abs. 1 und 3, 276, 254, 830, 840, 841 BGB., Dritten gegenüber nur dann, wenn seine Pflichtwidrigkeit eine sonstige absolute Norm oder den nach § 823 BGB. geschützten Rechtskreis verletzt (vgl. auch Art. 77 EGBGB.). Liegt eine gemeinschaftliche Pflichtverletzung des Nachlaßgerichts (§ 1848 BGB.) und des Nachlaßpflegers (§ 1833 BGB.) vor, so bemißt sich die Haftung auch nach §§ 830, 840 Abs. 1, 839 Abs. 1 Satz 2, 841 BGB.).

g) WürttJ. **21** 4 (Stuttgart). Keine Haftung des aufsichtsführenden Amtsrichters wegen Verletzung der Dienstaufsicht gegenüber einem Gerichtsvollzieher, der Gelder unterschlagen hat (s. ob. Ziff. 2).

h) **RG.** R. **09** Ziff. 3777. Der Richter begeht keine Verletzung seiner Amtspflicht, wenn er die gelegentlich einer Durchsuchung beschlagnahmten kaufmännischen Bücher nicht selbst durchsieht, sondern sie einem geeigneten Sachverständigen zur Durchsicht vorlegen läßt.

i) Gerichtsvollzieher.

α. **RG.** R. **09** 3364. Der Gerichtsvollzieher ist weder berechtigt noch verpflichtet, bei Vornahme einer Zwangsversteigerung im Interesse des betreibenden Gläubigers den Zuschlag bei einem zu niedrigen Gebote zu versagen.

β. **RG.** JW. **09** 14. Fall, in welchem den Gerichtsvollzieher kein Verschulden trifft, wenn er wegen der Art und Weise des Auftrags diesen ablehnt.

γ. OLG. **18** 99 (Braunschweig) s. JDR. **7** § 839 Ziff. 12 d β.

k) α. EisenbE. **25** 162 (LG. Leipzig). Haftung eines Postbeamten für schuldhaft verzögerte Nachsendung der Zeitung.

β. FrankfRdsch. **42** 86 (Frankfurt). Der eine Bahnpost begleitende Postbeamte hatte einen Wertbrief der Kl. in einen unrichtigen Wertbriefbeutel getan. Den durch die Fehlleitung des Wertbriefs entstandenen Schaden verlangt die Kl. Die Klage ist mangels Verschuldens abgewiesen. Ein vereinzeltes Versehen kann auch dem pflichtgetreuesten Beamten bei der großen Arbeitslast und der Eilbedürftigkeit der Sachen unterlaufen, ohne daß das Versehen eine schuldhafte Pflichtversäumnis in sich schließt.

l) Gemeindevorsteher. **RG.** R. **09** Ziff. 3773. Wenn ein von einem Gemeindevorsteher aufgenommenes Nottestament wegen Zuziehung eines mit dem Erblasser verwandten Zeugen ungültig ist, so ist ein Verschulden des Gemeindevorstehers nicht anzunehmen, wenn dieser nach den Umständen des Falles die Testamentsaufnahme als so eilig ansehen durfte, daß ihm keine Zeit mehr blieb, sich über die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu unterrichten.

m) Jagdvorsteher. BreslauAK. **09** 31 (Breslau). Die Mitglieder einer Jagdgenossenschaft sind nicht aktiv legitimiert, gegen den Jagdvorsteher wegen Verletzung der Amtspflicht Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die Jagdgenossen üben ein der Gesamtheit der Jagdbezirksinteressenten zustehendes und nicht nur ihnen allein für ihre Person gebührendes Recht aus. Daher kann dieser Anspruch nur von der Gemeindebehörde verfolgt werden (vgl. **RG.** **25** 353).

n) MecklZ. **27** 232 (Rostock). Klage gegen einen Oberförster wegen des bei der Treibjagd zugefügten Schadens (Meckl. Recht).

o) SeuffA. **64** 19 (Zweibrücken). JDR. **7** § 839 Ziff. 12 h.

p) BadRpr. **09** 2 (Karlsruhe). Haftung des Fiskus für eine auf Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten beruhende Verletzung einer Amtspflicht.

q) WürttJ. **21** 6 (Stuttgart). Keine Haftung des Staates für die durch verzögerte Zustellung einer Klageschrift erwachsenen Folgen (WürttembAGBGB. Art. 202).

r) Esselborn, BadNotZ. **09** 106, untersucht nach badischem Rechte die Frage der Haftung der Notare und die Frage, inwieweit der Staat und inwieweit der Notar haftet.

§ 840. 1. **RG. 69** 422, JW. **09** 18, ZVersWes. **09** 16, BayRpflZ. **09** 48, DJZ. **09** 265. Das Urteil, das im Prozesse des Verletzten gegen mehrere Täter ergeht, hat auf die Ausgleichungspflicht unter den mehreren Tätern keinen Einfluß. Die Frage, ob und inwieweit ein Ausgleichungsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB. besteht oder nicht besteht, ist in dem Streite über diesen Anspruch lediglich nach der in diesem Prozesse zu ermittelnden materiellen Rechtslage zu entscheiden. Wenn in dem früheren Prozeß einer der vom Gläubiger Belangten zu Unrecht als Gesamtschuldner verurteilt worden ist, so ist diese formelle Tatsache in seinem Verhältnisse zu dem mitverurteilten Schuldner rechtlich ohne Bedeutung. Und ebenso kommt im umgekehrten Falle eines vorangegangenen freisprechenden Urteils ohne Rücksicht hierauf das sachlich und objektiv bestehende Gesamtschuldverhältnis für den Ausgleichungsanspruch allein in Betracht. Das Gemeinschaftsverhältnis aber, das von Gesetzes wegen den Anspruch auf Ausgleichung begründet, gelangt schon von vornherein durch diejenige Tatsache zur Existenz, welche nach geltendem Rechte die gesamtschuldnerische Haftung erzeugt; also bei unerlaubten Handlungen sofort durch die gemeinsame Begehung des Delikts; im Falle des § 830 Abs. 1 Satz 2 durch die schadenstiftende Handlung, bei der die mehreren möglichen Täter im Sinne jener Vorschrift sich beteiligt haben. Klage eines zum Schadensersatz an einen Treiber verurteilten Jägers gegen andere Jäger, gegen welche die Klage abgewiesen war. S. o. zu § 426 Ziff. 5 u. u. zu § 852 Ziff. 4.

2. **RG.** JW. **09** 724. Die Frage, ob mehrere Ersatzpflichtige als Gesamtschuldner haften, hat mit der Frage der verschiedenen Würdigung des eigenen Verschuldens des Verletzten nichts zu tun. Gesamtschuldner werden die mehreren Ersatzpflichtigen nur, soweit sie eine Leistung zu bewirken, im Falle des § 249 Satz 2 dem Verletzten also einen bestimmten Entschädigungsbetrag zu zahlen haben. Soweit ein Ersatzpflichtiger gemäß § 254 eine höhere Entschädigung zu leisten hat als der andere, ist er für den überschießenden Betrag kein Gesamtschuldner mehr.

3. R. **09** Ziff. 1114 (Stuttgart). Haben zwei Personen durch eine gemeinsam begangene unerlaubte Handlung Schaden gestiftet, so sind sie einander zum Ausgleich in der Weise verpflichtet, wie es der Billigkeit entspricht, wobei der Grad des Verschuldens und der Mitverursachung berücksichtigt werden kann.

4. **RG.** JW. **09** 277. § 840 Abs. 3 regelt zunächst die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner, die aus einer unerlaubten Handlung nebeneinander dem Verletzten haften. Sie findet aber schon nach ihrem Wortlaut unbedenklich auch dann Anwendung, wenn der Dritte, der von dem Beschädigten für den Schaden verantwortlich gemacht wird, seinerseits von dem Beschädigten begehrt, daß er einen Teil des Schadens auf sich nehme, weil er nach §§ 833—838 ersatzpflichtig sei.

5. **RG.** JW. **09** 724 über die Haftung des Eisenbahnunternehmers und den Begriff der unerlaubten Handlung i. S. des § 840 s. o. zu §§ 823 ff. Ziff. **1 a.**

§§ 842 ff. **RG.** R. **09** Ziff. 836. Wenn aus der Verletzung einer Ehefrau beide Ehegatten Klage auf Schadensersatz erheben, so kann der Beklagte, wenn er dadurch nicht beschwert wird, nicht einwenden, daß einzelne Schadenbeträge rechtlich nur dem einen der Ehegatten zuständen.

§ 843. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 471. Der § 843 enthält keine Einschränkung der im allgemeinen nach §§ 823 ff. bestehenden Schadensersatzpflicht, sondern regelt nur den Schadensersatz, soweit er die Aufhebung oder die Minderung der Erwerbstätigkeit betrifft.

2. Berücksichtigung der künftigen Gestaltung (JDR. **7** § 843 Ziff. 1, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1).

a) **RG.** EisenbE. **25** 314, R. **09** Ziff. 67. Bei Bemessung des künftigen Erwerbes eines Beamten genügt es, den normalen Verlauf zugrunde zu legen.

b) **RG.** JW. **09** 271. Die Bestimmungen der §§ 3 a u. 7 HaftpflG. u. § 843 gewähren den Beschädigten durch die Rente den Ersatz des ihnen wirklich in ihrem Erwerb entstandenen Schadens; die Rente muß somit ihr zeitliches Ende mit dem Alter finden, von welchem ab für den Beschädigten nach den Erwerbsverhältnissen, unter denen er lebt, die Fähigkeit zu einem Erwerb und dessen Möglichkeit nicht mehr besteht.

c) **RG.** JW. **09** 495. Berechnung der Rente. Für die Bemessung kommt es darauf an, wieviel der Verletzte, wenn er den Unfall nicht erlitten hätte, in der für die Rente in Betracht kommenden Zeit durch Ausnutzung seiner Arbeitskraft erworben haben würde, und um wieviel das, was er in dem Zustand, in dem er sich infolge des Unfalls befindet, etwa noch zu erwerben vermag, hinter dem, was er ohne den Unfall erworben hätte, zurückbleibt. Über die Frage, inwieweit die Verpflegung des Verletzten durch den Landarmenverband anzurechnen ist (496).

d) **RG.** JW. **09** 686. Berücksichtigung des Alters eines Verletzten bei der Dauer der ihm zugebilligten Rente. Verminderung der körperlichen Beweglichkeit und Leistungsfähigkeit.

3. **RG.** JW. **09** 660. Einfluß der Verheiratung einer unterhaltspflichtigen Tochter auf den Anspruch der Eltern gegen denjenigen, der den Tod der Tochter verschuldet hat.

4. **RG.** JW. **09** 495, LeipzZ. **09** 932. Wer durch ein von einem anderen zu vertretendes Ereignis so verletzt worden ist, daß er seinem bisherigen Berufe nicht mehr nachgehen kann, kann nicht schlechthin ablehnen, sich auf eine andere seinen Lebensverhältnissen entsprechende Weise einen Erwerb zu verschaffen, auch dann nicht, wenn er, um dies tun zu können, genötigt ist, sich noch ihm bisher fehlende Fertigkeiten und Kenntnisse anzueigenen. Dies ist Tatfrage.

5. a) **RG.** R. **09** Ziff. 66. Der Unterhaltspflichtige des Verletzten, der, wenn auch in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht, zur Beseitigung des dem Verletzten entstandenen Schadens Aufwendungen gemacht hat, kann Ersatz vom Schädiger verlangen.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 3365. Bei bestehender Gütergemeinschaft kann der Ehemann die aus der Verletzung der Ehefrau entstandenen Schadensersatzansprüche in eigenem Namen geltend machen.

6. **RG.** BayRpflZ. **09** 148, JW. **09** 137, DJZ. **09** 545. Als wichtigen Grund für die einmalige Kapitalabfindung hatte das Berufungsgericht angenommen, daß die einmalige Abfindung von günstigem Einfluß auf den Zustand der Kläger sein werde. RG. sieht hierin keine Verkennung des § 843 Abs. 3. Rücksicht zu nehmen bei der Zuerkennung einer Abfindung ist auch auf die etwaige künftige Besserung des Zustandes des Verletzten.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1028, JW. **09** 137. Die Bestimmung des § 843 Abs. 4, die dem Verletzten grundsätzlich den Schadensersatzanspruch auch beim Vorhandensein einer Unterhaltspflicht eines Dritten, deren Erfüllung den Schaden beseitigt, zuspricht, schließt einen Anspruch des Unterhaltspflichtigen, der den Aufwand getragen hat, gegen den Schädiger nicht aus. Dieser kann auf der rechtlichen Grundlage der auftraglosen Geschäftsführung erhoben werden, wenn der Unterhaltspflichtige, der

von der Schädigung des Unterhaltsberechtigten durch den Dritten Kenntnis hat, bei der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gleichzeitig mit dem Vorsatze handelte, seine Aufwendungen diesem in Rechnung zu stellen; er kann aber auch auf den Rechtsgrund der Bereicherung gestützt werden. Der Unterhaltspflichtige erfüllt durch seine Unterhaltsleistung eine Verpflichtung, die zunächst dem Schädiger obliegt; er befreit ihn dadurch von seiner Schuld, und damit ist die Voraussetzung der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben (JW. **03** Beil. 8).

8. **RG. 70** 101, EisenbE. **25** 320, JW. **09** 49, DJZ. **09** 267. Keineswegs jede auf Grund eines Versicherungsvertrags dem Ersatzberechtigten zufließende Entschädigung ist von dem diesem gebührenden Schadensersatz abzusetzen (vgl. **RG. 64** 351, **68** 46, JDR. **7** § 844 Ziff. 4). Anders liegt die Sache, wenn ein Arbeitgeber kraft einer zwischen ihm und seinen Angestellten feststehenden Gepflogenheit zum Vorteil aller dieser beständig eine Unfallversicherung auf seine Kosten aufrechterhält. Hier ist die völlige Analogie mit den Beamtenpensionen gegeben; hier gehört diese Fürsorge des Dienstherrn für seine Angestellten, auf deren eventuelle Wirksamkeit diese fest zu rechnen berechtigt sind, zu dessen Gegenleistung für ihre Dienste, und daher verringert sich der Belauf des durch den Unfall entstandenen Schadens von vornherein um die Invaliditätsrenten und Pensionen.

9. BadRpr. **09** 1 (Karlsruhe). Der Ersatzpflichtige ist in Konkurs geraten, der § 69 KO. findet Anwendung. Danach ist, soweit es sich um die Entrichtung einer nach § 843 für geminderte Erwerbsfähigkeit zu zahlenden Rente handelt, der Gesamtwert der künftigen Leistungen zu schätzen.

10. **RG.** R. **09** Ziff. 3079. Bei Bemessung der Rente ist der Auszug (Altenteil) nicht zu berücksichtigen, soweit er auch ohne die Körperverletzung gewährt worden wäre.

11. **RG.** JW. **09** 392. Zulässigkeit einer Klage, nach der der Beklagte (Dienstherr) verurteilt wird, dem Kläger (dem Dienstpflichtigen) für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses allen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger aus der $33^1/_3$ pCt. betragenden Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit erwachsen werde.

§ 844. 1. **RG. 69** 292 ff., EisenbE. **25** 277 f. JDR. **7** § 844 Ziff. 1.

2. R. **09** Ziff. 2805 (Oldenburg). Der Anwendung des § 844 BGB. steht nicht entgegen, daß der Tod des Verletzten nicht sofort, sondern erst nach geraumer Zeit eingetreten ist, vorausgesetzt, daß der ursächliche Zusammenhang vorliegt.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3559. Die Unterhaltspflicht des getöteten Ehemanns, für deren Wegfall die Beklagte der Klägerin Schadensersatz zu leisten hat, hing nicht von der Bedürftigkeit der Ehefrau ab und wäre nicht entfallen, wenn und soweit die Frau sich selbst den Unterhalt zu verschaffen vermochte, sondern war nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse, der Lebensstellung und Erwerbsfähigkeit des Ehemanns zu gewähren. Der Schaden, den die Klägerin durch den Tod ihres Ehemanns erlitten hat, wird also nicht dadurch aufgehoben oder gemindert, daß sie ihre Arbeitskraft jetzt dem eigenen Erwerbe widmen kann. Ebensowenig kann hier von Vorteilsausgleichung gesprochen werden. Denn der Vorteil, der der Klägerin zuflösse, würde nicht auf den Tod des Mannes, sondern auf ihrer freiwilligen Arbeitsleistung beruhen, der Tod des Mannes also nicht die Ursache, sondern nur eine entferntere Bedingung des Vorteils sein.

4. HessRspr. **9** 41 (Darmstadt). Für die Geltendmachung eines Schadensanspruchs aus § 844 kommt es darauf nicht an, ob bereits zur Zeit des Unfalls eine gegenwärtiger Anspruch auf Unterhalt bestand oder ob die Voraussetzungen, insbesondere die Unterhaltsbedürftigkeit des berechtigten Dritten noch fehlen. Ist die Wahrscheinlichkeit, daß der Getötete dem Dritten gegenüber später unterhaltspflichtig geworden wäre, eine ganz fernliegende, so wird der Anspruch überhaupt zu versagen sein.

5. SeuffA. **64** 264, WürttJ. **21** 149 (Stuttgart). § 844 Abs. 1, wonach im Falle der Tötung der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen hat, dem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen, ist eine positive Bestimmung, welche nur Platz greift, wenn durch eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. der Tod eines anderen herbeigeführt und die Ersatzpflicht begründet wird. Die Bestimmung begründet für den, der zur Tragung der Beerdigungskosten verpflichtet ist, einen selbständigen, von der Person des Getöteten unabhängigen Anspruch.

6. **a)** R. **09** Ziff. 2412 (Stuttgart). Der Ersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 BGB. greift nicht Platz, wenn der Berechtigte nach seinen Vermögensverhältnissen in der Lage ist, sich — wenn auch unter Aufopferung des Grundstocks seines Vermögens, soweit dieser nicht aus unentbehrlicher Fahrnis und dergleichen besteht — einige Jahre selbst zu unterhalten.

b) **RG.** JW. **09** 687. Nach § 844 Abs. 2 ist dem Unterhaltsberechtigten durch eine Rente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde. Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Die Erwerbsfähigkeit ist also nur e i n Faktor für das M a ß des Unterhalts, der allerdings bei einem vermögenslosen, auf seinen Arbeitsverdienst angewiesenen Mann auch für die Fähigkeit und damit für die Pflicht zur Unterhaltsleistung von großer Bedeutung sein wird.

7. BadRpr. **09** 89 (Karlsruhe). Schadensersatzanspruch der Witwe des Getöteten, insoweit als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens nach seinen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen aus seinen Mitteln zur Unterhaltsgewährung verpflichtet gewesen sein würde.

8. HansGZ. **09** Beibl. 181 (Hamburg). Wird eines von mehreren einem Elternteil unterhaltspflichtigen Kindern getötet, so geht mit der Tötung weder die Unterhaltspflicht des Getöteten auf die Eltern über, noch konzentriert sich das ihm gegenüber bestandene Unterhaltsrecht auf die Überlebenden. Es geht tatsächlich unter (vgl. § 1606). Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein anderer dem gegen den Getöteten unterhaltsberechtigten Dritten Unterhalt zu gewähren hat. Der Ersatzpflichtige hat nur den Schaden zu ersetzen, den der Dritte durch die Entziehung des gesetzlichen Rechtes gegenüber dem Unterhaltspflichtigen erleidet. Hatte der Getötete nicht den ganzen Unterhaltsbedarf seiner Mutter zu leisten, so trifft auch den Ersatzpflichtigen die Leistungspflicht nur insofern, als sie dem Getöteten nach dem Gesetz oblag. S. a. R. **09** 1310.

9. **a)** **RG.** JW. **09** 314. Schadensersatzklage (Feststellung) des Vaters eines getöteten Sohnes gegen den Täter, weil der Sohn späterhin den Vater hätte alimentieren müssen. Die Klage ist gerechtfertigt. Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist durch die Verjährungsvorschrift des § 852 gegeben.

b) **RG.** Seuff. **64** 191, SächsRpflA. **09** 182, EisenbE. **26** 27. Der Vater einer getöteten 5jährigen Tochter kann Ersatz für Entziehung von Dienstleistungen oder der Aussicht auf Unterhalt nicht fordern.

10. WürttJ. **21** 9 (Stuttgart). Recht der Tochter, die im elterlichen Haushalte Dienste leistet, auf eine Rente gemäß § 844 BGB.

§ 845. S c h a d e n s e r s a t z w e g e n V e r l e t z u n g e i n e r E h e f r a u.
1. E n d e m a n n, R **09** 286 f., empfiehlt für Entschädigungsforderungen die gemeinschaftliche Klage der Ehegatten. Diese können, da jeder von ihnen über den ihm zustehenden Anspruch verfügen kann, unter sich übereinkommen, daß die Entschädigung wegen einer Verletzung der Ehefrau, gleichviel wem von beiden sie nach dem Gesetze gebührt, ihnen beiden zufallen soll. Wird die Entschädigung in der Form der Rente geleistet, so entspricht es auch dem Zwecke der Rente, daß sie als Aus-

gleich für die Minderung der bisher dem gemeinsamen Haushalte zugute gekommenen Arbeitskraft der Frau diesem Haushalte zufließe. Hier haben die Kläger durch die gemeinschaftliche Klage, die ausdrücklich einen etwaigen künftigen Erwerb der Ehefrau mit in Rechnung zieht, kundgegeben, daß während bestehender Ehe die Rente sowohl für den Entgang der Dienste der Frau im Hauswesen, als auch bei Änderung der ehelichen Verhältnisse zum Ersatz eines selbständigen — unter § 1367 fallenden — Erwerbes der Frau ihnen beiden entrichtet werden solle.

2. **RG.** JW. **09** 483. Der Ehemann der durch einen Unfall verletzten Ehefrau kann nur den Schaden geltend machen, der ihm durch die Gebrechlichkeit seiner Frau infolge des Unfalls entstanden ist. Dieser Anspruch kann nicht auf § 1 HaftpflG., sondern nur nach Maßgabe des § 845 auf ein Verschulden des Beklagten (§ 823) oder auf eine widerrechtliche Verletzung durch einen Angestellten, für die er einzustehen hat, gestützt werden.

3. **RG.** RheinA. **106** II 286. Eheleute können gemeinschaftlich auf Entschädigung wegen eines Unfalls der Frau klagen. Dies gilt auch für die im gesetzlichen Güterstande lebenden Eheleute. Beide Eheleute können, da jeder Teil über den ihm zustehenden Anspruch verfügen kann, unter sich übereinkommen, daß die Entschädigung wegen eines Unfalls der Frau, gleichviel wem von beiden sie nach dem Gesetze gebührt, ihnen beiden zufallen soll. Wird die Entschädigung in der Form der Rente geleistet, so entspricht es auch dem Zwecke der Rente, daß sie als Ausgleich für die Minderung der bisher dem gemeinsamen Haushalte zugute gekommenen Arbeitskraft der Frau diesem Haushalte zufließe.

4. R. **09** Ziff. 3560 (Frankfurt). Im Falle der Tötung eines Kindes ist neben dem Nachteile, der im Fortfalle der von dem Kinde in reiferen Jahren im Haushalt und Geschäfte zu erwartenden Dienste besteht, auch der Vorteil zu berücksichtigen, der aus der Befreiung von der Unterhaltspflicht erwächst. Ein Überschuß des Nachteis über diesen Vorteil ist nicht anzunehmen, wenn es sich um den sechsjährigen Sohn eines Kolonialwarenhändlers handelt.

§ 846. **RG. 69** 186 s. JDR. **7** § 846.

§ 847. 1. OLG. **18** 104 (Hamburg) s. JDR. **7** § 847 Ziff. 1.

2. OLG. **18** 105 (Hamburg). Bei Bemessung des immateriellen Schadens sind nicht nur die körperlichen Schmerzen zu bemessen, sondern auch die Störungen des geistigen und körperlichen Wohlbefindens.

3. OLG. **18** 105 (Hamburg) s. JDR. **6** § 847 Ziff. 3.

4. **a)** HansGZ. **09** Beibl. 247 (Hamburg). § 847 kommt nur bei Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen in Betracht, s. o. zu § 823 Ziff. II 4 b α.

b) OLG. **18** 103 (Düsseldorf). § 847 kommt nur bei der Haftung aus unerlaubten Handlungen in Frage. Vgl. JDR. **7** § 847 Ziff. 2. Ebenso SchlHolstAnz. **09** 276 (Kiel).

5. HansGZ. **09** Beibl. 35 (Hamburg). Die Bestimmungen des § 847 finden nicht nur bei einer Haftung für eigenes rechtswidriges Verhalten, sondern auch bei einer Haftung für fremdes Verschulden und einer Haftung auf Grund gesetzlicher Vorschrift Anwendung. (Vgl. JDR. **5** § 847 Ziff. 2.) — OLG. **18** 103 (Hamburg) s. JDR. **7** § 847 Ziff. 4.

6. OLG. **18** 75 (Kiel). Zur Geltendmachung der Arztkosten und des Schmerzensgeldes wegen Verletzung seiner Ehefrau ist der Ehemann, der im gesetzlichen Güterstande lebt, gemäß § 1380 berechtigt, da die Ansprüche zum eingebrachten Gute der Frau gehören.

7. OLG. **18** 75 (KG.). Heilungskosten und Schmerzensgeld kann der Mann nicht einklagen, da diese Ansprüche höchstpersönlicher Natur sind.

8. BadRpr. **09** 1 (Karlsruhe). Die Zahlung eines im schöffengerichtlichen Vergleiche vereinbarten Schmerzensgeldes von 20 M. schließt nicht die Abfindung für

den sog. immateriellen Schaden aus. Der Anspruch aus § 847 ist aber gerechtfertigt, weil die Herabminderung der Funktionen eines wichtigen Sinnesorgans (Ohren) eine fortwährend sich geltend machende empfindliche Belästigung und Erschwerung mit sich bringt.

9. R. **09** Ziff. 986. Berücksichtigung der Heftigkeit und der Dauer der Schmerzen bei Festsetzung des Schmerzensgeldes.

§ 852. 1. a) **RG.** JW. **09** 724. Für den Beginn der Verjährung genügt es, wenn der Geschädigte die Ursache des Schadens in ihren allgemeinen Umrissen kennt. Auf die Kenntnis der Einzelheiten des schädigenden Ereignisses oder Zustandes kommt es nicht an. Über Schädigung durch neu entstehende Risse eines Gebäudes 725.

b) **RG.** JW. **09** 725. Grundsätzlich ist die Verjährung des Schadensersatzanspruchs im § 852 nicht davon abhängig gemacht, daß der Verletzte den Umfang des Schadens in dem fraglichen Zeitpunkte bereits kennt oder zu bestimmen vermag. Im Sinne des § 852 muß der gesamte aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden als einheitlicher Schaden — nicht als eine Summe einzelner selbständiger Schäden — angesehen werden. Es wird daher durch die Ungewißheit über die Höhe des Schadens oder über die Fortdauer der Schadenswirkungen der Beginn der Verjährung an sich nicht aufgehalten.

c) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 690, R. **09** Ziff. 2264. Im Sinne des § 852 BGB. muß der gesamte aus einem Unfall entstehende Schaden als ein einheitlicher Schaden, nicht als eine Summe einzelner selbständiger Schäden angesehen werden, insbesondere ist auch das Rentevorrecht ein Gesamtanspruch, welcher vom Tage seiner Begründung ab mit Wirkung auf die einzelnen Ziele verjährt, und das gleiche gilt von den Kurkosten, wenn der Körperzustand des Verletzten ihn nötigt, wiederholt und lange Zeit hindurch ärztliche Hilfe und sonstige Heilbehandlung in Anspruch zu nehmen. Die aus der Verletzung weiterhin entstandenen Nachteile sind nur für den Umfang des einheitlichen durch die Körperverletzung begründeten Schadensersatzanspruchs von Bedeutung, der § 852 BGB. verlangt aber nicht Kenntnis von dem Umfange des Schadens, sondern nur von der Tatsache des eingetretenen Schadens. Liegt der Fall so, daß die nachteiligen Folgen einer Körperverletzung erst später — vielleicht sogar nach Ablauf der Verjährungsfrist von drei Jahren — hervortreten und dem Verletzten erkennbar werden, dann beginnt die Verjährung für den Ersatzanspruch nicht vom Tage des Unfalls, sondern nach der Vorschrift des § 852 BGB. „von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt". Ist dagegen in dem Zeitpunkte des Unfalls der Schaden und die Person des Ersatzpflichtigen dem Verletzten bekannt, so kann die Ungewißheit über die Höhe und die Fortdauer des Schadens den Beginn der Verjährung nicht aufhalten.

d) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1029, R. **09** Ziff. 2413. Die Ungewißheit, ob die durch einen Unfall verursachten, für den Verletzten sofort erkennbaren Einwirkungen auf seinen Körper heilbar sind oder nicht, hält den Lauf der Verjährungsfrist nicht auf. Ebenso ist es für den Lauf der Verjährungsfrist unerheblich, ob die sofort erkennbaren Einwirkungen des Unfalls für den Verletzten einen materiellen Schaden sofort zur Folge gehabt haben oder ob sich ein solcher Schaden aus jenen Einwirkungen erst später ergibt.

2. a) **RG.** R. **09** Ziff. 1497. Wenn bei einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit außer den sofort sich zeigenden schädlichen Folgen späterhin noch andere Wirkungen hervortreten, die infolge nachträglich dazwischenkommender Umstände oder einer unvorhergesehenen Entwickelung des Leidens dem Verletzten weitere Nachteile bereiten, so beginnt die Verjährung des Anspruchs wegen dieser Schäden erst von dem Zeitpunkt ab, wo der Verletzte von der weitergehenden oder andersartigen Schädigung — und zwar als von einer Wirkung der unerlaubten Handlung — Kenntnis

erlangt hat (R. **08** Ziff. 72). Es kann im Einzelfalle zweifelhaft sein, ob ein neu entstandener bzw. neu erkannter Schaden vorliegt. Man wird einen solchen nicht schon dann annehmen können, wenn das durch die Verletzung herbeigeführte Leiden bloß eine Verschlimmerung erfährt, wie sie für die Entwickelung derartiger Krankheiten von vorherein in Rechnung zu ziehen ist. Anders aber liegt die Sache da, wo in der Folge sich ein Leiden anderer Art eingestellt hat oder wenn anfangs nur eine äußerliche Verletzung, nur eine leichtere, anscheinend vorübergehende Gesundheitsstörung sich gezeigt hat, späterhin dagegen ein inneres Leiden oder eine schwere, chronische, nicht oder nicht leicht heilbare Krankheit als Folge der Verletzung zutage tritt. Um einen Fall dieser Art handelt es sich aber hier. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, nachzuweisen, daß der Kläger vor dem fraglichen Zeitpunkte Kenntnis von dieser Natur seiner Krankheit erlangt hatte — ein bloßes Kennenmüssen würde nicht ausreichen.

b) PosMSchr. **09** 165 (Königsberg) schließt sich hinsichtlich der Verjährung bei Fortdauer der schädlichen Wirkungen einer schadenbringenden Handlung dem **RG.** JW. **07** 832 (JDR. **6** § 852 Ziff. 2) an.

3. **RG. 71** 358, JW. **09** 499, LeipzZ. **09** 855. Wenn § 852 Abs. 2 bestimmt, daß auch nach Vollendung des Schadensersatzanspruchs aus einer unerlaubten Handlung der Schädiger und Ersatzverpflichtete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe dessen verpflichtet sei, was er durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt habe, so ergibt sich, daß es derselbe Tatbestand der unerlaubten Handlung sein muß, der den Schadensersatzanspruch wie den Bereicherungsanspruch begründet, und daß in bezug auf den Anspruch aus der unerlaubten Handlung die Richtung der Klage auf die Bereicherung lediglich eine Einschränkung des Schadensersatzanspruchs darstellt. Die Bereicherung ist in den Fällen des § 852 Abs. 2 nichts von dem Schaden des Verletzten Verschiedenes — denn was der Empfänger auf Kosten des Verletzten erlangt hat, hat er eben zu dessen Schaden erlangt —; sie ist vielmehr derjenige Teil des Schadens des Verletzten infolge der unerlaubten Handlung, hinsichtlich dessen der Vermögensverlust des letzteren zugleich mit einem Vermögenszuwachs des Schädigers verbunden war, ein Vermögensteil des Beschädigten dem Vermögen des Ersatzpflichtigen zugeführt worden ist. — Übergang der Schadensersatzklage zum Bereicherungsanspruch gegen den Schädiger ist keine unzulässige Klagänderung.

4. **RG. 69** 422, ZVersWes. **09** 16, BayRpflZ. **09** 48, JW. **09** 18, DJZ. **09** 265. Die Vorschrift des § 852 findet keine Anwendung auf die Ausgleichungsansprüche unter mehreren Gesamtschuldnern. Der Ausgleichungsanspruch der Gesamtschuldner gegeneinander läßt sich vom Standpunkte des BGB. aus nicht als ein Anspruch aus unerlaubter Haudlung bezeichnen. Die Anwendung des § 852 läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß der Anspruch aus einer von den Gesamtschuldnern gegen den Dritten gemeinsam verübten unerlaubten Handlung erwachsen ist. S. o. § 840 Ziff. 1.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1035, JW. **09** 110 (112), DJZ. **09** 489. § 852 ist auch anwendbar bei Klagen auf Schadensersatz gegen eine Eisenbahn wegen unzulässiger Einwirkungen. Der Umstand, daß der Anspruch ein Verschulden nicht zur Voraussetzung hat, kann der Anwendung dieser Vorschrift um so weniger entgegenstehen, als der 25. Titel im II. Buche des BGB. selbst Tatbestände enthält, die ein Verschulden der Ersatzpflichtigen nicht voraussetzen.

6. OLG. **18** 107 (Marienwerder). Über den Begriff der Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen. Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 2265. Die Verjährung wird unterbrochen auch durch Zustellung einer Klage, in welcher der Schadensbetrag nicht ziffernmäßig bezeichnet ist.

8. KGBl. 09 98 (KG.). Verjährung eines Anspruchs aus § 945 ZPO. s. o. zu §§ 823 ff. Ziff. 1 c.

§ 853. *Schreiber, GruchotsBeitr. **53** 298 ff. Entgegen **RG. 63** 268 ergibt sich aus den Materialien und aus § 853, daß dem Verletzten neben der Anfechtung (§ 123 BGB.) zugleich auf Grund der §§ 249, 826 ein obligatorischer, der dreijährigen Verjährung unterliegender Anspruch auf Aufhebung des Vertrags zusteht und daß, soweit aus dem Vertrag eine noch unerfüllte Forderung gegen den Verletzten begründet ist, letzterer die Erfüllung auch nach Ablauf der 3 Jahre verweigern darf. In diesem Falle muß er sich gleichzeitig zur Rückgängigmachung des ganzen Vertrags erbieten, womit er aber nur gehört werden kann, wenn der Vertrag nicht schon den Umständen nach als genehmigt zu gelten hat. — In einem Nachtrage hierzu 309 ff. wird von Eccius die Ansicht vertreten, daß neben der Anfechtung ein obligatorischer Anspruch auf Vertragsaufhebung nur für Verträge anzuerkennen sei, die weder ganz noch teilweise erfüllt seien.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Literatur: Eccius, Schuldhafte Verletzung des Besitzes, GruchotsBeitr. **53** 8—12. — Kreß, Besitz und Recht. Eine zivilrechtliche Abhandlung. Nürnberg-Leipzig 1909. — Rohde, Studien im Besitzrechte. Düsseldorf 1909.

§ 854. 1. *Rohde, Studien im Besitzrechte. Wesen des Besitzes: Der Besitz des BGB. ist die unmittelbare tatsächliche Gewalt der Person über die Sache. Wo diese vorhanden ist, wird Besitz angenommen, wo sie fehlt, besteht kein Besitz. Hiervon machen Ausnahmen einesteils der Erbenbesitz des § 857, anderenteils die Besitzdienerschaft des § 855, bei welcher nicht der in dem unmittelbaren tatsächlichen Gewaltverhältnisse zu der Sache stehende Besitzdiener, sondern der in einem mittelbaren tatsächlichen Gewaltverhältnisse zu ihr stehende Besitzer als Besitzer behandelt wird. Der mittelbare Besitz aus § 868 enthält, wie dargelegt wird, kein tatsächliches Gewaltverhältnis und es sind auf ihn nicht die §§ 854 bis 867 anwendbar (Abschnitt I). Erfordernisse des Besitzes im allgemeinen: Das BGB. kennt, von § 857 abgesehen, keine Sukzession in den Besitz. Zu jedem Besitze mit Ausnahme des Erbenbesitzes aus § 857 wird von ihm der Besitzwille erfordert. Es wird eine eingehende Begründung beider Sätze gegeben (Abschnitt II).

2. Josef, SeuffBl. **09** 724. Ob der Dienstpflichtige an der ihm eingeräumten freien Wohnung Besitz hat, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung. Nach dieser steht Besitz nicht zu den bloßen Handlungs- und Gewerbegehilfen, wohl aber den Dienstpflichtigen, die als sachverständige Leiter angestellt sind oder eigenen Hausstand und selbständige Wirtschaftseinrichtung haben. Während der Dienstherr Angestellte jener ersteren Art jederzeit durch Selbsthilfe und im Wege der Besitzentziehungsklage zur Räumung der ihnen überlassenen Wohn- und Schlafräume zwingen kann, steht ihm ein solches Recht gegen die Angestellten der zweiten Art grundsätzlich nicht, sondern nur betreffs solcher Räume zu, die ausschließlich zur Leistung der Dienste bestimmt sind, betreffs deren diese Angestellten also nur Besitzdiener sind.

§ 855. 1. **RG.** 18. 5. 09, **71** 248 ff., JW. **09** 416, R. **09** Ziff. 1994. Auch wer in einem Erwerbsgeschäfte nicht förmlich als Gehilfe angestellt ist, sondern nur eine einem Gehilfsposten ähnliche Stellung einnimmt, vermöge deren er in gleichem Maße wie ein Angestellter den sich auf die Ware beziehenden Weisungen des Geschäftsherrn Folge zu leisten hat, ist Besitzdiener im Sinne des § 855. Wird ein solcher Angestellter von dem Geschäftsinhaber mit Waren auf Reisen

gesandt, so ist auch während der Reise der Angestellte bezüglich der ihm mitgegebenen Waren nur Besitzdiener. Die räumliche Entfernung schließt die Fortdauer des Besitzverhältnisses nicht aus. Denn maßgebend ist hierfür nicht die ununterbrochene Möglichkeit der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung auf die Sache seitens des Besitzherrn, sondern das soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 472 läßt es dahingestellt, ob die Personen, deren sich ein Spediteur zur Vornahme des Einlagerns und des Verladens der Waren bedient, als solche, die über die in den Lagerräumen lagernden Waren eine tatsächliche Gewalt ausüben und damit als Besitzdiener im Sinne des § 855 in Betracht kommen.

§ 857. *Hörle, Nachlaßpflegschaft, ZBlFG. **9** 756. Mit dem Zeitpunkt, in dem der Nachlaßpfleger den Besitz der Nachlaßgegenstände ergreift, bemißt sich das Besitzverhältnis nach § 868 und der Nachlaßpfleger ist unmittelbarer, der Erbe mittelbarer Besitzer. Der Erbe hat dem Pfleger gegenüber nur das Recht der Notwehr und der Selbsthilfe nach §§ 227, 229 ff. BGB. und nur im Falle einer dem Pfleger als unmittelbarem Besitzer gegenüber verübten verbotenen Eigenmacht gegen Dritte die Ansprüche aus § 869 BGB.

§§ 861 ff. 1. a) Eccius, GruchotsBeitr. **53** 8 ff. Die §§ 861 ff. regeln die einzige Klage aus Verletzung des Besitzes, eine Entschädigungsklage, die vom Verschulden absieht und auf dem Verursachungsprinzipe beruht. Es ist daher nicht angängig, die Anwendung der §§ 861 f. auf die Fälle zu beschränken, wenn die Verletzung ohne Kenntnis des verletzten Besitzes vorgenommen ist, für alle gewollten oder schuldhaften Eingriffe in den Besitz aber den weitergehenden Schutz des § 823 zu gewähren (so **RG. 59** 326). Übrigens läßt sich auch keine andere Verletzung des Besitzes denken als Besitzentziehung oder Besitzstörung. **b)** R. **09** Ziff. 1683 (Braunschweig). Der § 861 will nur den Besitz schützen, nicht aber eine Entschädigungsklage gewähren. Die neuerdings von Eccius vertretene Ansicht (s. o. unter a), daß der § 861 eine auf dem Verursachungsprinzipe beruhende und vom Verschulden absehende ausschließliche Entschädigungsklage wegen Besitzentziehnng gewähre, ist nicht überzeugend. Sind durch die Besitzentziehung zugleich die Tatbestandsmerkmale einer unerlaubten Handlung erfüllt, liegt insbesondere ein Verschulden vor, so kann der frühere Besitzer nach den Grundsätzen über die Anspruchskonkurrenz auch Schadensersatz beanspruchen.

2. R. **09** Ziff. 1682 (Braunschweig). Bei Grundstücken sind die Grenzen zwischen Störung und Entziehung des Besitzes schwer zu unterscheiden, der Unterschied ist tatsächlich quantitativer Art. Dasselbe Wort kann im Munde des einen sich auf Herbeiführung einer bloßen Rechtsunsicherheit beschränken, im Munde des anderen aber die Vertreibung des Besitzers bewirken. Ebenso kann ein Wort desselben Angreifers bei dem einen Besitzer bloß eine Störung, bei dem anderen aber die Entziehung des Besitzes zur Folge haben. Es kommt darauf an, ob die Einwirkung im einzelnen Falle derart ist, daß man nach der Verkehrsanschauung den Besitz als beendet anzusehen hat.

§ 868. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 147 ff.: Der Eigentümer wird durch Entstehung eines Pfandrechts stets mittelbarer Besitzer. — 152 ff.: Ist eine Sache mehrfach verpfändet, so sind alle Vertragspfandgläubiger stets mittelbare Besitzer, wenn einer von ihnen unmittelbarer Besitzer ist.

2. a) **RG.** 18. 5. 09, **71** 252, JW. **09** 416, R. **09** Ziff. 1997. Der Geschäftsreisende ist allerdings hinsichtlich der ihm von dem Geschäftsherrn auf die Reise mitgegebenen Waren, Muster, Musterkoffer u. dgl. zur Aufbewahrung verpflichtet. Verwahrer im Sinne der §§ 688 ff. BGB. ist er aber ebensowenig, wie der

Geschäftsherr ihm gegenüber Hinterleger ist. Die Verwahrungspflicht ergibt sich ohne weiteres aus dem bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse. Der Geschäftsreisende besitzt die Sachen sonach nicht als Verwahrer, sondern er hat sie in Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit in Händen. Er ist also lediglich Besitzdiener. Vgl. o. § 855 Ziff. 1. **b)** OLG. **18** 140 ff. (KG.). § 868 setzt zur Begründung des mittelbaren Besitzes nicht einen gültigen Vertrag voraus, vielmehr genügt ein Putativverhältnis.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die Ruhepause, die im vorjährigen Berichte hinsichtlich der Erörterung über die Rechtsnatur der dinglichen Einigung festgestellt werden konnte, ist, wie vorauszusehen war, nicht von langer Dauer gewesen. In der wertvolle Anregungen bietenden Schrift von Siber: „Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht" (s. die Vorbemerkungen zur GBO.) wird insbesondere die Form, die Gültigkeit und die bindende Kraft der Einigung untersucht (Ziff. I—IV zu § 873), während Pabst das Gesamtproblem zum unmittelbaren Ausgangspunkte seiner Schrift: „Die Rechtsnatur der Einigung im Sachenrecht" — eine Berichterstattung über diese Schrift muß dem nächsten Jahrgange vorbehalten bleiben — gemacht hat. Die Einheitshypothek, ein ebenfalls lebhaft umstrittenes Rechtsgebilde, ist von Kemmer eingehend behandelt worden (Nr. 1 zu § 877). Über den § 928 s. Vorbem. vor § 925. — Die Rechtsprechung hat sich mehrfach über die Grenzen des öffentlichen Glaubens im Anschluß an § 892 BGB. ausgesprochen (Nr. II zu § 892) und das Wesen des Berichtigungsanspruchs nach verschiedenen Richtungen hin erörtert (Nr. I zu § 894). Vor allem aber ist zu erwähnen, daß der Streit über den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Tätigkeit des Grundbuchrichters nun endlich an das RG. gelangt ist (Nr. 1 zu § 878). Das RG. hat sich dahin entschieden, daß Verfügungen des Gemeinschuldners, die vor der Konkurseröffnung getroffen oder an das Grundbuchamt gelangt sind, zur Eintragung im Grundbuche nicht führen können. Die Frage, ob die Begründung der Entscheidung durchweg Billigung verdient, muß hinter der Befriedigung darüber zurücktreten, daß nunmehr auch auf diesem Gebiete dem Grundbuchrichter ein klarer Weg vorgezeichnet ist.

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts ist im Berichtsjahre Nürck, Das Sachenrecht des Reichs mit besonderer Berücksichtigung Elsaß-Lothringens erschienen: s. dazu Strofler, ElsLothJZ. **09** 622: Einige Randbemerkungen zu Nürcks Sachenrecht. Der BGB.-Kommentar v. Staudingers, in dem Kober wiederum das Sachenrecht bearbeitet, hat unmittelbar nach Vollendung der 3. und 4. Aufl. in neuer — 5. und 6. — Auflage zu erscheinen begonnen. Auch Sibers Einzelschrift: „Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht" bedarf hier der Hervorhebung. S. auch die Literaturübersicht vor § 925.

§ 873. I. Die Form der Einigung. *Siber, Buchrechtsgeschäft. 1. Die gültige Einigung (Abs. 1) bedarf, außer bei der Auflassung, keiner Form, wenn sie unter den Parteien erklärt wird, wohl aber wenn sie durch unmittelbar an das Grundbuchamt gerichtete Erklärungen zustande kommt. Dann muß die Verfügungserklärung mindestens beglaubigt sein, weil sie ohne das nicht einmal zu der aufschiebenden Amtsentschließung gemäß § 18 GBO. Anlaß geben kann. Die Verfügungsannahme kann in jeder Form erklärt werden, die ihre Aktenkundigmachung ermöglicht, z. B. privatschriftlich; denn sie ist für das Grundbuchamt nur wegen des im Zweifel in ihr enthaltenen Eintragungsantrags von Interesse, und der bedarf gleichfalls keiner weiteren Form (37 ff.). Ist die Verfügungsannahme keine Erklärung an das Grundbuchamt, so kann sie auch konkludent geschehen (80 ff.). 2. Die Formen der der Eintragung vorausgehenden bindenden Einigung (Abs. 2) sind so beschaffen, daß dadurch die Abgabe der Eintrags-

bewilligung liquid gestellt wird. Die Erklärung vor dem Grundbuchamte bedarf der Form der grundbuchamtlichen Eintragsbewilligung, für die das Landesrecht statt der Protokollierung auch bloße Registratur genügen lassen kann; die Einreichung an das Grundbuchamt setzt eine Form voraus, in der die Erklärungen mindestens der aufschiebenden Amtsentschließung gemäß § 18 GBO. als Grundlage dienen können, also für die Verfügungserklärung mindestens Beglaubigung. Aushändigung einer Eintragsbewilligung an den Erwerber setzt nicht voraus, daß diese dem § 28 GBO. entspreche (39—44).

II. Die Gültigkeit und die bindende Kraft der Einigung. *Siber, Buchrechtsgeschäft. 1. Die Gültigkeit der Erklärungen bedeutet, a) wenn diese nicht buchmäßig zu beweisen sind, nur, daß sie in Verbindung mit einer ohne ihren Nachweis angeordneten Eintragung die materielle Rechtsänderung bewirken können. Das hat bei der Einigung sehr geringe Bedeutung, bei der Zustimmung etwas mehr, weil der zur Eintragung erforderliche Nachweis der Zustimmung nicht darauf zu erstrecken ist, daß diese nach materiellem Rechte richtig adressiert und rechtzeitig sei. Es kann deshalb die Rechtsänderung auf einer formlosen materiell wirksamen, aber unerweislichen Zustimmung und auf einer durch den Nachweis einer formellen, aber materiell unwirksamen nochmaligen Zustimmung herbeigeführten Eintragung beruhen (85 ff.). b) Ist die Erklärung buchmäßig zu beweisen oder (wie die Verfügungsannahme außer bie der Auflassung) keines Nachweises bedürftig, so begründet sie für den Gegner nicht nur die verfahrensrechtliche (prozessuale) Befugnis, den Eintrag zu erwirken, sondern damit zugleich das materielle Kannrecht, die dingliche Rechtsänderung herbeizuführen (88 ff.). 2. Die bindende Kraft a) der Haupterklärungen bedeutet nur deren sachenrechtliche Unwiderruflichkeit, die aber nur, wenn die Eintragung schon erfolgt ist, eine unverlierbare dingliche Rechtslage begründet (94 f.). Die Unwiderruflichkeit ist nach Sachenrecht zeitlich unbegrenzt; damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß wegen zeitlicher Begrenzung ihrer schuldrechtlichen causa sowohl die mit der Eintragung vollzogene dingliche Rechtsänderung, wie das vor der Eintragung bestehende Kannrecht zu deren Herbeiführung (1 b) kondiziert werden kann (95 ff.). b) Die U widerruflichkeit der Zustimmung (§§ 876, 877, 880 Abs. 3 u. a.) ist gleichfalls nur sachenrechtlicher Natur und hindert, wenn sie zeitlich unbegrenzt ist, nicht die Kondiktion wegen zeitlicher Begrenzung der causa (99 ff.).

III. Die Einigung unter Abwesenden. *Siber, Buchrechtsgeschäft 105 ff. Der Hergang bei der Einigung unter Abwesenden stimmt nicht notwendig mit dem des Vertragsschlusses gemäß §§ 145, 130 Abs. 1, 151, 152 überein. Die Einigung durch Erklärungen vor dem Grundbuchamt oder durch Einreichung von Erklärungen an das Grundbuchamt kann zustande kommen, ohne daß eine dieser Erklärungen dem Gegner zugeht, die Einigung durch Aushändigung einer Eintragsbewilligung an den Gegner, ohne daß die zuerst abgegebene Erklärung, der Einigungsantrag, dem Gegner zugeht; denn im letzteren Falle ist die Verfügungserklärung (Eintragsbewilligung) privatempfangsbedürftig, auch wenn sie zuletzt abgegeben, also Einigungsannahme ist, die Verfügungsannahme ist nicht empfangsbedürftig, auch wenn sie vorausgegangen, also Einigungsantrag ist.

IV. Die Wirkung der Einigung. *Siber, Buchrechtsgeschäft 119 ff. Einigung — oder einseitige Verfügung — und Eintragung wirken zusammen die materielle Rechtsänderung, auch wenn zwischen beiden kein ursächliches Verhältnis besteht. Die verfahrensrechtlichen Grundsätze über die Eintragsvoraussetzungen sind aber so geordnet, daß zwischen beiden fast immer ein Kausalzusammenhang bestehen muß. Sie sind darum nach der Tendenz des Gesetzes als innerlich zusammenhängend zu denken; anders Einigung und Besitzerwerb im Fahrnisrechte.

V. Die Eintragung. Güthe, BayRpflZ. **09** 197 (199). Nach § 873 Abs. 1 BGB. ist die „Eintragung der Rechtsänderung" erforderlich. Rechtsänderung ist aber, wie die vorhergehenden Worte des § 873 Abs. 1 angeben, in Fällen der Abtretung „die Übertragung" des Rechtes. Wird diese in der Bewilligung nicht zum Ausdrucke gebracht, sondern wird nur die „Umschreibung" bewilligt, so kann die Eintragung nicht den nach § 873 Abs. 1 BGB. erforderlichen Inhalt erhalten und muß daher abgelehnt werden.

§ 874. LG. Metz, ElsLothNotZ. **09** 204. Wenn zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vereinbart ist, daß bei Rückzahlung eines bis zu einem festgesetzten Zeitpunkte seitens des Schuldners unkündbaren Darlehens vor dieser Zeit eine prozentual aus der Darlehnssumme und der Zeit der Unkündbarkeit zu berechnende Entschädigung zu bezahlen ist und der Schuldner zu deren Sicherung die Eintragung einer Höchsthypothek für die höchstmögliche Entschädigung bewilligt hat, so muß diese Höchsthypothek auf Antrag in das Grundbuch eingetragen werden. Es genügt nicht die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

§ 875. 1. Die Form des Verzichts. *Siber, Buchrechtsgeschäft 45. Der gültige Verzicht ist nur formbedürftig, wenn er unmittelbar an das Grundbuchamt erklärt wird; die Formen des der Löschung vorausgehenden bindenden Verzichts sind so geregelt, daß sie die Abgabe der Löschungsbewilligung liquid stellen.

2. Bedeutung der Gültigkeit und der bindenden Kraft s. § 873 Ziff. II.

3. BadRpr. **09** 34 (Karlsruhe). Es kann der Verzicht oder die Aufhebungserklärung, die begrifflich nur einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen sind, im Einzelfalle Bestandteil eines Vertrags sein.

4. PosMSchr. **09** 44, R. **09** Ziff. 2113 (KG.). Die Löschungsbewilligung hat eine zweifache Bedeutung. Sie ist einerseits formelle Eintragungsbewilligung i. S. des § 19 GBO., andererseits materielle Aufgabeerklärung i. S. des § 875 Abs. 1 BGB. (vgl. hinsichtlich der zweiten Bedeutung **RG. 54** 378, insbes. 384, wonach die Bewilligung der Eintragung einer Eigentumsübertragung nichts anderes ist als die zur Einigung erforderliche Erklärung des Berechtigten). Als formelle Bewilligung hat die Löschungsbewilligung lediglich die Wirkung, einem Antrag auf Löschung des Rechtes als Unterlage dienen zu können (vgl. KGJ. **33** A 331). Als materielle Aufgabeerklärung hat sie nach § 875 BGB. lediglich die Wirkung, in Verbindung mit der Löschung im Grundbuche das eingetragene Recht aufzuheben. Zur Aufhebung einer Hypothek ist nach § 1183 BGB. überdies die Zustimmung des Eigentümers erforderlich. Die Löschungsbewilligung hat demnach ohne hinzukommende Löschung niemals die Kraft, das eingetragene Recht aufzuheben oder sonst darzutun, daß das Recht nicht dem eingetragenen Berechtigten zustehe. Der Hypothekengläubiger kann daher trotz Ausstellung einer bindenden Löschungsbewilligung eine Abtretungserklärung mit gleicher ihn bindenden Kraft abgeben.

§ 876. *Siber, Buchrechtsgeschäft 99 ff. Die Unwiderruflichkeit der Zustimmung ist nur sachenrechtlich und schließt ihre Kondiktion nach Schuldrecht nicht aus, vgl. § 873 Ziff. II 2 b.

§ 877. 1. Einheitshypothek. Kemmer, BayRpflZ. **09** 321. Die Bildung einer Einheitshypothek ist zulässig (323). Wenn dies im Gesetzbuch auch nicht ausdrücklich steht, so bietet hierfür doch der § 877 BGB. die Handhabe .... (324). Zur Begründung der Einheitshypothek bedarf es der Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über den Eintritt der infolge der Vereinigung mehrerer Hypothekenforderungen erfolgten Änderungen des Inhalts der betreffenden dinglichen Rechte und der Eintragung dieser Änderungen in das Grundbuch (§ 873 BGB.) .... (325). Daraus, daß die zu vereinigenden Hypotheken unter mehreren Nummern im Grund-

buch eingetragen sind, kann nicht auf die Unzulässigkeit einer Einheitshypothek geschlossen werden. Denn nirgends im Gesetz ist die Hypothek etwa dahin definiert, daß sie die unter einer Nummer eingetragene, dingliche Belastung eines Grundstücks sei, vielmehr liegt eine Hypothek auch dann vor, wenn die aus dem Grundstücke zu zahlende Summe zwar unter mehreren Nummern eingetragen ist, die Einigung aber auf eine Hypothek gerichtet war und dies im Grundbuch Ausdruck gefunden hat. Umgekehrt kann durch Parteidisposition eine Einheitshypothek, wie überhaupt jede Hypothek in einzelne, selbständige Hypothekenforderungen zerlegt werden. Dagegen fällt die Bestellung einer gemeinsamen Hypothek für mehrere Forderungen verschiedener Gläubiger in der Weise, daß jedem Gläubiger ein bestimmter Anteil an dem eingetragenen Gesamtkapitale zustehen soll, nicht unter den Begriff der Einheitshypothek, auch wenn die Eintragung unter einer Nummer erfolgt ist .... (326). Vom Standpunkte der Grundbuchtechnik aus stehen der Eintragung einer Einheitshypothek keine Schwierigkeiten entgegen. Die ursprünglichen Hypotheken, die durch die Bildung der Einheitshypothek gegenstandslos geworden sind, sind zu löschen ..... In der Bildung der Einheitshypothek liegt sonach eine Neubegründung der Hypothek selbst. Der hierbei verfolgte Zweck läßt sich auch in anderer, allgemein anerkannter Weise erreichen. Soll z. B. eine Einheitshypothek für eine höhere Summe als die der ursprünglichen Amortisationshypothek begründet werden, wobei auch wesentliche Änderungen der Nebenleistungen in Betracht kommen, oder sollen mehrere selbständige Forderungen verschiedener Gläubiger auf einen Gläubiger übertragen und soll hierfür eine einheitliche Hypothek mit gleichen Zins- und Zahlungsbestimmungen eingetragen werden, so läßt sich dies im Wege der Einigung über den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung nach §§ 873, 877 BGB. und der Aufhebungserklärung nach §§ 875, 1183 BGB. hinsichtlich der zu löschenden Hypotheken in Verbindung mit der Eintragung der neuen einheitlichen Hypothek und der Löschung der infolgedessen gegenstandslos gewordenen einzelnen Hypotheken herbeiführen.

2. Goldklausel. BayObLG., BayObLG. **10** 91, BayRpflZ. **09** 211, R. **09** Ziff. 1382. Die Beschränkung des Rechtes, jedes Zahlungsmittel zu verwenden, dem zur Zeit der Zahlung die Eigenschaft eines gesetzlichen Zahlungsmittels zukommt (Goldklausel), ist eine Änderung des Inhalts der Hypothek, von der auch die im Range nachfolgenden Gläubiger betroffen werden, die nachträgliche Eintragung der Beschränkung erfordert daher ihre Einwilligung.

3. Die Entscheidung des BayObLG. (JDR. **7** Ziff. 4 zu § 877) auch BayObLG. **9** 367.

§ 878. Einfluß der Konkurseröffnung. 1. **RG.** 24. 4. 09, **71** 38, RJA. **10** 140, JW. **09** 366, ElsLothrNotZ. **09** 289, ElsLothrJZ. **09** 42. Nach § 135 BGB. sind Verfügungen, die gegen ein den Schutz bestimmter Personen bezweckendes Veräußerungsverbot verstoßen, nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Dem entspricht im Wortlaut insofern der § 7 KO., als hier Verfügungen des Gemeinschuldners gegenüber den Konkursgläubigern für unwirksam erklärt sind. Allein für die Auslegung des § 7 hat entscheidende Bedeutung die unmittelbar vorhergehende Vorschrift des § 6, nach der der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Verfahrens die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis „verliert"; das Verfügungs- und Verwaltungsrecht wird „ausgeübt" durch den Konkursverwalter, so daß dieser insoweit kraft Gesetzes an die Stelle des Gemeinschuldners tritt. Dagegen bleibt verfügungsberechtigt, wem zwar durch Gesetz, aber nur zugunsten einer bestimmten Person, die Verfügung über einen Gegenstand verboten ist; Erklärungen, die auf den Eintritt einer Rechtsänderung abzielen, kann vor wie nach nur er abgeben, wenn auch unbeschadet des geschützten Rechtes des anderen. In solchem Falle kann daher das Veräußerungsverbot beim Fortbestande des Verfügungsrechts des

Eigentümers nicht die Sperrung des Grundbuchs bewirken, dagegen muß diese Folge eintreten mit dem Verluste des Verfügungsrechts. Das Bestehen der Verfügungsmacht hat der Grundbuchrichter stets von Amts wegen zu prüfen. Von diesem Grundsatze des Grundbuchrechts hat die Konkursordnung keine Ausnahme machen wollen. Allerdings ist, worauf das Kammergericht Gewicht legt, in den Motiven gesagt, daß die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners die Wirkung eines Veräußerungsverbots im Sinne des § 135 BGB. habe; allein es ist — Mot. **1** 110 — nicht minder betont, daß die Wirkung des Konkurses eine stärkere sei. Die Konkursmasse steht kraft eigenen Rechtes ausschließlich zur Verfügung des Konkursverwalters und von Eintragungen wird — § 19 GBO. — sein „Recht betroffen". Er hat das Recht und die Pflicht, die Masse im gemeinsamen Interesse der Gläubiger zu verwerten, und dieses Recht kann durch die Verfügungen des nicht mehr verfügungsberechtigten Gemeinschuldners keine Beeinträchtigung erleiden. Eine unmittelbare Gefährdung der Masse würde eintreten, wenn das Grundbuchamt einem Löschungsantrage des Gemeinschuldners stattgeben würde; dann würde nichts übrig bleiben, woran die Gläubiger sich halten könnten. Diese Erwägung hat denn auch bereits das KG., KGJ. **33** A 242, dazu genötigt, für vom Gemeinschuldner bewilligte Löschungen eine Einschränkung zu machen. Allein empfindliche Schädigungen können der Masse auch aus Eintragungsbewilligungen erwachsen. Mögen diese auch als unwirksam der Anfechtung unterliegen, so machen sie doch das Grundbuch unrichtig, zwingen den Verwalter unter Umständen zu langwierigen und kostspieligen Prozessen und hindern dadurch, wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich die Verwertung der Masse. Der Gesetzgeber hat, indem er dem Gemeinschuldner im § 6 ohne Einschränkung das Verfügungsrecht entzog und dessen Ausübung in die Hand des Konkursverwalters legte, den Gläubigern nicht nur überhaupt Schutz, sondern auch ausreichenden Schutz gewähren wollen. Man kann den Gemeinschuldner nicht neben dem sachlich allein berechtigten Verwalter für verfügungsbefugt erklären, ohne eine doppelte Verfügungsmacht und damit die unvermeidliche Gefahr von Konflikten zu schaffen. Es muß daher angenommen werden, daß Verfügungen des Gemeinschuldners, die erst nach Eröffnung des Verfahrens getroffen oder — § 878 BGB. — beim Grundbuchamt eingereicht werden, zu Eintragungen im Grundbuche nicht führen können.

2. Josef, LeipzZ. **09** 829—837 (836). Der infolge des Konkurses eintretende Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter (§§ 6, 7 KO.) hat eine Entziehung jener Befugnisse für den Gemeinschuldner zur Folge, so daß von da ab Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als unbefugte erscheinen. Daher hat in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffen, das Gericht Anträge des Gemeinschuldners abzulehnen und an seiner Stelle zum Verfahren den Konkursverwalter zuzuziehen; es hat insbesondere die Eintragung in öffentliche Bücher und Register abzulehnen, wenn jene auf Grund von Anträgen und Bewilligungen des Gemeinschuldners verlangt wird.

§ 880. I. Fälle der Rangänderung. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 838. Wird einer nachstehenden Hypothek von allen vorstehenden Hypothekengläubigern der Vorrang eingeräumt, so tritt die vorrückende Hypothek nicht nur in bezug auf bestimmte Beträge der zurücktretenden Hypotheken, sondern ohne Einschränkung an die erste Stelle (vgl. **RG. 64** 100). Schwierigkeiten können auch nicht dadurch entstehen, daß der Rücktritt einer der zurücktretenden Hypotheken durch ihre in anderer Weise als durch Rechtsgeschäft (§ 880 Abs. 4) erfolgte Aufhebung seine Wirkung verliert.

2. KG., KGJ. **37** A 213, R. **09** Ziff. 1498, SeuffBl. **09** 281. Die logische Möglichkeit einer relativen Rangänderung, die nur gegenüber

dem Inhaber des zurücktretenden Rechtes und dem Grundeigentümer als Hypothekenanwärter, nicht aber gegenüber den Inhabern der das zurücktretende Recht belastenden Rechte wirksam wäre, ist nicht zu beanstanden. Das BGB. hat eine solche Rangänderung aber nicht zugelassen.

3. a) **RG.** 14. 4. 09, WarneyerE. **2** 387. Eine Abrede, daß die Vorrechtseinräumung sich nur auf den Teil des Baugelddarlehns erstreckt habe, der dem Grundstückseigentümer wirklich gewährt werden würde und daß einer durch Nichtvalutierung entstandenen Eigentümergrundschuld das Vorrecht nicht habe eingeräumt werden sollen, kann auch stillschweigend getroffen werden und liegt bei der Einräumung des Vorranges für ein Baugelddarlehn sogar nahe. Immerhin muß aber ein Abkommen, der beiderseitige vertragsmäßige Wille, eine allgemein erklärte Vorrechtseinräumung in dieser Weise zu beschränken, vorhanden und feststellbar sein. b) SächsRpflA. **09** 70, SächsOLG. **30** 272 (OLG. Dresden). Beim Rücktritt einer Kaufgelderhypothek hinter eine Baugelderhypothek muß geprüft werden, ob nicht der Sachverhalt die Annahme rechtfertigt, daß die Einräumung des Vorranges unter der stillschweigenden Vereinbarung der Parteien erfolgt ist, es dürfe dieser Vorrang nur für die gewahrten Baugelder, nicht für andere Forderungen geltend gemacht werden.

4. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 880) auch SeuffA. **64** 68, OLG. **18** 108, KGJ. **37** A 323, RJA. **9** 266, R. **09** Ziff. 956.

II. Zustimmung des Eigentümers. OLG. **18** 108 (KG.). Die Zustimmung des Eigentümers zur Rangänderung einer Hypothek bedarf der Form des § 29 GBO.

III. ElsLothrJZ. **09** 407 (Colmar). Die Vereinbarung über den Vorrang einer beanspruchten Hypothek vor einer anderen Hypothek ist gegenstandslos, wenn die beanspruchte Hypothek überhaupt nicht zu Recht besteht.

IV. Verhältnis der Anfechtung zur Rangänderung. **RG.** 11. 12. 08, **70** 114, HessRspr. **10** 69. Infolge der Anfechtung muß der Gläubiger der noch zur Hebung gekommenen Hypothek sich gefallen lassen, daß die auf diese entfallene und insofern keine Änderung erfahrende Hebung statt an ihn, an den Anfechtenden ausgezahlt wird. Das Verhältnis ist ein ähnliches, wie wenn von der angefochtenen Hypothek der des Anfechtenden der Vorrang eingeräumt worden wäre (§ 880 BGB.). Der Unterschied ist nur der, daß die Rangänderung nur zugunsten des Anfechtenden obligatorisch wirkt. Die Zwischenberechtigungen, auch wenn der Berechtigte bei ihnen derselbe ist, wie bei der voreingetragenen Post, bleiben in beiden Fällen unberührt; für sie bleibt auch im Anfechtungsfalle die Rechtslage unverändert; ihnen steht nach wie vor ein Recht im Umfange des angefochtenen im Range voran, nur daß, was sie nichts angeht, die Hebung aus diesem Rechte, ganz oder zum Teil, einem anderen als dem eigentlich Berechtigten zufließt.

§ 881. Die Entscheidung des BayObLG. (JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 881) auch BayObLG. **9** 75.

§ 883. I. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. Vormerkung eines Anfechtungsanspruchs. SchlHolstAnz. **09** 173 (Kiel). Die Sicherung eines Anfechtungsanspruchs auf Grund des Anfechtungsgesetzes kann nicht durch Vormerkung, sondern nur durch Anordnung einer in das Grundbuch einzutragenden Verfügungsbeschränkung gemäß § 136 BGB. in Verbindung mit § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. zugunsten des Beschwerdeführers in dem beantragten Umfang erfolgen. Demgemäß ist anzuordnen, daß bei der fraglichen Hypothek der Vermerk einzutragen ist: Dem Hypothekengläubiger .... ist durch einstweilige Verfügung des Kgl. Landgerichts in .... auf Antrag des .... untersagt, über die hierneben eingetragene Hypothek von 5000 M. in Höhe der ersten 1500 M. zu verfügen. Vgl. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 10, **4** zu § 883 Ziff. 4a, **5** zu § 883 Ziff. 2c, **6** zu § 883 Ziff. 2 c, **7** zu § 883 Ziff. II 1.

2. Vormerkung der Abtretung einer künftigen Eigentümerhypothek. a) BayObLG., R. **09** Ziff. 3619. Durch **RG. 61** 374 ist nicht auch die Frage entschieden, ob hinsichtlich künftiger Eigentümerhypotheken eine Vormerkung zur Sicherung eines vertragsmäßigen Abtretungsanspruchs eintragungsfähig ist. Das BayObLG. will die Eintragung versagen, legt aber mit Rücksicht auf die Beschl. d. KG. v. 17. u. 31. Mai 06 (KGJ. **33** A 280, OLG. **14** 120) die weitere Beschwerde dem RG. vor. **b)** LG. München, SeuffBl. **1910** 44. Die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, eine künftig etwa zur Entstehung gelangende Eigentümergrundschuld auf einen anderen zu übertragen, ist unzulässig.

3. Vormerkung hinsichtlich der Aufhebung eines Erbbaurechts. OLG. **18** 145, R. **09** Ziff. 958, RJA. **9** 271 (KG.). Bei der im Vertragsrechte herrschenden Freiheit kann sich der Erbbauberechtigte persönlich zur Aufgabe des Rechtes für den Fall verpflichten, daß er es veräußert und daß der Erwerber in die Aufhebung willigt. Folgerecht ist auch zur Sicherung dieser Verpflichtung die Eintragung einer Vormerkung zulässig. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf vollständige Aufhebung und Löschung des Erbbaurechts im Falle des Ablaufs der vertragsmäßig festgesetzten Dauer ist dagegen nicht zulässig. Denn in einer solchen Vereinbarung liegt nicht ein Anspruch auf Aufhebung des Rechtes nach Ablauf dieser Frist, sondern ein Endtermin im Sinne des § 163 BGB., mit dessen Eintritt das Erbbaurecht erlischt. Eine solche dahin gehende Eintragung würde das Grundbuch unrichtig machen, da der zu sichernde Anspruch nicht besteht.

4. Vormerkung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau. RheinZ. **09** 333 (Cöln). Eine Ehefrau, die gegen ihren Ehemann eine Unterhaltsrente rechtskräftig erstritten hat, hat gesetzlich kein Recht auf Sicherung mittels einer Hypothek für die Zukunft. Macht aber der Ehemann Anstalten, ins Ausland zu gehen oder seine Vermögensstücke zu beseitigen, so hat sie nur das Recht auf dinglichen Arrest und zwar mittels Eintragung einer Sicherungshypothek, aber kein Recht auf Vormerkung einer solchen mittels einstweiliger Verfügung, weil ein privatrechtlicher Anspruch auf Bewilligung der Sicherungshypothek nicht vorliegt.

5. Die Vormerkung des obligatorischen Vorkaufsrechts: Lewandowski, GruchotsBeitr. **53** 565 ff. S. oben zu § 505 BGB.

6. Vormerkung eines nicht fälligen und eines von einer Gegenleistung abhängigen Anspruchs. R. **09** Ziff. 988 (Frankfurt). Durch eine Vormerkung kann auch ein noch nicht fälliger Anspruch eines Bauhandwerkers auf Sicherstellung gesichert werden, ebenso ein Anspruch, dem ein Gegenanspruch gegenübersteht.

7. Vormerkung für künftige Ansprüche. a) KGJ. **37** A 280 (KG.). Ein künftiger Anspruch im Sinne des § 883 BGB. ist auch derjenige Anspruch, der erst entstehen soll, für dessen Entstehung aber bereits durch ein Abkommen der Beteiligten eine feste, die Gestaltung des Anspruchs genau bestimmende Grundlage geschaffen ist. Vormerkungsfähig kann unter diesem Gesichtspunkte der aus einer bindenden Offerte entstehende Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstücke sein. **b)** **RG.** 30. 6. 09, ZBlFG. **10** 402. Eine Auflassungsvormerkung kann auch auf Grund eines Vorvertrags, eines vertragsmäßig gebundenen Verkaufsantrags, für die Kaufberechtigten eingetragen werden.

8. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. II 2 b zu § 883 auch KGJ. **36** A 212, SeuffBl. **09** 248, RJA. **9** 263, R. **09** Ziff. 955.

9. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht 33. Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek auf demjenigen realen Teile oder demjenigen Bruchteile des

Grundstücks, welchen der Gesellschafter künftig bei der Auseinandersetzung etwa erwerben sollte, ist unzulässig.

II. Bewilligung der Vormerkung. 1. KGJ. **37** A 281, RJA. **10** 157 (KG.). Die Bezeichnung des durch eine Vormerkung zu sichernden Anspruchs nach Gegenstand und Grund muß Bestandteil der Eintragungsbewilligung sein..... Die Bezugnahme auf eine Urkunde außerhalb der Eintragungsbewilligung genügt niemals, weil die Eintragungsbewilligung alles für die Eintragung Wesentliche enthalten muß.

2. SeuffBl. **09** 525, R. **09** Ziff. 2415 (KG.). Die von dem Berechtigten bewilligte Vormerkung ist auch dann einzutragen, wenn der zu sichernde Anspruch sich nicht gegen den Berechtigten, sondern gegen eine dritte Person richtet.

III. Wirkung der Vormerkung. 1. BayObLG. **9** 397 (BayObLG.). Die Vormerkung bezweckt die dingliche Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung des durch das Grundbuch nachgewiesenen Rechtszustandes; sie sichert diesen Anspruch in der Weise, daß die später erfolgte Eintragung des Rechtes so wirkt, als wäre dessen Eintragung in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Vormerkung eingetragen worden ist (§ 883 Abs. 2, 3, § 888 BGB.). Weitere Wirkungen der Vormerkung ergeben sich aus § 884 und § 1971 BGB., ferner aus § 24 KO., aus § 9 Nr. 1 ZVG. und aus § 48 ZVG..... Es ist aber durch keine der angeführten Vorschriften die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek der Hypothek selbst materiell gleichgestellt. Die Vormerkung ist also nicht eine selbständige dingliche Belastung im Sinne eines Rechtes am Grundstücke.

2. **RG.** 30. 6. 09, R. **09** Ziff. 2414. Eine auf Grund eines notariellen Verkaufsangebots eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung berechtigt zu dem Antrag auf Aufhebung der Zwangsverwaltung.

3. **RG.** 23. 12. 08, ZBlFG. **9** 784. Die Vormerkung sichert nur den angegebenen bestimmten Einwand und zerstört nur in dieser Richtung nach §§ 1137, 1138, 892 BGB. den guten Glauben.

IV. Umschreibung der Vormerkung. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. V zu § 883 auch KGJ. **36** A 253.

V. Löschung der Vormerkung. OLG. **18** 209 (Colmar). Die Löschung einer Vormerkung wegen Nichtbeachtung der Frist des § 929³ ZPO. setzt die Vorlegung einer die Eintragung aufhebenden gerichtlichen Entscheidung oder den Nachweis der Unrichtigkeit voraus.

VI. Die Bauhandwerkervormerkung. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. VI 2 zu § 883 auch KGJ. **36** A 259.

§ 888. ZBlFG. **10** 255 (Dresden). Werden hinter der Vormerkung des Anspruchs auf Einräumung eines begrenzten Rechtes an dem Grundstück andere Belastungen eingetragen, so erfordert die Eintragung des vorgemerkten Rechtes mit dem Range der Vormerkung die Zustimmung der Zwischenberechtigten. Die gegenteilige Meinung, wonach sich die im § 888 Abs. 1 BGB. unternommene Regelung nur auf die Vorschrift des § 883 Abs. 2 BGB. bezieht, dagegen die Vorschrift des § 883 Abs. 3 BGB. von selbst wirken soll, verkennt den Zusammenhang, in dem die zweite Vorschrift zur Vorschrift des § 883 Abs. 2 BGB. steht. Im § 883 Abs. 3 BGB. wird der Vormerkung nicht eine Wirkung beigelegt, die ihr nicht schon nach § 883 Abs. 2 BGB. zukäme. Daß dem einzutragenden Rechte der Rang der Vormerkung gesichert wird, ist lediglich eine besondere wichtige und daher ausdrücklich hervorgehobene Folgerung des im § 883 Abs. 2 BGB. aufgestellten Grundsatzes, wonach dem vorgemerkten Anspruche zuwiderlaufende Verfügungen unwirksam sind. Andernfalls würde auch den Erwerbern der Zwischenrechte ohne allen Grund die Möglichkeit genommen werden, gegen den vorgemerkten Anspruch Einwendungen zu erheben und insbesondere beispielsweise

zur Verhinderung einer Kollusion zwischen Vormerkungsgläubiger und Vormerkungsschuldner geltend zu machen, daß sich der vorgemerkte Anspruch gar nicht auf die einzutragende Sicherungshypothek beziehe oder daß ihm eine dauernde Einrede im Sinne des § 886 BGB. entgegenstehe. ➺ Eine vollständig neue (s. a. Staudinger, § 883 Ziff. V 7 aA.) Ansicht, die wohl die Tragweite des § 883 Abs. 3 BGB. und die rechtliche Bedeutung des Rangverhältnisses verkennt. ⇠ Red.

§ 890. 1. KGJ. **37** A 209 (KG.). Die Eintragung mehrerer Katasterparzellen unter verschiedenen Nummern auf dem Titelblatt eines nach dem Formular I der PrGBO. vom 5. Mai 1872 eingerichteten Grundbuchblatts läßt nicht erkennen, ob diese Parzellen mehrere selbständige Grundstücke oder ein rechtlich einheitliches Grundstück sind. Die Frage, welches dieser Rechtsverhältnisse vorliegt, ist nach dem sonstigen Inhalte des Grundbuchblatts zu beurteilen. Dies gilt auch für die Zeit seit dem 1. Januar 1900, solange das Grundbuchblatt nach dem alten Formulare fortgeführt wird.

2. Bonschab, SeuffBl. **09** 270. Die Gutseinheit nach § 120 BayHG. ist nicht als Vereinigung der Grundstücke im Sinne des § 890 Abs. 1 anzusehen.

§ 891. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrechte 57. Ist ein Recht für mehrere eingetragen, und zwar zur gesamten Hand gemäß § 48 GBO., so erstreckt sich die Vermutung des § 891 BGB. auch darauf, daß unter den Berechtigten das eingetragene Gemeinschaftsverhältnis besteht.

§ 892. I. Rechtsgeschäftlicher Erwerb. *Siber, Buchrechtsgeschäft 51 f. § 892, nicht § 893 findet Anwendung, wenn der Gläubiger gemäß § 1168 auf die Hypothek verzichtet; denn der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer beruht hier auf Rechtsgeschäft, nicht auf Gesetz.

II. *Meyer, Publizitätsprinzip 95. Der Grundstücksberechtigte, der sein Recht nicht im Grundbuche hat verlautbaren lassen, hat die Veranlassung dazu gegeben, daß sich der Rechtsschein gegen ihn wandte. Er trägt den Schaden auf Grund des Veranlassungsprinzips, das den gesamten Rechtserwerb vom Nichtberechtigten beherrscht.

III. Die Grenzen des öffentlichen Glaubens. 1. Henle, R. **09** 417. Die Einwirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf die Angaben über die Größe, die Lage und die Bestandteile des Grundstücks, die aus dem Kataster in das Grundbuch übergegangen sind.

2. **RG.** 27. 2. 09, **70** 344, JW. **09** 220, R. **09** Ziff. 1316. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bezieht sich nur auf die dingliche Rechtslage des Grundstücks. Das nach § 1086 Satz 1 und § 1089 BGB. den Gläubigern des Nießbrauchbestellers oder den Nachlaßgläubigern zustehende Befriedigungsrecht ist aber auch insoweit, als zu den dem Nießbrauch unterworfenen Gegenständen ein Grundstück gehört, kein dingliches Recht und mithin auch kein den Nießbrauch dinglich einschränkendes Recht. Die Rechtslage ist vielmehr die, daß der Nießbraucher nach § 1086 BGB. (vgl. § 737 ZPO.) den bezeichneten Gläubigern gegenüber schuldnerisch verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden, und erst die Vornahme der Zwangsvollstreckung den bis dahin voll zu Recht bestehenden Nießbrauch zum Erlöschen bringt. Daraus ergibt sich, daß das Befriedigungsrecht aus § 1086 einer Eintragung in das Grundbuch weder bedürftig noch fähig ist, ferner aber auch, daß die einfache Eintragung des Nießbrauchs selbst nicht deshalb als eine wegen Unvollständigkeit unrichtige bezeichnet werden kann, weil sie nicht das Vorhandensein des Gläubigerrechts aus § 1086 ersehen läßt. Nebenher mag bemerkt werden, daß auch das Recht aus § 1087 BGB., auf das es im gegebenen Falle nicht ankommt, kein dingliches Recht, sondern ein Forderungsrecht ist, denn der Berechtigte ist der Nießbrauchbesteller als solcher, nicht der Eigentümer. Es sind „Legalobliga-

tionen", die durch §§ 1086 und 1087 begründet werden. Eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist hier daher ausgeschlossen.

3. **RG.** BayRpflZ. **09** 109, R. **09** Ziff. 685. Der gute Glaube des Erwerbers einer Kaufpreishypothek wird nicht schlechthin dadurch ausgeschlossen, daß eine Löschungsvormerkung zur Sicherung bestimmter Einwendungen des Schuldners eingetragen ist. Der Erwerber, der nur im allgemeinen Kenntnis davon hat, daß Einwendungen gegen die Hypothek bestehen, ist nicht verpflichtet, weitere Erkundigungen einzuziehen.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 3366. Ist die Übertragung einer Hypothek auf eine Ehefrau unwirksam oder ist die Hypothek nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren, so kann der Ehemann nicht auf Grund seines guten Glaubens an der Hypothek das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht beanspruchen.

5. WürttJ. **21** 162, R. **09** Ziff. 162 (Stuttgart). § 892 BGB. kommt dem Erwerber einer zugunsten eines Unzurechnungsfähigen bestellten Hypothek nicht zustatten.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 269. Wenn bei einer Eingemeindung nach dem Eingemeindungsvertrage die erweiterte Gemeinde in alle privatrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen der eingemeindeten Gemeinde als deren Rechtsnachfolgerin eintritt, so kann sie nicht als ein Dritter im Sinne des § 892 BGB. gelten.

7. **RG.** 23. 12. 08, R. **09** Ziff. 684. Ist, nachdem gegen die Richtigkeit einer Hypothek ein Widerspruch eingetragen worden, eine notorielle Zession der Hypothek erfolgt, behauptet aber der Zessionar, daß vor Eintragung des Widerspruchs bereits eine privatschriftliche Zession erfolgt sei, so ist er hierfür beweispflichtig.

8. Weber, DJZ. **09** 543. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers bedingter Rechte.

IV. Verfügungsbeschränkungen. 1. OLG. **18** 110 (KG.). Eine Verfügungsbeschränkung i. S. des § 892 liegt nicht vor, wenn der Berechtigte über das eingetragene Recht nicht verfügen kann, weil er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (Mot. **3** 215), vielmehr nur dann, wenn dem Berechtigten zum Schutze des Interesses eines anderen die Befugnis, über das Recht zu verfügen, ganz oder teilweise entzogen ist. Hat hiernach das Grundbuch nicht darüber Aufschluß zu geben, ob der eingetragene Berechtigte geschäftsfähig ist oder nicht, so gehört auch die Angabe des gesetzlichen Vertreters eines geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten eingetragenen Berechtigten und des Umfanges der Vertretungsmacht dieses Vertreters nicht in das Grundbuch.

2. R. **09** 299 (KG.). Die in den §§ 5 und 6 des Ansiedlungsgesetzes vom 26. April 1886 und in den §§ 3 und 4 des Rentengütergesetzes vom 27. Juni 1890 bezeichneten Verfügungsbeschränkungen und Verpflichtungen sowie eine dem § 5 des ersten, dem § 3 des zweiten Gesetzes entsprechende Beschränkung in der Verfügung über das ganze Rentengut kann auch jetzt noch in das Grundbuch über ein Rentengut eingetragen werden.

3. Voß, LeipzZ. **09** 755—766. Das Veräußerungsverbot ist nach seiner rechtlichen Anlage zur Erzeugung einer zuständlichen Sicherheit ungeeignet. Solange es nicht ins Grundbuch eingetragen wird, fehlt ihm für diesen Erfolg überhaupt der Boden. Aber auch dann, wenn seine Eintragung erfolgt ist, bewahrt es seinen grundsätzlich verneinenden Charakter. Es verändert auch in dieser Gestalt seine Stellung zu dem zu sichernden Anspruche nicht. Wer einem durch Vormerkung gesicherten Anspruche zu genügen hat, muß ihn unter Anschluß an die in der Vormerkung vorbereitete grundbuchmäßige Form, also durch Einräumung des aus dieser zu entnehmenden endgültigen Rechtes, gewähren. Er kann nicht nach seinem Belieben ein

neues, wenngleich materiell gleichwertiges, dingliches Recht eintragen lassen und alsdann die Löschung der Vormerkung begehren. Wer hingegen einen durch Veräußerungsverbot gesicherten Anspruch zu befriedigen hat, der muß ihn nach Maßgabe seiner obligatorischen Pflicht erfüllen. Die etwaige Übertretung des Veräußerungsverbots wirkt lediglich auf die Entscheidung über die weitere Frage ein, was zu leisten ist, wenn die Erfüllung in dem der Verbindlichkeit zunächst entsprechenden Sinne nicht geleistet werden kann.

4. Reichel, GruchotsBeitr. **53** 387—393. Die dingliche Sicherstellung der zum Prämienreservefonds ausländischer Versicherungsunternehmungen gehörenden Inlandshypotheken (§ 90 Abs. 2 VersicherungsaufsichtsG. vom 12. Mai 1901) soll nach Bestimmung des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung durch Eintragung eines Vermerks im Grundbuch erfolgen, daß über diese Hypotheken ꝛc. nur mit Genehmigung des APV. verfügt werden kann. Diese Eintragung ist zulässig. Denn der § 90 Abs. 2 enthält ein sog. relatives gesetzliches Veräußerungsverbot (§ 135 BGB.) und die Verfügung des APV. ein sog. relatives behördliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB., verbunden mit der Anordnung, es solle auf buchmäßige Verlautbarung dieses Veräußerungsverbots (richtiger Verfügungsbeschränkung) vom Betroffenen selbst hingewirkt werden. .... Legitimiert, den Eintrag zu beantragen, ist zunächst der Betroffene selbst, nicht der Eigentümer. .... Dem APV. dagegen ist die Befugnis nicht zu versagen, im Wege des Ersuchens nach § 39 GBO. die Eintragung zu verlangen. .... Zureichende Eintragungsgrundlage ist die Bewilligung des Hypothekars als des von der Beschränkung Betroffenen. .... Auch der Weg des § 22 GBO. läßt sich beschreiten. Das Ersuchen des APV. endlich bedarf erst recht einer Bezugnahme auf die Bewilligung des Betroffenen nicht.

V. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. **RG.** WarneyersE. **2** 64, SeuffBl. **09** 273. Hinsichtlich der Frage, ob der Erwerb einer Hypothek im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erfolgt ist, kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme des Übertragungsakts auch dann an, wenn der Mangel einer rechtswirksamen Vollmacht des bisherigen Gläubigers durch Genehmigung des Vormundes des Gläubigers gemäß § 184 Abs. 1 BGB. behoben wird.

2. HessRspr. **10** 84 (Darmstadt). § 892 Abs. 2 BGB. stellt auf die Kenntnis der durch den Inhalt des Grundbuchs verdeckten wahren Sachlage ab, und dies setzt voraus, daß die Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch auch noch z. Zt. des Rechtserwerbes, der Eintragung nicht ersichtlich gewesen ist.

§ 893. *Siber, Buchrechtsgeschäft 51 Anm. 2. § 893 findet beim Verzicht auf Buchrechte (§ 875) auch dann Anwendung, wenn die Verzichtserklärung unmittelbar an das Grundbuchamt adressiert ist.

§ 894. I. Wesen und Zulässigkeit des Berichtigungsanspruchs. 1. BreslauAK. **09** 62 (Breslau). Der Berichtigungsanspruch ist nicht — wie Oberneck I § 47 und Turnau-Förster I 94 annehmen — ein unselbständiges Akzessorium des unrichtig eingetragenen dinglichen Rechtes, sondern ist selbst ein dinglicher Anspruch, welcher neben dem materiell-rechtlichen Hauptanspruche besteht; der Berichtigungsanspruch ist ein dinglich auf Beseitigung eines in Widerspruch mit dem wirklichen Rechte stehenden bloßen Buchrechts gerichteter Anspruch. Wenn er aber selbst ein dinglicher Anspruch ist, so kann er auch — mangels eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbots — wie andere Ansprüche übertragen werden, unabhängig von der Übertragung des zu berichtigenden Rechtes. Ist der Berichtigungsanspruch aber übertragbar, so ist er auch pfändbar; ausdrücklich ausgeschlossen ist seine Pfändbarkeit nirgends (§ 851 ZPO.). Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs zur Erwirkung der Eintragung des Schuldners wider seinen Willen ist aber auch für

den Verkehr ganz unentbehrlich; durch sie wird die künftige Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners erst ermöglicht, ohne sie käme in vielen Fällen der Gläubiger nicht zu seinem Rechte. Die Übergabe des Briefes ist zur Pfändung des Berichtigungsanspruchs nicht erforderlich. Der Berichtigungsanspruch kann eine Briefhypothek betreffen, aber er ist keine Briefhypothek; er wird also auch nicht nach den Sondervorschriften über diese (§ 830 ZPO.), sondern nach den allgemeinen Vorschriften über die Pfändung von Forderungen gepfändet (§§ 857, 829 ZPO.). Das Wesen des Berichtigungsanspruchs ist zwar eine Leistung, nämlich die Zustimmung des Gegners zur Berichtigung; aber es ist keine Leistung an den Berechtigten; die Leistung bezweckt nur Herstellung des der wahren Rechtslage entsprechenden Grundbuchstandes. So geht der Anspruch auch auf den Zessionar über; und mehr kann auch dieser nicht verlangen (vgl. **RG. 59** 294, **62** 169, **53** 411).

2. OLG. **18** 116 (München). Es ist daran festzuhalten, daß § 894 den § 1004 nach der Seite der grundbuchrechtlichen Eigentumsstörung hin ergänzt und daß der Anwesensbesitzer, der mit seinem eigenen Besitze versehentlich ein fremdes Grundstück verpfändet, durch diese objektiv rechtswidrige Benützungsweise (des Pfandwerts) gerade so gut in die fremde Eigentumssphäre störend eingreift, wie etwa durch Errichtung eines Bauwerks auf fremdem Grunde, daß er also hierdurch sich der Negatorienklage aussetzt. Und zwar geht hier die Klage, da er über die hypothekenrechtlichen Beziehungen seines Anwesens selbst zu disponieren, mit seinen Hypothekengläubigern selbst zu verhandeln hat, nicht auf bloße Zustimmung zu einem — rechtlich ganz unmöglichen — Handeln des zu Unrecht mit fremden Hypothekschulden belasteten Klägers, sondern auf positive Herbeiführung des ordnungsmäßigen Zustandes, nämlich der pfandfreien Abschreibung des klägerischen Grundstücks.

3. OLG. **18** 198 (Colmar). Der Gläubiger, der den Berichtigungsanspruch des Eigentümers auf Umwandlung einer Sicherungs- in eine Eigentümerhypothek gepfändet hat, ist befugt, an dessen Stelle für diesen den Widerspruch eintragen zu lassen. Dabei kann er zugleich die Pfändung der aus dem eingetragenen Widerspruche für seinen Schuldner hervorgehenden Rechte für sich selber miteintragen lassen. .... Wollte man dagegen den „Berichtigungsanspruch“ als ein selbständig eintragungsfähiges Recht ansehen, so würde bei ihm, für den das vereinfachte Verfahren des § 899 gesetzlich nicht vorgesehen ist, die Eintragung an dieselbe Voraussetzung geknüpft sein wie die Eintragung der Eigentümerhypothek selbst. Sei es, daß der Eigentümer den Antrag auf Umschreibung stellt, sei es, daß ein pfändender Gläubiger sie beantragt, stets muß das tatsächliche Bestehen der Eigentümerhypothek in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO.) nachgewiesen sein. .... Ebenso müßte die Eintragung eines Berichtigungsanspruchs von dem in den Formen des § 29 zu führenden Nachweis abhängen, daß ein Berichtigungsanspruch tatsächlich besteht. ....

4. Sommerlatt, SächsRpflA. **09** 17—19. Der Berichtigungsanspruch des BGB. § 894 ist auch im Falle der von Amts wegen erfolgten Eintragung eines Widerspruchs gegen den dadurch Begünstigten gegeben. Denn einerseits hat ein solcher, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung für denjenigen, dessen Recht dadurch den Folgen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs entzogen wird, und andererseits ist es möglich, daß die Eintragung des Widerspruchs trotz des tatsächlichen Nichtbestehens des dadurch geschützten Rechtes vom Standpunkte des Grundbuchrichters aus berechtigt erscheint, weil das Recht in einer dem § 29 Satz 1 GBO. genügenden Weise nachgewiesen war, der Benachteiligte aber außerstande ist, dessen späteres Erlöschen in der für den Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Form darzutun.

5. du Chesne, ThürBl. **56** 1—10 (7). Der Berichtigungsanspruch ist ein aus der negatorischen Funktion des Eigentums durch das Grundbuchsystem entwickelter Hilfsanspruch, ein negatorischer Anspruch, der infolge des Bucheintrags die Form eines Anspruchs auf Tun angenommen hat. Die Pfändung dieses Anspruchs ist nicht eine Pfändung, die unmittelbar die Befriedigung aus ihrem Gegenstande bezweckt; sie ist vielmehr nur eine halbe Pfändung, eine solche, deren Zweck die Beschaffung der Voraussetzung für die endgültige Zwangsvollstreckung (durch Eintragung einer Zwangshypothek bzw. eines Pfändungsvermerkes) ist. Erst mit dieser zusammen wird sie zur Vollstreckungspfändung im bisherigen Sinne.

II. Die Eintragung des Berichtigungsanspruchs. OLG. **18** 198 (Colmar). Auf Grund einer Pfändungsbenachrichtigung ist die Eintragung eines Berichtigungsanspruchs, selbst wenn sie an sich zulässig wäre, unmöglich.

III. Pfändung des Berichtigungsanspruchs. 1. SeuffA. **64** 254, SächsOLG. **30** 67, OLG. **18** 235, ZBlFG. **9** 668 (Dresden). Es kann wohl der Berichtigungsanspruch des Schuldners auf Umschreibung einer Hypothek auf seinen Namen gepfändet werden, nicht aber ein derartiger Anspruch auf Löschung einer nicht bestehenden Hypothek. Denn während im ersten Falle die dem Schuldner zustehende Hypothek (Grundschuld) einen zur Befriedigung des Gläubigers geeigneten Gegenstand bildet und die Umschreibung der Buchhypothek sich nach § 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO. verb. mit § 40 Abs. 1 GBO. zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in die Hypothek erforderlich macht, kann eine nicht bestehende Hypothek in keiner Weise zur Tilgung einer Geldforderung dienen. Geht sonach der Pfändung des Löschungsanspruchs rechtliche Bedeutung ab, so läßt sich auch aus der Überweisung dieses Anspruchs zur Einziehung nicht das Recht ableiten, an Stelle des Eigentümers der Löschung der Hypothek zuzustimmen.

2. S. auch oben I 1, 3 und 5.

3. Heymann, DJZ. **09** 655. Gegen den Hypothekengläubiger, der noch im Grundbuche steht, schützt sich der Pfändungsgläubiger durch Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs, der dem Eigentümer gegen den Hypothekengläubiger zusteht. Nach Erwirkung einer einstweiligen Verfügung erlangt er dann einen Widerspruch im Grundbuche. .... Bei Briefhypotheken wirkt der Widerspruch auch gegen den Eigentümer, wenn auch nur mittelbar. Nach § 62 Abs. 2 Satz 1 GBO. wird der Brief vom Grundbuchamte zur Eintragung des Widerspruchvermerks von Amts wegen eingefordert, nötigenfalls mit Ordnungsstrafen oder Gewalt. Dann kann der Pfändungsgläubiger des Briefes habhaft werden und damit die Pfändung vollenden. Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher wie auch Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe dürften die zulässigen Mittel sein. Die Wegnahme erfolgt auf Grund des Pfändungsbeschlusses (§§ 830, 857 Abs. 6 ZPO.). Gegen den Eigentümer ist eine andere Sicherung nicht möglich. Gaupp-Stein, ZPO. (6 u. 7) 640 schlägt eine „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Berichtigung des Grundbuchs" vor. Eine solche Vormerkung ist nicht zulässig. .... Eine Verfügungsbeschränkung gegen den Eigentümer läßt sich mangels Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung, durch die sie allein erwirkt werden kann, nicht erreichen. .... Eine Eintragung dahin, daß der durch den Widerspruch gesicherte Berichtigungsanspruch des Eigentümers zugunsten des Pfändungsgläubigers gepfändet sei, ist unzulässig.

IV. Einzelne Fälle. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2958. Hat sich zur Besitzzeit eines Vorbesitzers eine Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt, so ist der jetzige Eigentümer nur insoweit, als ihm diese Rechte von dem Vorbesitzer übertragen worden sind, legitimiert, die Löschung oder Umschreibung der Hypothek zu verlangen.

2. OLG. **18** 117 (Braunschweig). Allerdings hat das **RG. 53** 411, **59** 289, **64** 165, JW. **05** 71, **06** 748 (s. auch OLG. **10** 388, **15** 340) anerkannt, daß der Verkäufer, der sich verpflichtet habe, die Löschung eines dinglichen Rechtes herbeizuführen, zum Anspruch auf Berichtigung legitimiert sei, obwohl er nicht mehr Eigentümer sei. Dieser Fall liegt nicht vor, wenn der Käufer die Hypothek übernommen hat.

3. OLG. **18** 403 (München) über die Natur der Klage auf Löschung einer auf Grund Anfechtungsurteils erwirkten Hypothek wegen nachträglichen Wegfalls des Schuldtitels.

4. SchlHolstAnz. **09** 152 (KG.). Unter welchen Voraussetzungen kann, wenn bei der notariellen Beurkundung von Kaufverträgen eines Eigentümers mit mehreren Erwerbern eine Verwechselung in der Bezeichnung der Parzellen vorgekommen und in Gemäßheit der Verträge die Auflassung erfolgt ist, die Eintragung der den Erwerbern in Wirklichkeit zugedachten Parzellen auf ihren Namen im Grundbuch im Wege der Berichtigung des Grundbuchs erfolgen?

5. LG. Altona, SchlHolstAnz. **09** 283. Grundbuchmäßiger Nachweis des Eigentums an Anlandungen.

6. **RG.** 6. 3. 09, R. **09** Ziff. 1515. Eine Bank hatte eine ihr bewilligte Hypothek nur teilweise valutiert und mit Rücksicht auf die für den nicht valutierten Betrag entstandene Eigentümergrundschuld beim Grundbuchamte die Berichtigung des Grundbuchs beantragt „zugunsten derjenigen Personen, welchen auf Grund des vorliegenden Sachverhalts sowie auf Grund etwaiger von dem Inhaber der Eigentümergrundschuld getroffener Verfügungen ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs zusteht". Nachdem die Eigentümergrundschuld mehrmals übertragen worden, hatte das Grundbuchamt dem Berichtigungsantrage stattgegeben und für den letzten Zessionar einen Teilhypothekenbrief gebildet. Hat der Grundstückseigentümer dies ohne Widerspruch geschehen lassen, so kann darin dessen Zustimmung zu dem Berichtigungsantrage gefunden werden.

§ 899. 1. KG., KGJ. **36** A 178, R. **09** Ziff. 270. Es ist nicht unzulässig, bei einem in das Grundbuch eingetragenen Widerspruch einzutragen, daß der durch den Widerspruch gesicherte Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs an eine anderes Rechtssubjekt abgetreten ist. Wenn jedoch der Widerspruch mangels genügender Bezeichnung des zu sichernden Berichtigungsanspruchs nichtig ist, so kann auch die Abtretung des Anspruchs nicht eingetragen werden.

2. BayObLG., BayObLG. **9** 129, DJZ. **09** 216. Ein Widerspruch gegen das Hypothekenrecht des Gläubigers einer Höchstbetragshypothek kann nicht auf Grund der im Vollstreckungsverfahren erfolgten Pfändung der Hypothek oder Grundschuld, die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks schon zusteht oder künftig zustehen wird, und des Anspruchs des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuchs eingetragen werden. Nötig ist vielmehr eine einstweilige Verfügung.

3. von Henle, R. **09** 382. Die Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Vormerkung ist nicht unzulässig.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Freymuth, Bäume, Sträucher und Hecken an der Grenze, Deutsche Forstzeitung 1909. — Kreß, Darf durch einstweilige Verfügung zur Abwendung einer übermäßigen Immission eine bestimmte Maßregel angeordnet werden? JW. **09** 5—8. — Linckelmann, Luftschiffahrt und Grundeigentum, JW. **09** 8—9. — Meyer, Die Erschließung des Luftraums in ihren rechtlichen Folgen. Frankfurt 1909. — Meurer, Luftschiffahrtsrecht. München 1909. — Waller, Gemeinschaftliche Mauern, RheinA. **107** 78—102. — Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht. Leipzig 1910.

§§ 903 ff. 1. **RG. 71** 20 ff., R. **09** Ziff. 1686. Das dingliche Herrschaftsrecht einer israelitischen Gemeinde an ihrem Friedhofe berechtigt sie an sich und ganz ohne Rücksicht darauf, was die jüdischen Ritualvorschriften darüber bestimmen, der Ausgrabung einer dort beerdigten Leiche entgegenzutreten. Dem steht aber gegenüber das Recht der Angehörigen des dort Beerdigten. Es entspricht einer im deutschen Volke herrschenden sittlichen Auffassung, daß, wenn ganz besondere Gründe für die Ausgrabung und Überführung einer Leiche vorliegen — z. B. der auf andere Weise nicht zu erfüllende Wunsch einer aus der israelitischen Gemeinde ausgetretenen Witwe, nach dem Tode neben ihrem Manne im Grabe zu ruhen —, der Eigentümer eines Friedhofs oder der diesen sonst dinglich Beherrschende sein Recht nicht zur Hinderung jenes Vorhabens benutzen darf.

2. OLG. **18** 121 (Cassel). Die Führung einer Drahtseilbahn über ein fremdes Grundstück muß, selbst nach Anbringung von Schutzgittern usw., in jedem Falle als ein Eingriff in das Eigentumsrecht angesehen werden; ist doch bereits jedes Affektionsinteresse des Grundeigentümers, wie das Interesse am Anblicke des freien Himmels als schutzwürdig anerkannt worden. Auch ist nicht bloß der augenblickliche Zustand des Grundstücks in Betracht zu ziehen, sondern auch die Möglichkeit künftiger Änderung der Verhältnisse zu berücksichtigen, daher darf der Eigentümer auch Einwirkungen verbieten, die erst künftig hinderlich werden können.

3. OLG. **18** 122 f. (Frankfurt). Benutzen Dorfbewohner einen Kanal zur Durchleitung unreiner Stoffe und wirken dadurch schädlich auf ein Grundstück ein, so ist die Landgemeinde, welche die Kanalanlage auf ihrem Eigentume geschaffen und den Dorfbewohnern zur Verfügung gestellt hat, für die Störung dann verantwortlich, wenn sie die Verunreinigung nicht hindert. Das strafrechtliche Verbot der Zuleitung unreiner Stoffe entbindet die Gemeinde nicht von ihrer Verantwortlichkeit.

§ 903. 1. **RG.** 20. 1. 09, **70** 200 ff. Der Eigentümer zweier aneinander grenzender Grundstücke hatte auf diesen einen zusammenhängenden einheitlichen Neubau aufgeführt. Bei der späteren Zwangsversteigerung der beiden Grundstücke wurde das eine dem A., das andere dem B. zugeschlagen. A. kann dann B. das Niederlegen des Gebäudes, soweit es auf dem Grundstücke des B. steht, nicht verbieten (vgl. **RG. 65** 363). Allerdings darf B. die Stücke, die unmittelbar auf der Grenze stehen, abgesehen von einer etwaigen Einwilligung des A. nicht, wenigstens nicht als ganze Stücke abtrennen und wegnehmen. Denn an diesen Stücken steht auch dem A. bis zur Grenzlinie Eigentum zu und B. würde, wenn er diese Stücke wegschaffen würde, das Eigentumsrecht des A. verletzen (205).

2. R. **09** Ziff. 3367 (Hamburg). Der Eigentümer eines dem öffentlichen Verkehr als Weg dienenden Grundstücks muß sich Beschränkungen gefallen lassen, welche eine Straßenordnung derartigen Privatstraßen allgemein auferlegt und ist nicht berechtigt, für diese Beschränkungen Entschädigung zu verlangen.

§ 904. 1. *Herb. Meyer, Publizitätsprinzip 90. Die Haftung aus der Nothilfehandlung beruht auf dem Veranlassungsprinzipe. S. o. Ziff. 1a zu § 254.

2. SächsRpflA. **09** 214 (Dresden) behandelt die Frage, ob eine Haftung aus Satz 2 ausgeschlossen ist, wenn es sich um behördliche Eingriffe handelt, ohne eine bestimmte Stellung einzunehmen. Auch finden sich Erörterungen darüber, ob nur der Handelnde selbst ersatzpflichtig ist.

§ 905. I. 1. Luftrecht (JDR. **4** Ziff. I 1, **6** Ziff. 1). *Meyer, Erschließung des Luftraums. Das Recht, welches der Eigentümer eines Grundstücks an dem über seinem Grundstücke befindlichen Luftraume hat, kraft dessen er ihn frei benutzen und Einwirkungen Dritter ausschließen kann, ist kein Eigentum am Luftraum — eine derartige Auffassung wäre eine „rechtliche Unmöglichkeit" — sondern eine Befugnis, welche sich aus dem Eigentum am Grundstück ergibt, ebenso wie die Befugnis

des Grundeigentümers, auf seinem Grundstücke zu wandeln und zu graben usw. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaute des BGB., welches von der Erstreckung des Rechtes des Eigentümers spricht und nicht davon, daß das Eigentum am Grundstücke sich auf den Raum über der Erdoberfläche erstrecke. Nach den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung hat man diese Fassung auch ausdrücklich gewählt „um dem formellen Einwand zu begegnen, daß durch die Vorschrift ein Eigentum an einem Raume anerkannt werde" (Prot. III 122).

2. Einwirkung durch Luftschiffe (JDR. **7** Ziff. 1). **a)** Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht 35. Das Interesse des Eigentümers an der „Ausschließung von Einwirkungen", die im Raume über der Oberfläche des Grundstücks geschehen (Luftschiffahrt) ist noch nicht dadurch gegeben, daß die Einwirkung ihn bloß gefährdet, d. h. daß sie möglicherweise beim Eintreten ganz besonderer weiterer Umstände ihn schädigen könnte, sondern nur dadurch, daß sie ihn durch ihre eigene unmittelbare Folge wirklich schädigt. Der Eigentümer muß sich das Fahren in dem Luftraum über seinem Grundstück also gefallen lassen, wenn sich der Luftschiffer nur hoch genug hält. **b)** Linckelmann, JW. **09** 8 f. Mit der actio negatoria kann die Beseitigung eines jeden das Eigentum eines anderen verletzenden Zustandes gefordert werden. Die Klage hat einen doppelten Inhalt, sie ist einerseits zur Abwehr störender Einwirkungen gegeben, andererseits aber zur Wiederherstellung des früheren Zustandes. Es ist kein Grund vorhanden, den Wiederherstellungsanspruch in den Fällen auszuschließen, in denen der Abwehranspruch ausgeschlossen ist. — Wenn der Grundstückseigentümer das Überfliegen seines Grundstücks durch einen Luftschiffer nicht hindern kann, so kann er doch unter allen Umständen verlangen, daß der durch Absturz einer einzelnen Sache oder des ganzen Luftschiffs herbeigeführte sein Eigentum verletzende Zustand wieder beseitigt wird (vgl. Kipp, JDR. **7** Ziff. 1 a zu § 905). **c)** *Meurer, Luftschiffahrtsrecht. Der Eigentümer eines Grundstücks hat trotz seines Eigentums an der zugehörigen Luftsäule gegen die Luftschiffahrt keinen Einspruch, da er an der Ausschließung der Luftschiffahrt aus seinem Luftraume kein Interesse hat. Nur durch Aufstieg und Landung können die Eigentumsinteressen gestört werden; deshalb sind Aufstieg- und Landungsstellen zu erwerben. Andernfalls hat der Eigentümer das Recht der Notwehr (§ 227) und Schadensersatzanspruch (§ 823). Umgekehrt steht aber auch dem Luftschiffer bei unfreiwilliger Landung die Notstandsbestimmung des § 904 zur Seite. Die Möglichkeit, daß durch Auswurf und Abstieg Schaden entsteht, ist kein Interesse im Sinne des § 905, wohl aber gibt § 823 Schutz. Es muß aber auch eine vom Verschuldungsprinzipe losgelöste Gefährdungshaftung angenommen resp. eingeführt werden. Auch die Gebietshoheit erstreckt sich in die Luft, und es gibt hier weder ein Aufhören noch eine Minderung der Souveränität nach Zonen; aber von der Staatsgewalt ist zu verlangen, daß sie unbeschadet ihrer Gebietshoheit öffentlich-rechtliche Einwirkungen im Luftraum unterläßt, soweit sie kein Interesse an der Untersagung hat. Das Luftmeer ist allerdings nicht frei, und die Luftsäule über einem Staate steht zu diesem in einer notwendigen unausschließlichen Beziehung. Aber die Staaten sollen vertragsmäßig Schranken unterworfen werden, welche die Freiheit der Luftschiffahrt sichern, während im übrigen die Souveränität unberührt bleibt. Man findet von der Souveränität wohl den Weg zur völkerrechtlichen Verkehrsfreiheit, aber nicht vom Prinzipe originärer Luftfreiheit den Weg zum Staatsrechte. Eine Konferenz sollte die widerstreitenden Interessen ausgleichen.

II. 1. **RG.** 20. 1. 09, WarnE. **2** 279, SeuffA. **64** 225 ff., JW. **09** 161. § 905 schützt nur die senkrechte Luftsäule über dem Grundeigentum und den Erdkörper unter dessen Oberfläche gegen störende Einwirkungen. An negative Einwirkungen, insbesondere an Abhaltung des Luftzugs und Windes hat man dabei nicht gedacht.

Ähnlich verhält es sich mit § 906. Einen Schutz gegen Verbauung des Windes für eine Windmühle gewährt das BGB. nicht.

2. RheinA. **106** 41 (Cöln). Die polizeiliche Bauerlaubnis kann das der Stadtgemeinde zustehende Privatrecht am Grund und Boden der öffentlichen Straßen und dem Luftraume darüber nicht beeinträchtigen; es gehört auch nicht zu den öffentlichen Zwecken der Straße, Balkone und Erker in ihren Luftraum aufzunehmen.

3. OLG. **18** 121 (Celle). Die Anbringung von Schaukästen, die in den Luftraum oberhalb des Bürgersteigs hineinragen, wirkt auf das städtische Straßeneigentum ein und die Stadt kann dies verbieten.

§ 906. I. *Kreß, JW. **09** 5 ff., verneint die Frage, ob durch einstweilige Verfügung zur Abwendung einer übermäßigen Immission eine bestimmte Maßregel, etwa das Schließen der Fenster des Nachbarstalles wegen herüberdringender übler Gerüche, angeordnet werden darf; der durch übermäßige Immission beeinträchtigte Eigentümer darf nach §§ 1004, 906 BGB. nur allgemein Unterlassung unerträglicher Einwirkung oder einer das Maß des zu duldenden übersteigenden Zuführung oder Vornahme von die Immission auf ein erträgliches Maß zurückführenden Einrichtungen, nicht dagegen eine bestimmte zur Abwendung übermäßiger Immission geeignete Maßregel begehren. Die Wahl des geeigneten Mittels ist nach dem Gesetze (§ 906 mit § 1004) dem Immittenten überlassen. Das Aufdrängen einer bestimmten Maßregel wäre gegenüber dem, wozu das Gesetz den Geschädigten berechtigt, den Immittenten verpflichtet, etwas anderes, ein unzulässiges „Mehr". Es kann folglich auch durch einstweilige Verfügung, die ja doch nur der Sicherung des Hauptanspruchs dient, nicht das unzulässige „Mehr", nämlich eine bestimmte Maßregel angeordnet werden — trotz der allgemeinen Fassung des § 938 ZPO., der selbstverständlich am Inhalte des durch einstweilige Verfügung zu sichernden Rechtes, des Hauptanspruchs, seine Schranke findet. Die „Anordnungen" des § 938 können inhaltlich bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers gehen — aber nicht darüber hinaus.

II. Aus der Praxis. 1. Untersagung von Beeinträchtigungen (JDR. **7** Ziff. II 1). **RG.** R. **09** Ziff. 688. Hat der Beklagte eingewendet, daß es Mittel gebe, die Belästigungen auszuschalten, die mit dem Betrieb einer Anlage verbunden sind, so ist es zulässig, dem Beklagten den Betrieb der Anlage mit der Einschränkung zu untersagen, „solange er nicht die Anlage derart ändere, daß der Betrieb für den Kläger unschädlich und erträglich sei." — **RG.** R. **09** Ziff. 2116, BayRpflZ. **09** 375. Wenn eine Anlage, aus der unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgingen, von dem Besitzer der Anlage weiterhin zu einem anderen Zwecke benutzt wird, der die unzulässigen Einwirkungen für die Folge ausschließt, so kann der Nachbar nicht mehr die „Beseitigung" der Anlage verlangen.

2. Ortsüblichkeit (JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. II 4, **4**, **5**, **6**, **7** Ziff. II 2). **a)** **RG.** 2. 1. 09, R. **09** Ziff. 686. Für die Frage, ob eine Benutzung als nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnlich zu gelten hat, kommt es nicht sowohl auf die Art der auf dem Grundstück errichteten Anlage im allgemeinen, als vielmehr auf die Art und namentlich das Maß der Benutzung des Grundstücks durch die besondere Anlage und deren Einwirkung auf die Nachbargrundstücke an (vgl. Gruchots Beitr. **47** 945 f.). **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 687. Der Begriff der Ortsüblichkeit hat sich der Veränderung der örtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse anzupassen. Die Frage ist aber immer unter Zugrundelegung der jeweiligen örtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und der damit zusammenhängenden jeweiligen Gewöhnung zu beantworten. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1031 ff., JW. **09** 50, R. **09** Ziff. 271. Dringen aus einem gewerblichen Betriebe pfeifende und summende Geräusche auf ein

Nachbargrundstück hinüber, so kommt es für die Frage, ob wegen Ortsüblichkeit im Sinne des § 906 die Geräusche geduldet werden müssen, nicht darauf an, ob von anderen in derselben Gegend befindlichen gewerblichen Betrieben gerade dieselben oder gleichartige Geräusche ausgehen. **d)** **RG.** JW. **09** 50, R. **09** Ziff. 272. Bloß mündliche Proteste einiger Hausbesitzer genügen nicht, einem jahrelang bestehenden tatsächlichen Zustand seinen den Charakter einer Stadtgegend als eines Fabrikviertels bestimmenden Einfluß zu nehmen. **e)** R. **09** Ziff. 2954 (Hamburg). Sowohl der Bau wie der Betrieb der städtischen elektrischen Hochbahn verursacht Geräusch und Erschütterungen, welche sich die Eigentümer der benachbarten Grundstücke nicht gefallen zu lassen brauchen. Das gilt insbesondere von Gartengrundstücken, auf denen Villen erbaut sind. Die Bewohner dieser werden durch den Bau und durch die in kurzer Zeitfolge vorbeifahrenden Züge in ihrer Ruhe und Behaglichkeit zweifellos erheblich beeinträchtigt. Es läßt sich nicht sagen, daß diese Einwirkungen auf die klägerischen Grundstücke durch eine nach den ö r t l i c h e n Verhältnissen gewöhnliche Benutzung des beklagtischen Grundstücks herbeigeführt sind. Der Ausdruck „örtlich" kann nicht mit dem ganzen „Orte", mit der ganzen Stadt in Zusammenhang gebracht werden. Durch den Begriff „örtlich" wird ein Bezirk umgrenzt, in dem ein und dieselben Verhältnisse herrschen. Dieser Bezirk kann wohl kleine Städte umschließen, in großen Städten aber, in denen in den verschiedenen Stadtteilen häufig völlig andere Verhältnisse obwalten, werden je nach den Verhältnissen viele solche größere oder kleinere Bezirke festgestellt werden können. Im gegebenen Falle handelt es sich um einen Bezirk, in dem das Einzelwohnhaus (Villa) vorherrschend ist, und da ist die Benutzung eines Grundstücks für eine Hochbahn keine gewöhnliche. **f)** **RG.** 21. 12. 08, **70** 150 ff., BayRpflZ. **09** 147 f., GruchotsBeitr. **53** 1035 ff. Bei der Frage, ob eine M e h r h e i t gleichartig benutzter Grundstücke vorliegt, ist nicht die rechtliche Einheit, wie sie durch die Eintragung im Grundbuch oder Bahngrundbuch oder die wirtschaftliche Einheit, wie sie durch die Vereinigung zu einem gewerblichen Unternehmen entsteht, für unbedingt maßgebend zu erachten. Denn dann würde auch bei dem Straßenbahnbetriebe sehr oft der Fall eintreten, daß der Betrieb als ungewöhnlich behandelt werden müßte, obwohl er viele Straßen berührt. **g)** **RG.** 20. 2. 09, **70** 311 ff., JW. **09** 219. Auch der Eigentümer eines noch unbebauten, aber zur Bebauung geeigneten und dazu bestimmten Grundstücks kann die Zuführung von Geräuschen und Gerüchen von einem Nachbargrundstücke verbieten, da hierdurch die Verwendbarkeit seines Grundstücks als Bauland wesentlich beeinträchtigt wird. **h)** OLG. **18** 125 f. (Hamburg). Die tatsächliche Ortsüblichkeit einer Anlage entscheidet darüber, ob sie auch im einzelnen Falle geduldet werden muß. Nicht auf den, bloße Bebauungs- und Ausnutzungsmöglichkeiten für die Zukunft eröffnenden Bebauungsplan, sondern auf den g e g e n w ä r t i g b e s t e h e n d e n t a t s ä c h l i c h e n Z u s t a n d, auf das, was in einer bestimmten Gegend zur Zeit allgemein üblich ist und dort als eine auch von Nachbarn zu duldende Ausnutzung eines Grundstücks angesehen wird, kommt es an (vgl. **RG.** **64** 365). **i)** R. **09** Ziff. 989 (Hamburg). Bei Anwendung des § 906 kommt es nicht darauf an, ob neben dem Grundstücke des Klägers auch andere Grundstücke in gleichem Maße leiden, sondern darauf, ob die beeinträchtigende Benutzung nach den örtlichen Verhältnissen in der in Frage kommenden Lage gewöhnlich ist. Wird diese Frage bejaht, so ist es gleichgültig, wenn das Grundstück des Klägers stärker belästigt wird als andere Grundstücke. **k)** Über die Frage, ob Fabrikrauch in Poppelsdorf ortsüblich, handelt eingehend OLG. Cöln, RheinA. **106** 157 ff. **l)** HansGZ. **09** Beibl. 285 (Hamburg) über übermäßiges die Nachbarn störendes Geräusch bei Benutzung eines großen Pferdestalls.

3. **RG.** JW. **09** 725. Wer einen Grundstücksanteil bewußt zu einem das Restgrundstück voraussichtlich beeinträchtigenden Betriebe veräußert, kann diesen Betrieb

nicht nachträglich dem Erwerber des Teilstücks oder dessen Rechtsnachfolger verbieten. Ein derartiges Rechtsverhältnis wirkt aber nicht dinglich gleich einer Grunddienstbarkeit und verpflichtet namentlich den Singularrechtsnachfolger in das Restgrundstück nicht, sofern nicht besondere Umstände, z. B. ein Vertrag zugunsten des Teileigentümers als Dritten, vorliegen.

4. **RG.** WarnE. **2** 330, R. **09** Ziff. 1500. Bei Prüfung der Frage, ob störende Geräusche von einem Nachbarbetrieb auf ein Grundstück in unzulässiger Weise eindringen, ist auch eine auf dem letzteren Grundstück als Teil der Wohnung befindliche Veranda mit zu berücksichtigen. Der Grundstücksbesitzer ist nicht verpflichtet, zum Schutze gegen Geräusche die Fenster seiner Wohnung beständig geschlossen zu halten. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 941 steht nicht entgegen, da sie nur die Schließung der Fenster zur Nachtzeit betrifft.

5. **RG.** 20. 2. 09, **70** 311 ff., JW. **09** 219. Wenn die von einem Grundstück auf ein Nachbargrundstück hinüberdringenden Geräusche und Gerüche nur dann eine wesentliche Beeinträchtigung nicht besorgen lassen, wenn während des Betriebes, der die Geräusche und Gerüche verursacht, Türen und Fenster des Betriebsgebäudes geschlossen gehalten werden, so ist ein Anspruch aus § 906 nur dann ausgeschlossen, wenn Sicherheit besteht, daß während jener Arbeiten die Türen und Fenster wirklich geschlossen gehalten werden. Ohne weiteres kann nicht unterstellt werden, daß stets ordnungsmäßig und mit der gebotenen Vorsicht verfahren wird. Vielmehr kann der Unternehmer der Anlage für nicht außerhalb der Erfahrung liegende Nachlässigkeiten und Pflichtwidrigkeiten seiner Arbeiter die Verantwortlichkeit nicht ablehnen.

6. Wesentliche Beeinträchtigung? (JDR. **7** Ziff. II 6). a) **RG.** 20. 2. 09, **70** 311 ff., JW. **09** 219, R. **09** Ziff. 1133. Für die Frage nach der Erheblichkeit der Einwirkungen ist allerdings nicht das subjektive Empfinden des einzelnen Grundstückeigentümers maßgebend, vielmehr ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Immer aber ist daneben der besonderen Anlage des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Deshalb ist in einer Villenkolonie, in welcher nach ortsstatutarischer Bestimmung nur villenartige Gebäude errichtet werden können, auch die Gemeinde verpflichtet, bei der Errichtung und dem Betriebe von Anlagen, auch wenn diese dem Wohlfahrtsinteresse dienen, sich aller Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke zu enthalten, die das Maß dessen übersteigen, was in der in Betracht kommenden Gegend nach ihrer Eigenart billigerweise geduldet werden muß. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2114. Für die Frage, ob eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegt, ist das Empfinden eines normalen Menschen zum Maßstabe zu nehmen (vgl. JW. **04** 143, JDR. **3** Ziff. II 3). Ist hiernach eine nur unwesentliche Beeinträchtigung anzunehmen, so verschlägt es nichts, ob aus der Beeinträchtigung — Eindringen von Geräuschen — eine Erschwerung der Vermietbarkeit der Räume zu besorgen ist.

§ 907. Begriff der Anlage (JDR. **1** Ziff. 1a und 3 b und c, **4** Ziff. 2a, **5**, **6**, **7** Ziff. 1). a) OLG. **18** 126 (Breslau). Als „Anlage" kann zwar nicht ohne weiteres die bloße Veränderung eines Straßenniveaus, seine Erhöhung oder Erniedrigung verstanden werden, darunter ist vielmehr ein Werk von einer gewissen Selbständigkeit gedacht, von dem aus sinnlich wahrnehmbare Stoffe in das Nachbargrundstück hinüberdringen und dieses unmittelbar und positiv schädigen können. (Vgl. **RG. 51** 251.) Ist jedoch nicht nur die Straße höher gelegt, sondern vor dem geschädigten Grundstücke ein lichter Raum hergestellt, eine Futtermauer erbaut und besondere Gullys errichtet, auch eine Veränderung des Wasserabflusses verursacht worden, welche auf das Grundstück stofflich einwirkt, so liegt eine „Anlage" vor. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2117. Wenn eine Anlage auf einem Grundstücke für ein Nachbargrundstück unzulässige Einwirkungen zur Folge hat, so kann der Nachbar gleichwohl keinen Widerspruch erheben, wenn der Besitzer der Anlage diese abändert

und nach Herstellung der von der Polizei vorgeschriebenen Sicherungsmaßregeln wiederum zu dem früheren Zwecke verwendet. Erst wenn sich nachher ergibt, daß die unzulässigen Einwirkungen fortdauern, ist wieder ein Widerspruchsrecht gegeben.

§ 908. **RG.** 20. 1. 09, **70** 206, JW. **09** 162. § 908 setzt voraus, daß ein baufälliger, gefahrdrohender Zustand des Gebäudes oder anderen Werkes besteht und, wie sich aus dem in Bezug genommenen § 836 Abs. 1 ergibt, ferner, daß die Gefahr infolge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung des Gebäudes oder anderen Werkes besteht. Die Bestimmung ist daher nicht anwendbar, wenn ein Gebäudeteil nur deshalb gefährdet ist, weil der Nachbar seinen Gebäudeteil beseitigen will.

§ 909. 1. *Reichel, GrundstücksA. **09** 83. § 909 stellt ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2) dar; schuldhafte Nichtbefolgung macht schadensersatzpflichtig, und zwar auch den Dritten, der mit oder ohne Bewilligung des Eigentümers die unzulässige Vertiefung vornimmt. Gegebenenfalls haften Eigentümer und Dritter dem Nachbarn als Gesamtschuldner.

2. **RG.** 20. 1. 09, **70** 206, JW. **09** 162. Die Vorschrift des § 909 betrifft nur den Schutz gegen Vertiefungen, durch die der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert. Sie kann auf den Abbruch eines Gebäudes oder Gebäudeteils nicht angewendet werden, da ein solcher Abbruch nicht eine Vertiefung des Grundstücks herbeiführt und auch nicht dem Boden des Nachbargrundstücks eine Stütze entzieht. (Vgl. Staudinger, BGB., Note 7 zu § 909.)

3. ElsLothrZ. **09** 305, OLG. **18** 129 (Colmar). Die Klage des Besitzers des geschädigten Grundstücks auf Beseitigung der Vertiefung richtet sich gegen den derzeitigen Besitzer des vertieften Grundstücks. Gegen einen Vorbesitzer, der die Vertiefung herbeigeführt hat, gibt § 909 kein Recht, da dieser zu ihrer Beseitigung nicht befugt wäre. Der geschädigte Nachbar braucht sich nicht auf eine Klage auf Schadensersatz an den ursprünglichen Störer seines Eigentums beschränken zu lassen.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 3368. Der Haftung aus § 909 entgeht der Eigentümer nicht dadurch, daß er die Aufgrabung gelegen lich einer Kanalanlage einem Dritten überträgt, denn hierdurch veranlaßt er selbst sogar die Vertiefung. Hätte aber der Eigentümer durch den mit der Firma, welcher er die Kanalisierung übertragen, abgeschlossenen Vertrag sich jedes Einflusses auf die Beobachtung der sich aus dem § 909 ergebenden Rücksichten bei Ausführung der Kanalisierung begeben, so würde er sich schon damit in einen Widerspruch zu § 909 gesetzt haben.

5. Schadensersatz nur bei Verschulden? (JDR. **3** Ziff. 2, **4** Ziff. a, **5** Ziff. IIb, **7** Ziff. 1). **RG.** EisenbE. **26** 34. Bei Verletzung des § 909 ist eine Schadensersatzpflicht nur bei Verschulden gegeben. Ebenso PosMSchr. **09** 8 (Königsberg). AM. OLG. Braunschweig u. Cassel.

6. WürttJ. **21** 303 ff. (Stuttgart). § 909 ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 (vgl. JDR. **3** Ziff. 2). Bei Verletzung des Verbots erwächst dem Gefährdeten der dingliche Anspruch aus § 1004, dem der Vertiefende durch anderweite Befestigungen begegnen kann. Die Herstellung genügender Befestigungen kann der gefährdete Nachbar jedoch nicht unmittelbar verlangen, er muß sich nur damit zufrieden geben.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 3562. Der Begriff der „erforderlichen" Stütze im Sinne des § 909 hat nicht nur eine bedingte Bedeutung; er ist insbesondere nicht von der jeweils üblichen Benutzungsart des Grundstücks abhängig.

8. Über Ausschachtungen und Auspumpen auf dem Nachbargrundstück HansGZ. **09** Beibl. 155 (Hamburg).

§ 912. 1. *Waller, Überbau auf eigenem Boden, JW. **09** 745. Verf. bekämpft die Ansicht des **RG.** **65** 361 und **70** 200 (vgl. JDR. **6** Ziff. II 2 a), wonach der Eigentümer mehrerer benachbarter Grundstücke zwischen diesen kein Überbauverhältnis soll begründen können. Der Satz res sua nemini servit gilt

nach BGB. nicht mehr, und zur Entstehung eines Überbauverhältnisses sind nach BGB. nicht die Voraussetzungen für die Entstehung einer Grunddienstbarkeit nötig, weil das BGB. den Begriff der Legalservitut nicht mehr kennt. Im § 912 ist für das Grenzrecht ein Prinzip statuiert, aus welchem die Rechtsprechung die Einzelheiten zu entwickeln hat. Deshalb gilt auch zwischen den verschiedenen Rechtsnachfolgern des Gesamtinhabers von Grundstücken, der auf ihnen einheitliche Anlagen geschaffen hat, später Überbaurecht. — Ein zu gleichen Teilen auf zwei Parzellen gesetztes Haus wird Miteigentum der verschiedenen Erwerber der Parzellen (abw. herrsch. Meinung). **b)** HansGZ. **09** Beibl. 137 ff. (Hamburg). Von Überbau kann nur die Rede sein, wenn auf einen fremden Grund übergebaut wird, nicht aber, wenn zwei Bauten auf dem einheitlichen Grundstück desselben Eigentümers errichtet sind und erst nachher bei der Parzellierung die Grundstücksgrenze nicht zusammenfallend mit der Grenze der beiden Bauten bestimmt worden ist.

2. Der VII. Senat des OLG. Dresden geht in einer Entscheidung vom 30. 11. 09, SächsOLG. **31** 50 ff., von seiner bisherigen Ansicht (vgl. SächsOLG. **26** 132 ff.) ab, daß in der Erteilung der Erlaubnis zum Überbau der einen Hälfte eines Brandgiebels auf das Nachbargrundstück im Zweifel eine von dem erstbauenden Eigentümer (A.) mit seinem Nachbar zur Zeit des Überbaues (B.) stillschweigend getroffene Vereinbarung dahin zu erblicken sei, daß, wenn künftig, sei es von dem Nachbar, sei es von einem späteren Eigentümer des Nachbargrundstücks angebaut werde, dem A, nicht seinem etwaigen Nachbesitzer zur Zeit des Anbaus ein Anspruch auf Erstattung der halben Baukosten gegen B, nicht gegen den späteren Eigentümer des Nachbargrundstücks zustehe. Der VII. Senat schließt sich jetzt der Meinung des VIII. Senats (abgedr. FischersZ. **35** 147 unter b) an, daß die Bedeutung der Vereinbarung der Errichtung eines gemeinschaftlichen Brandgiebels mindestens vorwiegend auf sachrechtlichem Gebiete) (in der Gestattung des Überbaues) liegt, daß sich dagegen aus ihr eine bestimmte Willensrichtung der Parteien bezüglich der Erledigung der Entschädigungsfrage nicht ableiten läßt. (Vgl. auch Breit, FischersZ. **35** 113 ff.)

3. SächsOLG. **31** 61 (Dresden). Der Überbau, der bei Errichtung einer gemeinschaftlichen Brandmauer mit Genehmigung des Nachbars bewirkt wird, hat im Sinne von § 95 Abs. 1 Satz 2 als in Ausübung eines dem Bauenden an dem Nachbargrundstücke zustehenden Rechtes erfolgt zu gelten. Durch die Erteilung der Überbaugenehmigung wird für ihren Empfänger ein Recht darauf begründet, daß der Nachbar ihm den Überbau gestatte. Dieses Recht übt der Errichter des Giebels aus, indem er den Überbau vornimmt. Wennschon das ein nur rein persönliches, kein dingliches Recht ist, so ist es doch mit dinglichen Wirkungen ausgestattet, insofern durch die Ausführung des Überbaus eine das Eigentum am Nachbargrundstücke beschränkende Duldungspflicht entsteht. Daher kann es als ein Recht an dem Nachbargrundstück im Sinne von § 95 Abs. 1 Satz 2 betrachtet werden. Das Eigentum an der übergebauten Giebelhälfte verliert der Erbauer an den Nachbar, wenn dieser unter Benutzung des Giebels anbaut. Denn damit ist der Giebel, soweit er auf dem Nachbargrundstücke steht, der ihm bei der Errichtung für den Fall des künftigen Anbaus gegebenen Bestimmung entsprechend, wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks geworden und damit gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 verbunden mit der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 946 in das Eigentum des Nachbars übergegangen. Es reicht nunmehr das Eigentum beider Nachbarn wie an dem Grund und Boden so auch an der auf der Grenze errichteten Giebelmauer nach § 905 genau bis zur Grenze. Der Erbauer des Brandgiebels ist nach § 951 Abs. 1 zu entschädigen.

§ 917. 1. ElsLothrZ. **09** 319 (Colmar). Die Benutzung eines Nachbargrundstücks zum Schleifen von Baumstämmen enthält nicht die Ausübung eines gesetzlichen Wegerechts.

2. LG. Elbing, PosMSchr. **09** 42 ff.: Auch das Heben einer unter der Erdober-

fläche liegenden Wasserrohrleitung ist bei einem städtischen Grundstück als Ausübung eines Notwegrechts anzusehen, denn zur ordnungsmäßigen Benutzung im Sinne des § 917 ist für ein Wohnzwecken dienendes städtisches Grundstück der Anschluß an die städtische Wasserleitung kaum weniger notwendig als eine Verbindung mit dem öffentlichen Wege zum Gehen, zumal wenn es öffentliche Brunnen sonst nicht gibt.

§ 921. 1. *Waller, RheinA. **107** 78 ff., bespricht die seit Einführung des BGB. sehr widerspruchsvoll gewordene Rechtsprechung über Bauanlagen auf der Grenze (gemeinsame Brandmauern, Kommunmauern), die im rheinischen Rechtsgebiet früher besonders geregelt waren. Er weist nach, daß nach BGB. jede Bauanlage auf der Grenze den Vorschriften vom Überbau untersteht, daß insbesondere die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Nachbarn in eine Grenzverletzung beim Bau die Voraussetzungen für die Anwendung des Überbaurechts schafft (82). Der Hauseigner, der eine Hauswand halbscheidig auf die Grenze gesetzt hat, ist zunächst Alleineigentümer der ganzen Mauer, auch insoweit sie auf Nachbars Boden steht (83). Der Nachbar kann dafür Rente oder Abfindung nach Überbaurecht verlangen, er kann aber auch die Mauer durch Anbau in Benutzung nehmen, weil der Überbau, so wie er ihn auf seinem Boden zugelassen hat, von vornherein zum Anbau bestimmt war. (84). Baut der Nachbar an, so tritt die gemeinsame Brandmauer als wesentlicher Bestandteil beider Häuser in eine miteigentumsartige Gesamtberechtigung beider Nachbarn. Verf. sucht im Anschluß an seine Ausführungen über den „Überbau auf eigenem Boden, JW. **09** 745 ff., die herrschende Meinung zu widerlegen, daß nach BGB. alle Grenzaufbauten in der geometrischen Mittellinie dem Eigentumsrecht nach geteilt seien. Er weist nach, daß diese Ansicht den Fundamentalsatz des § 94 Abs. 2 verletzt, während die Annahme eines Miteigentums an Bauten, die auf Grundstücken mehrerer Eigentümer zu gleichen Teilen stehen, dem Gesetz nirgends widerspricht und zu allein brauchbaren Ergebnissen führt. Gilt dies für einheitliche Gebäude, die mehrere Grundstücke bedecken, so begründet die Gemeinschaftlichkeit bloßer Bauteile auf der Grenze kein besonderes Miteigentum, sondern nur eine nach den Grundsätzen des Miteigentums geregelte gegenseitige Eigentumsbeschränkung. Durch den Anbau entsteht ein Bereicherungsausspruch gegen den Anbauenden, dessen Rechtsgrund in einer Analogie zu § 951 BGB. zu finden ist (92). Ebenso können weitere Ansprüche dieser Art beim Abbruch eines der verbundenen Häuser entstehen, wenn nicht wieder angebaut wird, mithin die Mauer dem einen Nachbarn allein verbleibt (90). Auf Grund dieser Konstruktion werden die praktischen Einzelheiten des Mauerrechts, Zession der Ansprüche u. a. erörtert und am Schluß festgestellt, daß keinerlei Fortgeltung des älteren, insbesondere des rheinischen Rechts seit 1900 in Frage kommt.

2. **RG.** 20. 1. 09, **70** 203, JW. **09** 162. Steht die Grenzlinie fest und ergibt sich danach, daß die betreffende Einrichtung ausschließlich auf dem einen Grundstück steht, sie also dem Eigentümer dieses Grundstücks allein gehört, so ist § 921 nicht anwendbar, dies gilt auch dann, wenn die Einrichtung zugleich dem Vorteil des anderen Grundstücks dient. (Turnau-Förster Note I, Staudinger Note III zu § 921).

3. **RG.** 20. 1. 09, **70** 204 ff., JW. **09** 162, R. **09** Ziff. 843. Unter den im § 921 gemeinten Einrichtungen sind nur solche mit dem Grund und Boden verbundene auf der Grenze befindliche Anlagen zu verstehen, die zufolge ihrer Gestaltung und Lage die beiden Grundstücke voneinander scheiden und gerade hierdurch beiden Grundstücken zum Vorteile gereichen. Solche Einrichtungen sind die Teile eines von der Grenzlinie durchschnittenen Gebäudes nicht, insbesondere auch nicht die Stücke, die unmittelbar auf der Grenze stehen, da ihre Grenzlage als solche weder für das eine, noch für das andere Grundstück von Vorteil ist, sie vielmehr nur insofern einander vorteilhaft sind, als sie sich gegenseitig Halt gewähren. (Vgl. oben § 903 Ziff. 1.)

4. SächsRpflA. **09** 117 (Dresden) über die Vermutung für die Berechtigung der Eigentümer zweier Grundstücke zur gemeinschaftlichen Benutzung einer Grenzmauer.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die Berichterstattung zu dem zweiten Titel nimmt in diesem Jahre einen größeren Umfang ein wie in den früheren Jahren. Der Grund hierfür liegt in der Hauptsache darin, daß Neudegger in seiner die Gesellschaft des BGB. behandelnden Schrift eine Reihe von Fragen, die für die Anwendung des § 925 BGB. von Interesse sind, erörtert, und Schulze den § 928 BGB., der schon im Vorjahre von Bendix und Kranichfeld erläutert worden war, zum Gegenstand einer vortrefflichen, sehr eingehenden Untersuchung gemacht hat.

Literatur: Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrechte. — Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums (§ 928 BGB.).

§ 925. I. Form der Auflassung. 1. KG., KGJ. **36** A 194. Die Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch einen Teil der Miterben wird dadurch wirksam, daß die an der Auflassung nicht beteiligten Miterben sie genehmigen. Die Erteilung der Genehmigung kann durch Erklärung gegenüber dem die Auflassung beurkundenden Notar erfolgen, wenn dieser von den Auflassungsbeteiligten zur Entgegennahme der Erklärung bevollmächtigt ist. Der Nachweis einer solchen Vollmacht kann aber nicht durch die von dem Notar selbst aufgenommene Urkunde erbracht werden.

2. Josef, GruchotsBeitr. **53** 790 ff. Dem § 925 BGB. und dem Art. 143 EG. BGB. liegt die Erwägung zugrunde, daß nur das Grundbuchamt und die landesgesetzlich berufenen Amtsstellen in ihrer Eigenschaft als Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entgegennahme der Auflassung geeignet sind. Eine ausdehnende Auslegung dieser Zuständigkeitsbestimmung auf andere Amtsstellen, insbesondere auf das Prozeßgericht, ist also nach der Absicht des Gesetzes unzulässig; folglich wird auch in den Rechtsgebieten, in denen die Notare oder andere Amtsstellen zur Entgegennahme der Auflassung zuständig sind, diese nicht ersetzt durch die Beurkundung im prozeßgerichtlichen Vergleiche.

3. Die Entscheidung des BayObLG. JDR. **7** Ziff. I 2 zu § 925 auch BayObLG. **9** 53.

II. Auflassung durch Vertreter. Colmar, ElsLothJZ. **09** 17. Der Vorschrift des § 925 Abs. 1 BGB. wird auch dadurch genügt, daß die Auflassungserklärungen von gleichzeitig anwesenden Vertretern der Beteiligten abgegeben und entgegengenommen sind, wenngleich sie alle oder auch nur einer von ihnen ohne Vertretungsrecht handeln. Die Auflassung wird jedoch erst durch die nachträgliche Genehmigung der Vertretenen rechtswirksam (§ 177 BGB.). Eine durch Vertreter ohne Vertretungsmacht erklärte Auflassung und Annahme ist im Sinne des § 925 Abs. 2 BGB. nicht bedingt, d. h. von dem Eintritt einer von den Parteien gesetzten willkürlichen Bedingung abhängig. Die nötige Genehmigung der Vertretenen ist vielmehr eine Rechtsbedingung.

III. Notwendigkeit der Auflassung. 1. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht 13. Bringt ein Gesellschafter ein ihm gehöriges Grundstück in eine Gesellschaft ein oder wollen die Miteigentümer eines Grundstücks dieses dem Gesellschaftsvermögen widmen, so liegt in beiden Fällen eine rechtsgeschäftliche freiwillige Veräußerung (Verfügung) vor. Die Realisierung der für die Genossen aus dem Verfügungsgeschäft entspringenden Verpflichtungen erfolgt im Wege der Auflassung und Eintragung. Beide müssen das ganze Grundstück umfassen .... (18). Als Folgerung aus der allgemeinen Regel des § 738 BGB. ergibt sich, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters hinsichtlich der Immobiliar-

rechte der Gesellschaft an sich keine Rechtsänderung eintritt, welche die besonderen grundbuchlichen konstitutiven Rechtsakte der Auflassung und Eintragung erfordern würde. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters bleibt von der dinglichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens umfaßt .... (22). Nach der jetzt überwiegenden Ansicht vollzieht sich die Aufnahme des neuen Gesellschafters in der Weise, daß bei Fortbestand des alten Gesellschaftsvertrags zwischen der Gesellschaft einerseits und dem neu Eintretenden andererseits eine Zusatzvereinbarung geschlossen wird, wodurch der Erwerb der Mitgliedschaft vor sich geht und uno actu sämtliche gesellschaftsmäßigen Mitberechtigungen am Gesellschaftsvermögen dem neuen Mitgliede zufallen: es findet eine Gesamtrechtsnachfolge des neu Aufgenommenen in das bisherige Gesellschaftsvermögen statt. Dieses bleibt in seiner dinglichen Gebundenheit und Zweckbestimmung unverändert bestehen. Es wird nur, wie Gierke sich plastisch ausdrückt, „das Band um einen neuen Gesellschafter geschlungen, dieser wächst in die Gesellschaft hinein". Es ergibt sich daher für die grundbuchmäßige Behandlung des Gesellschaftsvermögens, daß es einer Auflassung und Eintragung nicht bedarf. Freilich wird sich dabei nicht umgehen lassen, die Vermittlung des Grundbuchs insofern in Anspruch zu nehmen, als die Erweiterung des Personenbestandes im Grundbuche verlautbart werden muß im Interesse dritter Personen.

2. Neubegger aaO. 74. Eine Gesellschaft des BGB. kann sich als offene Handelsgesellschaft eintragen lassen. Damit tritt weder ein Wechsel in der Person der Eigentümer noch eine Veränderung in der Qualität des Eigentums ein, so daß Auflassung nicht erforderlich ist und nur der Vermerk, daß die Gesellschaft nunmehr eine Handelsgesellschaft mit einer bestimmten Firma ist, eingetragen zu werden braucht.

3. Neubegger aaO. 74. Der nicht rechtsfähige Verein kann sich in einen rechtsfähigen verwandeln, sei es, daß er sich eintragen läßt oder daß er nachträglich im gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Verfahren Rechtsfähigkeit erlangt. Damit vollzieht sich in bezug auf das bisherige Vereinsvermögen ein Eigentumswechsel, der Auflassung und Eintragung hinsichtlich der Vereinsgrundstücke erforderlich macht.

4. a) KG., R. **09** Ziff. 361. Wenn die Gesellschafter einer aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft, die eine Hauptniederlassung und eine Zweigniederlassung hat, bei der Auflösung der Gesellschaft sich dahin auseinandersetzen, daß einem Gesellschafter die Hauptniederlassung und ein deren Zwecken dienendes, bisher der Gesellschaft gehöriges Grundstück, dem anderen Gesellschafter die Zweigniederlassung überwiesen wird, so ist zum Übergange des Eigentums an dem Grundstück auf den übernehmenden Gesellschafter die Auflassung erforderlich. **b)** SchlHolstAnz. **09** 114 (Kiel). Wenn bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, bedarf es der Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke nicht.

5. PrOVG., DJZ. **09** 831, JW. **09** 207, SeuffA. **64** 357, SchlHolstAnz. **09** 114 ff. Wenn beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden offenen Handelsgesellschaft die sämtlichen Aktiven und Passiven von dem anderen Gesellschafter übernommen werden und die Fortführung des Geschäfts durch diesen vereinbart ist, ist der rechtsgeschäftliche Übertragungsakt der Auflassung, wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, nicht erforderlich. Dies gilt auch dann, wenn die Übertragung des Grundbesitzes einer off. Handelsgesellschaft an den das Geschäft fortführenden Teilhaber seitens der Erben des anderen Teilhabers erfolgt.

6. LG. Metz, ElsLothNotZ. **09** 251. Wenn die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft in der Urkunde über Errichtung einer Gesellschaft mit

beschränkter Haftung ihre Stammeinlagen dadurch leisten, daß sie das gesamte Gesellschaftsvermögen der zur Auflösung gelangenden Kommanditgesellschaft auf die neu begründete Gesellschaft übertragen, so können auf Grund dieser Urkunde die im Grundbuch auf die Kommanditgesellschaft eingetragenen Grundstücke nicht auf die neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgeschrieben werden. Hierzu bedarf es vielmehr des Nachweises der Eintragung der neuen Gesellschaft und der Auflassung der Grundstücke, da im gegebenen Falle eine Universalsukzession auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht stattfindet.

7. KG., DJZ. **09** 1333. Die Übertragung eines Anteils am Nachlasse (§ 2033 BGB.) ist auch zulässig, wenn ein Anteil am Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes zum Nachlasse gehört. Der Erwerber aller Anteile am Nachlaß erwirbt hierdurch zugleich den Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen zu diesem gehörigen Gegenständen. Bestand in einem solchen Falle die Gesellschaft nur aus dem Erblasser und dem Erwerber aller Nachlaßanteile, so verwandelt sich durch die Vererbung und durch die Übertragung aller Nachlaßanteile das Miteigentum der Gesellschafter an den Gesellschaftsgrundstücken zur gesamten Hand außerhalb des Grundbuchs in Alleineigentum des Erwerbers der Anteile. Der Erwerber kann alsdann die Buchung seines Alleineigentums im Wege der Grundbuchberichtigung verlangen.

8. KG., KGJ. **36** A 200. Die Übernahme des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den überlebenden Ehegatten gegen bare Abfindung der Kinder hat weder nach dem BGB. noch nach dem Gesetze, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen rc., vom 16. April 1860 dingliche Wirkung. Der Übernehmer erwirbt daher das Eigentum an den zu dem bisherigen Gesamtgute gehörenden Grundstücken erst durch deren Auflassung seitens der abgefundenen Kinder und durch seine Eintragung als Alleineigentümer. AM. Marcus, ZBlFG. **10** 383.

9. BraunschwZ. **09** 109 (Braunschweig). Bei freiwilliger Veräußerung eines Bergwerks an eine zu gründende Gewerkschaft entsteht diese erst durch die Auflassung. Einen Anspruch auf diese Auflassung haben nur diejenigen, denen das Bergwerkseigentum formgültig veräußert oder denen der Auflassungsanspruch von den Käufern abgetreten ist.

10. KG., KGJ. **36** A 209. Eine Veräußerung im Sinne des Art. 20 PrAGGBO. liegt auch vor, wenn einzelne Parzellen von einem Familienfideikommißgut abgeschrieben und einem Grundstücke, das zu dem Allodialvermögen des Fideikommißbesitzers gehört, zugeschrieben werden sollen. Eine Auflassung der Parzellen ist zu diesem Zwecke nicht erforderlich.

IV. Rechtswirksamkeit der Auflassung. 1. **RG.** WarnE. **2** 355. Aus der Nichtigkeit des Kaufvertrags, der auf Grund arglistiger Täuschung angefochten ist, folgt nicht auch ohne weiteres die Nichtigkeit der Auflassung und damit der Berichtigungsanspruch. Das, was das KG. zur Rechtfertigung seiner entgegengesetzten Ansicht ausgeführt hat, ist nicht überzeugend. In **RG. 57** Nr. 22 wird die Nichtigkeit des zur Erfüllung eines wucherlichen obligatorischen Vertrags getätigten dinglichen Rechtsgeschäfts wesentlich daraus gefolgert, daß der wucherliche Charakter jenes Vertrags dieses mitergreift, daß das obligatorische und dingliche Geschäft in ihrem Zusammenhange den im § 138 Abs. 2 vorgesehenen Sachverhalt erfüllen. Könnte man nun auch in Anlehnung hieran annehmen, die auf Grund des durch arglistige Täuschung beeinflußten Kaufvertrags getätigte Auflassung stehe mit unter dem Einflusse der arglistigen Täuschung, so würde sich daraus doch noch nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit der Auflassung ergeben.

2. KG., KGJ. **37** A 262, R. **09** Ziff. 1598, SeuffBl. **09** 471, DJZ. **09** 548. Die Wirksamkeit einer Auflassung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die aufgelassene

Parzelle im Auflassungsprotokolle mit einer Nummer bezeichnet ist, die nach den Grundsteuerbüchern einer anderen Parzelle zukommt, sofern nur in der Form des § 29 GBO. nachgewiesen wird, daß sämtliche bei der Auflassung beteiligte Personen oder im Falle der Vertretung dieser Personen die Vertreter bei der Auflassung mit der unrichtigen Nummer die wirklich gemeinte Parzelle bezeichnen wollten und die Erklärung der übrigen Personen in diesem Sinne verstanden haben. .... Der objektiv unrichtige Ausdruck hindert unter solchen Umständen nicht, daß die Auflassung die gewollte Wirkung hat, daß also dasjenige Grundstück aufgelassen ist, dessen Auflassung gewollt war.

3. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **7** Ziff. IV 2, jetzt auch SeuffA. **64** 97, SeuffBl. **09** 33, BayObLG. **9** 524 und DJZ. **09** 1272.

4. KG., KGJ. **36** A 156. Die eingetragenen Genossenschaften sind juristische Personen im Sinne des Art. 7 § 2 Abs. 1 PrAGBGB. .... Sie bedürfen also zum Erwerb eines in Preußen belegenen Grundstücks im Werte von mehr als 5000 M. der Genehmigung des zuständigen Ministers; bis zur Erteilung dieser Genehmigung kann die Auflassung eines solchen Grundstücks an sie nicht erfolgen.

5. OLG. **18** 133 (Marienwerder). Die Eigentumsübertragung ist mit der gleichzeitigen persönlichen Verpflichtung des Erwerbers, mit dem Eigentum in anderer Interesse zu verfahren und es nach einer gewissen Zeit oder unter gewissen Bedingungen zurück- oder auf einen Dritten weiter zu übertragen, sehr wohl verträglich, auch dann, wenn ihr hierdurch jeder wirtschaftliche Vorteil für den Erwerber genommen wird und dieser sich danach im wesentlichen nur als Beauftragter und Treuhänder des anderen Teiles darstellt (vgl. Planck Anm. 1 zum § 667 BGB.).

6. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 58. Der Abschluß eines notariellen Kaufvertrags steht der anderweitigen grundbuchmäßigen Verfügung des Eigentümers nicht entgegen. Die Anträge des Eigentümers dürfen also vom Grundbuchrichter aus diesem Grunde nicht abgelehnt werden.

7. OLG. **18** 263 (KG.). Die Entgegennahme der Auflassung enthält, wenn darin eine Verfügung über das Grundstück zu finden ist, jedenfalls keine Verfügung über ein zum eingebrachten Gute der Frau gehöriges Grundstück. Auch darin, daß auf dem aufzulassenden Grundstück eine Anzahl Belastungen eingetragen sind, die von der Frau übernommen werden sollen, ist keine Verfügung über eingebrachtes Gut zu erblicken. .... Soweit die Frau die eingetragenen Lasten und Verbindlichkeiten persönlich übernimmt, hat die mangelnde Genehmigung des Mannes nur die Wirkung, daß die Gläubiger der Frau während der Dauer des ehemännlichen Verwaltungs- und Nießbrauchrechts wegen ihrer Befriedigung nur das vorbehaltene Vermögen der Frau, nicht aber auch deren eingebrachtes Gut in Anspruch nehmen können (§ 1399 BGB., § 739 ZPO.). Endlich steht auch der Umstand, daß die Auflassung zwecks Erfüllung der vom Veräußerer bereits vor der Verheiratung übernommenen Verpflichtung zur Auflassung des Grundstücks an die Frau erfolgen soll, der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Auflassung nicht entgegen.

V. Bedingte Auflassung. 1. KGJ. **36** A 194 (KG.). Wenn die auflassenden Miterben die Auflassung unter dem Vorbehalte der Genehmigung der übrigen Miterben erklärt haben, so ist die Auflassung bedingt und deshalb unwirksam.

2. Siber, Buchrechtsgeschäft 34 f. Ist bei der Auflassung der Eintragsantrag in dem Sinne vorbehalten, daß nur sofortige Bindung eintreten, aber der Eigentumsübergang erst nach dem später zu stellenden Antrage stattfinden soll, so ist die Auflassung aufschiebend bedingt, daher nichtig.

VI. Verhältnis der Auflassung zum Grundgeschäfte. 1. BayObLG., BayObLG. **9** 523, SeuffBl. **09** 33. Das Grundbuchamt hat die

Wirksamkeit des den rechtlichen Grund der Auflassung bildenden Rechtsgeschäfts nicht zu prüfen und es darf nicht wegen Bedenken gegen die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts die Eintragung der Auflassung ablehnen.

2. LG. Straßburg, ElsLothNotZ. **09** 121. Wenn in einem Kaufvertrage vereinbart ist, daß die Auflassung erst nach der Zahlung des bis zu einem bestimmten Tage gestundeten Kaufpreisteils erfolgen soll, der in dem Kaufvertrage von beiden Beteiligten bestellte gemeinschaftlich Bevollmächtigte aber diese Auflassung vor dem vereinbarten Termin erklärt hat, so kann der Grundbuchrichter die Eintragung des Eigentums nicht von dem vorgängig grundbuchmäßig geführten Nachweis abhängig machen, daß die fragliche Zahlung geschehen oder von dem Beteiligten erlassen sei.

§ 926. **RG.** WarnE. **2** 535. Die Vorschrift betrifft nicht den Fall, daß das angebliche Zubehör des Grundstücks nicht als solches, also als ein bloßes der Hauptsache folgendes Nebenstück, sondern als selbständiger Vermögensgegenstand außer dem Grundstücke, wenn auch in demselben Rechtsgeschäfte, zum Gegenstande der Verfügung gemacht worden ist. .... Die Parteien können selbstverständlich den Kaufvertrag über ein Grundstück und dessen Zubehör auch dergestalt abschließen, daß sie jedes zum selbständigen Gegenstande des Kaufes machen, und zwar auch dann, wenn sie für beides einen einheitlichen Preis bestimmen, während § 926 voraussetzt, daß sich die Veräußerung nach dem Willen der Partei auf das Zubehör nur „erstrecken" soll, also die Unselbständigkeit des Zubehörs des Kaufgegenstandes zur Voraussetzung nimmt.

§ 928. Literatur: Schulze, Die Aufgabe des Grundeigentums.

1. *Siber, Buchrechtsgeschäft. Der Verzicht bedarf, weil amtsempfangsbedürftig, der Form der liquiden Eintragsbewilligung. Er ist bis zur Eintragung widerruflich (46 f.). Einzutragen ist nicht der Verzicht, sondern seine Wirkung, das Erlöschen des Eigentums (48). Die Aneignungserklärung bedarf der Form der liquiden Eintragszustimmung des Eigentümers (vgl. unten zu § 22 GBO.) (53 f.).

2. Schulze, Aufgabe des Grundeigentums. Gegenstand des § 928 kann sein ein Grundstück, ein realer Teil oder ein Bruchteil des Grundstücks und selbständige Gerechtigkeiten (29 ff.).... Das Verzichtrecht ist ein „Recht des rechtlichen Könnens" oder besser ein „Gestaltungsrecht". .... Wegen der ungünstigen Wirkung des Gestaltungsrechts auf die eigene und der günstigen Einwirkung auf die fremde Rechtssphäre zählt das Gestaltungsrecht zu der Kategorie der (nachteiligen) Eingriffsrechte .... (40). Es ist kein Recht, welches selbständig für sich besteht und entsteht, sondern kraft gesetzlicher Vorschrift mit dem Eigentume verbunden ist, keineswegs aber ein subjektiv-dingliches Recht (41 ff.). .... Wie die meisten Gestaltungsrechte ist auch das Verzichtsrecht vererblich, allerdings nur zusammen mit dem Eigentum .... (42). Es kann nur mit dem Eigentume gemeinschaftlich nach den Regeln über die Übertragung des Eigentums an Grundstücken auf einen Singularsukzessor übergehen. .... Ein selbständiger einseitiger Verzicht auf das Verzichtrecht ist unmöglich. Dingliche Wirkung könnte aber ein Verzichtsvertrag nicht äußern, dem widerspricht § 137 Satz 1 BGB. .... (43). Das Gestaltungsrecht ist nur Teiltatbestand. .... Völlig geht es erst mit der eintretenden Vollwirkung (durch die Eintragung) unter .... (43). Der Verzicht trägt unverkennbar die Merkmale des einseitigen Rechtsgeschäfts an sich. Der Verzicht gehört zu der Gruppe der empfangsbedürftigen und insbesondere zu den amtsempfangsbedürftigen einseitigen Willenserklärungen .... (44). Insoweit aber die Natur des einzelnen Falles dem nicht widerspricht, läßt sich analoge Anwendung der Normen über die Veräußerung auf den Verzicht wohl rechtfertigen (46 ff.). Über Rechtsregeln der Ausübung s. 46 ff. .... Der Verzicht ist, sobald er dem Grundbuchamte zugegangen ist, unwiderruflich (55). .... Durch die Ausübung des Verzichts entsteht eine — wenn auch pendente — dingliche Rechtslage, an die der Verzichtende und seine Rechts-

nachfolger, von Ausnahmefällen abgesehen, gebunden sind, die erst durch den zweiten Teiltatbestand (die Eintragung) in die Vollwirkung (die Gestaltung) übergeführt wird (54 ff.). .... Die Verzichtserklärung ist an keine Form gebunden. Es kann nur verlangt werden, daß der Verzicht dem Grundbuchamt irgendwie verlautbart wird. Es genügt mündliche Erklärung vor dem Grundbuchamt, aber auch einfache privatschriftliche Verzichtserklärung (Brief), selbst telegraphische oder telephonische Mitteilung an das Grundbuchamt oder auch Erklärung des Verzichts zu Protokoll des Gerichtsschreibers (60). .... Über das Ausübungssubjekt des Verzichtsrechts s. 61 ff. .... Nötig ist zur Eintragung ein Antrag — der Aneignungsberechtigte ist nicht antragsberechtigt (71 ff.) — und eine Eintragungsbewilligung (75 f.). .... Die Wirkung der gültigen Eintragung auf der Grundlage des gültigen Verzichts ist eine Veränderung, eine Gestaltung der dinglichen Rechtsloge (82). .... Der Eigentümer hat nichts mehr mit dem Grundstücke zu tun, er steht ihm vollkommen fremd gegenüber wie ein Dritter. .... Aus der Eigentümergrundschuld wird ohne weiteres eine gewöhnliche Grundschuld (83). .... Zugleich also mit der ersten Wirkung, dem Aufhören des Eigentums des Verzichtenden, entsteht — als zweite Wirkung — ein „aufgegebenes Grundstück" (85). Dies gilt auch für einen Miteigentumsanteil. Für ein Erbbaurecht ist, wenn auf das Recht verzichtet wird, von Amts wegen ein besonderes Grundstücksblatt anzulegen (87). .... Durch die Aufgabe wird nur das subjektive Band zerrissen, was den Eigentümer an das Grundstückseigentum knüpfte. Das Grundeigentum seinem objektivem Bestande nach ist unberührt. Das Eigentum an dem aufgegebenen Grundstück ist nicht erloschen durch den Verzichtseintrag, besteht vielmehr als subjektloses Eigentumsrecht — analog der hereditas iacens — fort (99). .... Der dadurch entstehende Komplex von subjektlosen Rechten und Verpflichtungen ist eine Sacheinheit, eine Vermögensmasse (101). .... Über staatliche Fürsorge bezüglich des aufgegebenen Grundstücks s. 103 ff. Sie tritt zunächst im Interesse der Realgläubiger nach §§ 58, 787 ZPO. und § 1141 Abs. 2 BGB. ein. Zulässig ist aber auch, ... einen Verwalter zu bestellen und diesem gleichzeitig die Wahrnehmung aller aus dem Eigentume sich ergebenden Befugnisse und Verpflichtungen aufzuerlegen (131). .... Die gesetzliche Grundlage hierfür ist im Wege der Generalanalogie mit §§ 1912, 1913, 1914 BGB. zu gewinnen (136). .... Das aufgegebene Grundstück kann enteignet werden (150 ff.). .... Das aufgegebene Grundstück unterliegt den nachbarrechtlichen Beschränkungen des BGB. (152 ff.). .... Mit dem Grundstücke werden auch dessen Bestandteile herrenlos (154 ff.). .... Falls das aufgegebene Grundstück verpachtet ist oder das darauf befindliche Gebäude ganz oder zum Teil vermietet ist (155) .... findet der § 571 BGB. analoge Anwendung (156). .... Bestehen an dem aufgegebenen Grundstücke mehrere Hypotheken, so kann ihr Rang geändert werden (161). .... Ein Rangvorbehalt gehört zu der Vermögensmasse und der Verwalter kann ihn namens ihrer ausüben (162). Ist der Verzicht rechtsungültig, gleichwohl aber im Grundbuch eingetragen, so kann der Eigentümer seinen Berichtigungsanspruch gelten machen gegen den Verwalter der Vermögensmasse (162). .... Ist ein Grundstück mit einer Reallast belastet und wird aufgegeben (166) ...., so ist die subjektlose, dingliche Schuld mit dem subjektlos fortbestehenden Grundeigentume verbunden, die Reallastberechtigung findet ihren Gegner in dem von Amts wegen bestellten Verwalter, der als Vertreter der Grundstücksmasse auftritt, die als die „Verpflichtete" anzusehen ist. Das aufgegebene Grundstück haftet dinglich auch für die von dem aufgebenden Eigentümer nicht erfüllten Leistungen, die bis zur Aufgabe fällig wurden (167). .... Bei einem aufgegebenen Grundstücke kann es sich um zwei Arten von Grundpfandrechten handeln, Grundpfandrechte, die vor, und solche, die nach der Eintragung des Verzichts begründet sind. Bei der ersten Art trennt sich

die persönliche Forderung, soweit eine solche überhaupt vorhanden ist, ab und richtet sich nach der Dereliktion immer noch gegen den aufgebenden Eigentümer, wenn dieser der persönliche Schuldner war. Dagegen besteht im übrigen nur eine dingliche Schuld, für die das Grundstück haftet. Begründet ist ihr Bestehen in dem Fortbestehen des Eigentums; die dingliche Schuld belastet das Eigentum ähnlich wie eine Reallast. Der Gläubiger macht seine Rechte gegen den Verwalter geltend, der die subjektlose dingliche Schuld wahrzunehmen hat. Ist das Grundpfandrecht durch den Verwalter begründet, so steht es dem gewöhnlichen Grundpfandrecht (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) völlig gleich, nur daß die dingliche sowohl wie die persönliche Schuld hier subjektlos ist (168). .... Auch die Vollstreckungsklausel wirkt nach der Aufgabe des Eigentums gegen die Vermögensmasse (169), ... Wird bei einer Hypothek nach der Verzichtseintragung die Forderung festgestellt, so entsteht in Höhe des Differenzbetrags eine Eigentümerhypothek (169 ff.). .... Bei Verteilung von Gesamthypotheken hat der Verwalter an Stelle des Eigentümers zuzustimmen (170). .... Wie das Verzichtsrecht ist auch das Aneignungsrecht ein „Gestaltungsrecht". Aber das Aneignungsrecht ist von anderer Art als das Verzichtsrecht, es berührt nur die eigene Rechtssphäre des Gestaltungsberechtigten und zwar in günstiger Weise, da es ja den Berechtigten Grundeigentum erwerben läßt; es ist also ein Zugriffsrecht (178). .... Soweit das Aneignungsrecht nur unselbständiges accessorium zu einem Hauptrecht ist, ist es wie das Verzichtsrecht auch nur zugleich mit dem Hauptrechte vererblich und übertragbar. Anders aber, soweit das Aneignungsrecht selbständiges Gestaltungsrecht ist, dies ist selbständig vererblich und auch selbständig rechtsgeschäftlich durch formlosen Vertrag übertragbar (179). .... Es ist möglich, daß beispielsweise der Fiskus für eine bestimmte Provinz einer Bodengesellschaft vertraglich das Recht zugesteht, sämtliche in diesem Bezirk aufgegebenen Grundstücke sich anzueignen. .... Durch einseitigen Verzicht geht das Zugriffsrecht nicht unter. Ein Verzichtsvertrag, der an sich denkbar wäre, hätte keine dingliche Wirkung (180). .... Die Aneignung ist diejenige amtsempfangsbedürftige einseitige Willenserklärung, durch die der Aneignungsberechtigte sein ihm gesetzlich zustehendes Aneignungsrecht ausübt, und deren Wirkung in Verbindung mit der Eintragung im Grundbuche der Erwerb des Eigentums an dem aufgegebenen Grundstück ist (182). .... Eine vorsichtige analoge Anwendung der Bestimmungen über die Veräußerung auf die Aneignung dürfte sich rechtfertigen lassen (183). Über Rechtsregeln der Ausübung s. 184 f. .... Es fehlt an einer genügenden Grundlage, die Aneignungserklärung als unwiderruflich zu bezeichnen (187). .... Die Ausübung des Aneignungsrechts schafft eine wenn auch pendente, dingliche Rechtslage, die erst durch einen zweiten Tatbestand (die Eintragung in das Grundbuch) in die Vollwirkung (Eigentumserwerb) übergeführt wird (188). Jede Verlautbarung (mündliche Erklärung, Brief, telegraphische oder telephonische Mitteilung usw.) dem Grundbuchamte gegenüber genügt, um materiell-rechtlich die Wirkungen der Ausübung des Aneignungsrechts hervorzubringen (189). .... Über die Aneignungsberechtigten, insbes. in Preußen s. 190 ff. Über das Ausübungssubjekt des Aneignungsrechts s. 194 ff. .... Der Aneigungsberechtigte hat neben seinem Rechte zur Gestaltung, dem rein privatrechtlichen Aneignungsrecht, ein Recht auf Gestaltung, ein publizistisches Recht auf Eintragung (200) .... Das Aneignungsrecht ist stets, auch in Preußen, reines Privatrecht. Seine Ausübung bedarf daher stets gemäß § 928 Abs. 2 BGB. der Ergänzung durch den Staatsakt der Eintragung (205). .... Nötig ist zur Eintragung der Aneignung Antrag, der stets noch neben der materiell-rechtlichen Aneignungserklärung nötig ist — antragsberechtigt ist auch der Verwalter namens der Vermögensmasse — (206 ff.) und Eintragungsbewilligung des Verwalters (209 ff.). .... Der Erwerb des Eigentümers tritt ex nunc ein und wird nicht wie bei der hereditas iacens auf einen früheren Zeitpunkt, hier also etwa

auf den Zeitpunkt des Verzichtseintrags zurückbezogen. Der Aneignungsberechtigte leitet den Erwerb seiner Rechtsstellung von der Vermögensmasse ab, er ist Rechtsnachfolger der Vermögensmasse (218). .... Diese Rechtsnachfolge ist als eine Gesamtnachfolge zu kennzeichnen (219). .... Der Anzeigende kann sich bei seinem Eigentumserwerb auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs stützen (220)..... Auch eine analoge Ausdehnung der Bestimmung des § 571 BGB. ist hier geboten. Mit der Eintragung tritt der Erwerber (Aneignungsberechtigte) an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein (224)..... Wegen sämtlicher Schulden, die auf dem subjektlosen Vermögen lasten — entweder von dem aufgebenden Eigentümer her oder durch den Verwalter eingegangen — können sich die Gläubiger nach der Eintragung des Aneignungsberechtigten an diesen halten, ohne nachweisen zu müssen, daß das übernommene Vermögen zur Bezahlung der Schulden genügt. Dagegen kann der eingetragene Aneignende gemäß § 1990 Abs. 1 BGB. die Befriedigung eines Gläubigers des subjektlosen Vermögens insoweit verweigern, als das übernommene Vermögen nicht ausreicht (229).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Koban, Haben auf eigene Gefahr als Grund des Eigentumserwerbs von Scheinberechtigten, zweiter Teil des Buches: Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Rechte, Innsbruck 1909. — Nathan, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Stuttgart 1909. — Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1906. (Hierzu Regelsberger, KrVJSchr. **11** (nF.) 284.)

§§ 929 ff. OLG. **18** 135 (KG.) Der Ersteher einer Sache erwirbt allein durch den Zuschlag nach dem BGB. noch nicht das Eigentum; dieses geht vielmehr nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der §§ 929 ff. über. Danach kann zwar der gutgläubige Ersteher das Eigentum auch an solchen Sachen erwerben, die nicht dem Vollstreckungsschuldner, sondern Dritten gehören. Voraussetzung hierfür ist aber eine ausreichende Besitzübertragung an ihn; denn ohne sie ist nach § 929 ein Eigentumserwerb nicht möglich, es sei denn, daß der Erwerber bereits die Sache besitzt, ein Fall, der bei dem Erwerbe in öffentlicher Zwangsversteigerung nur dann möglich ist, wenn der vollstreckende Gläubiger sich im Besitze befindet und die Sache ersteht.

§ 929. I. Satz 2. *Siber, Buchrechtsgeschäft 120: Außer der Einigung und dem Besitz des Erwerbes setzt der Eigentumsübergang auch voraus, daß der Veräußerer bei der Einigung um den Besitz des Erwerbers weiß.

II. Aus der Praxis: 1. OLG. **18** 133 (Rostock). Daraus, daß das Gesetz die Sondervorschriften der §§ 588 und 1048 BGB. für notwendig erachtet hat, erhellt, daß kein allgemeiner Grundsatz hat anerkannt werden sollen, daß die in eine Sachgesamtheit vom unmittelbaren Besitzer einverleibten Sachen dadurch in das Eigentum des Eigentümers der übrigen Teile der Sachgesamtheit übergehen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 70. Ein Holzhändler hatte hinsichtlich seines Holzlagers zugunsten eines Gläubigers eine Sicherungsübereignung vorgenommen und, weil er im Besitz des Holzes bleiben sollte, darüber einen Verwahrungsvertrag abgeschlossen. Dabei war ihm das Recht eingeräumt, die Holzvorräte in seinem kaufmännischen Betrieb zu veräußern, jedoch gegen die Verpflichtung, das Lager immer wieder entsprechend zu ergänzen. Auch die Zugänge sollten Eigentum des Gläubigers werden. Zu dem Zwecke war bestimmt, daß der Schuldner alle Ab- und Zugänge an Holz in ein Lagerbuch einzutragen habe, daß die Eintragungen am Ende jeden Monats vom Schuldner und Gläubiger zu unterzeichnen seien und daß diese Unterschriften die Bedeutung haben sollten, daß die neu hinzugetretenen Holzvorräte in

das Eigentum des Gläubigers fielen. — In solchem Falle kann von einer Eigentumsübertragung nur die Rede sein, wenn sich die Holzvorräte, auf die sich der Eigentumsübergang beziehen sollte, aus den Eintragungen erkennen lassen.

3. OLG. **18** 192 f. (Hamm). Wenn jemand Geld zugunsten eines anderen bei einer Sparkasse angelegt hat, so ist damit der andere noch nicht Gläubiger des Guthabens geworden. Denn die einseitige Handlung — das Einzahlen des Geldes und der Auftrag an die Sparkasse, das Buch auf den Namen des anderen zu schreiben — bringt ein Eigentumsrecht des anderen an dem Buche oder an dem darin verbrieften Guthaben noch nicht zur Entstehung.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 72. Das Eigentum an abgesandten Briefen geht regelmäßig auf den Empfänger über, während ein etwa bestehendes Urheberrecht dem Verfasser verbleibt.

§ 930. I 1. Sicherungsübereignung (FDR. **1** Ziff. 5, **2** und **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I, **7** Ziff. I 1). a) Nathan, Sicherungsübereignung 52. Eine Eigentumssicherung ist mit Bezug auf eine künftige oder eine bedingte Forderung anzuerkennen. Auch der nichtbesitzende Nichteigentümer kann ein const. possess. antizipieren. Zur Wirksamkeit einer solchen antizipierten Vereinbarung des noch nicht besitzenden Schuldners ist erforderlich daß derselbe soweit es sich um Speziessachen handelt, den Besitz dieser Sachen erwirbt; in dem Zeitpunkte, in welchem der Schuldner den (unmittelbaren) Besitz der Sachen erwirbt, erwirbt er für den Gläubiger kraft des zwischen Schuldner und Gläubiger bestehenden Leih- bzw. Mietverhältnisses mittelbaren Besitz und macht ihn zum Eigentümer an den Sachen in Gemäßheit der §§ 929, 930. Bei generell bestimmten Sachen ist zu unterscheiden, ob zur Zeit des Besitzerwerbes des Schuldners schon eine Spezialisierung der Sachen vorliegt; ist eine solche bereits vorhanden, so treten dieselben Rechtswirkungen ein wie bei dem Erwerbe von Speziessachen durch den Schuldner. Sind die Sachen zur Zeit des Besitzerwerbes durch den Schuldner noch nicht spezialisiert, so muß, bevor ein Eigentumserwerb für den Gläubiger Platz greifen kann, eine Individualisierung der Sachen eingetreten sein; in dem Moment der Individualisierung wird der Gläubiger Eigentümer der Sache, und zwar mittels const. possessorium. b) Nathan, Eigentumssicherung. Die Eigentumssicherung ist zu einem Institut des Reichsgewohnheitsrechts geworden, welches mit dem gesetzten Rechte des BGB. im Widerspruch steht. Die Eigentumssicherung müßte unzulässig und gemäß § 134 BGB. nichtig sein, weil die §§ 1205, 1206, 1253 Abs. 1 BGB. nicht nur einen für das Pfandrecht (im gesetzlichen Sinn) im öffentlichen Interesse geltenden Grundsatz zwingend normieren, sondern auf jedes Mobiliensicherungsgeschäft sinngemäß Anwendung heischen, bei welchem die Benutzung einer anderen, wenn auch an sich gesetzlich zulässigen Rechtsform dasselbe öffentliche Interesse in die Erscheinung ruft. — Daß dieses Gewohnheitsrecht gleich dem gesetzten Rechte verbindliche Kraft hat, auch wenn es contra legem geht, ist aus Art. 2 EGBGB. und dessen Entstehungsgeschichte mit Sicherheit zu entnehmen. Wir müssen deshalb sagen: Die Fährnisübereignung mittels const. possess. zum Zwecke der Sicherung einer Forderung, sowohl in der Form der reinen Sicherungsübereignung, als auch in derjenigen des Sicherungskaufs und der bedingten Übereignung, ist rechtlich zulässig und wirksam. c) Nathan, Sicherungsübereignung, empfiehlt, de lege ferenda die Sicherungsübereignung durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu verbieten, dafür aber das constitutum prossessorium beim Pfandrecht, unter Erkennbarmachung desselben durch Eintrag in ein Register, zuzulassen. Beim Registerpfand könnte eine Publizität entsprechend derjenigen bei dem Grundpfandrecht eingeführt werden; die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb könnten ohne Bedenken zur Durchführung gelangen. Grundsätzlich wäre das Besitzpfandrecht beizubehalten; in den Kreis der Mobilien, welchen das Registerprinzip zustatten

kommen kann, seien Haus- und Geschäftseinrichtungen, soweit sie als Sachgesamtheiten verpfändet werden sollen, ferner Fabrik- und Handwerkerinventar einzubeziehen.

2. a) *Reichel, Schuldmitübernahme 455: Im Falle der Zession der gesicherten Forderung geht im Zweifel der sicherungshalber übereignete Gegenstand ohne weiteres auf den Zessionar eigentümlich über (vgl. §§ 401, 931 BGB.). b) *Reichel aaO. 219 ff. schlägt für constitutum possessorium die Verdeutschung „Besitzmittelungsvertrag" vor. Solcher ist gültig, auch wenn er sicherungshalber oder behufs Umgehung der Schenkungsversprechensform (§ 518 Abs. 1) ge chlossen wird (unvorgreiflich des § 117 BGB.).

3. Nathan, Sicherungsübereignung 50 f. Der Besitzvertrag des § 930 setzt voraus, daß der Eigentümer im Besitze der Sache ist; dieser Besitz kann unmittelbarer oder mittelbarer Besitz sein. — Das vereinbarte Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, braucht nicht rechtsgültig zu sein, um als Übergabeersatz fungieren zu können, da dieses Erfordernis nur zur Klarstellung des faktischen Verhältnisses dienen soll.

II. Aus der Praxis: 1. Antizipierte Vereinbarung des noch nicht Besitzenden (IDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **6** Ziff. II 1). **RG.** Gruchots Beitr. **53** 1045 ff. Auch im voraus kann rechtswirksam vereinbart werden, daß der Erwerber an erst anzuschaffenden Sachen den Besitz auf Grund eines im § 868 BGB. bestimmten Rechtsverhältnisses ausüben und dadurch das Eigentum auch an neu erworbenen Gegenständen auf den Vertragsgegner übertragen solle. Bei einer solchen Vereinbarung tritt dann die Wirkung der Eigentumsübertragung ein, sobald der Erwerber der Vereinbarung gemäß handelt. (Vgl. **RG. 56** 52).

2. Sicherungsübereignung (vgl. o. I 1). a) R. **09** Ziff. 3783 (Braunschweig). Die Sicherung des Darlehnsgläubigers kann nicht nur durch Pfandrecht, sondern auch durch fiduziarisches Eigentum bewirkt werden. Das ist auch bei Sachen möglich, die der Schuldner erst mit dem empfangenen Gelde anschafft und gleich im Besitz behält. Der Eigentumserwerb des Gläubigers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner die Absicht, für den Gläubiger zu erwerben, dem Verkäufer der Sachen nicht mitteilt und dieser der Meinung ist, der Schuldner wolle die Sachen für sich erwerben. Entscheidend ist der innere Wille des Schuldners, sofern der Tradent nicht an der Person des Erwerbers interessiert ist und sich deshalb des Eigentums für den, den es angeht, entäußern will. Anders liegt die Sache dann, wenn der Tradent erklärt hat, wem er das Eigentum übertragen wolle. b) **RG.** R. **09** Ziff. 1312, BadRpr. **09** 164. Bei einer Sicherungsübereignung kann die Feststellung des Eigentumsübertragungswillens trotz der Nichternstlichkeit der vereinbarten Miete (in Wahrheit Leihe) gerechtfertigt sein. c) **RG.** R. **09** Ziff. 71. Ist aus den übrigen Bestimmungen eines Vertrages der Wille einer fiduziarischen Eigentumsübertragung zu erkennen, so ist gegen diesen Eigentumsübertragungswillen nichts daraus zu folgern, daß gleichzeitig dem Schuldner das Recht eingeräumt ist, durch Zahlung eines bestimmten Betrages den anderen Teil „abzulösen, so daß dann der ganze Vertrag als erloschen zu gelten habe".

3. Einigung über den Eigentumsübergang. a) **RG.** Gruchots Beitr. **53** 1050 ff. Die Einigung über den Eigentumsübergang kann besonders getroffen werden, sie kann sich aber auch selbstverständlich aus der Vereinbarung über das Rechtsverhältnis ergeben, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Hat der Verkäufer von Tabaksballen dem Käufer erklärt: „ich halte die Ware für Sie auf Lager" oder „die Ware liegt bei mir zu Ihrer Verfügung", so ist die eine wie die andere Formel geeignet, in Verbindung mit anderen Beweisbehelfen, die Einigung über den Eigentumsübergang zu beweisen. Ein solcher Beweisbehelf ist die Vereinbarung, daß die Ware alsbald und nicht erst bei

der Abnahme zu bezahlen ist. **b)** R. **09** Ziff. 846 (Frankfurt a. M.). Dadurch, daß der Verkäufer die Zurverfügungstellung der Ware seitens des Käufers annimmt, geht nicht in allen Fällen das Eigentum auf ihn wieder über.

4. OLG. Hamburg, JDR. **7** Ziff. III jetzt auch HansGZ. **09** Beibl. 75, OLG. **18** 137.

5. Rechtsverhältnis der im § 930 bezeichneten Art. **a) RG.** R. **09** Ziff. 1998. Wenn auch durch das sogenannte abstrakte Besitzkonstitut die Übergabe nicht ersetzt werden kann, so braucht anderseits das vereinbarte Rechtsverhältnis nicht gerade einem der unter § 868 BGB. fallenden, benannten Vertragstypen genau zu entsprechen, sondern es läßt, sofern es nur hinreichend bestimmt bleibt, rechtsgeschäftlich vereinbarte Abweichungen zu. Bei einer Sicherheitsübereignung kann deshalb ein wirksamer Übergabeersatz in der Abrede gefunden werden, daß die veräußerten Gegenstände dem Veräußerer einstweilen zur Verarbeitung überlassen werden, daß er sie sorgfältig zu behandeln und gegen Feuer zu versichern hat, daß er berechtigt sein soll, die fertigen Waren zu verkaufen, den Erlös aber in Anrechnung auf seine Schuld an den Erwerber abzuführen hat. **b) RG.** R. **09** Ziff. 844. Ein Rechtsverhältnis der in § 930 gedachten Art ist auch der Verwahrungsvertrag. Ein solcher kann aber nicht schon dann angenommen werden, wenn lediglich vereinbart ist, daß die verkaufte Ware einstweilen beim Verkäufer weiter lagern solle. **c) RG.** R. **09** Ziff. 73. Ein Geschäftsmann hatte einem Gläubiger sicherungshalber sein Warenlager und seine Geschäftseinrichtungen übertragen und sich von dem Gläubiger dann als dessen Verkäufer anstellen lassen, gleichwohl aber das Geschäft nach außen in eigenem Namen fortgeführt. In solchem Falle kann nicht angenommen werden, daß der Gläubiger den unmittelbaren Besitz an den Sachen erlangt habe, und diesen durch seinen Schuldner als Besitzdiener ausübe; dagegen kann in den Abmachungen ein Besitzkonstitut im Sinne des § 930 gefunden werden, so wenn ein kommissionsähnliches Rechtsverhältnis als gewollt anzunehmen ist. **d)** SeuffA. **64** 277 (Dresden). Keine Eigentumsübertragung durch sog. Besitzkonstitut, wenn das dabei vereinbarte Mietverhältnis nur Schein ist (vgl. jedoch oben I 3).

§ 931. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 847. Der Eigentümer einer vermieteten Sache kann Eigentum an dieser auch in der Weise übertragen, daß er mit dem Erwerber ein Besitzkonstitut dahin vereinbart, daß er fortan die Sache als Mieter des Dritten behalte.

2. SächsRpflA. **09** 215 (Dresden) handelt von der Abtretung des Herausgabeanspruchs betreffs einer im Besitze eines Gerichtsvollziehers befindlichen Sache. Eine Anzeige an den Gerichtsvollzieher oder den Pfändungsgläubiger ist nicht erforderlich (vgl. auch Kretzschmar, Sachenrecht Note 3 u. 4 zu § 931).

§ 932. 1. *Wellspacher versucht ein allgemeines System des Vertrauensschutzes zu geben. Er geht davon aus, daß die Rechtsordnung den Schutz des gutgläubigen Dritten durchwegs an äußere Tatbestände anknüpft, welche die Erscheinungsform des betreffenden Rechtes oder Rechtsverhältnisses bilden. Diese äußeren Tatbestände lassen sich teilen in solche, welche die Rechtsordnung selbst erst geschaffen hat — künstliche Tatbestände — und solche, welche im Verkehr als normale Erscheinungsformen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses gelten — natürliche Tatbestände. Zu den künstlichen Tatbeständen gehört das Grundbuch, das Vereinsregister, Heiratsregister, Güterrechtsregister, der Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis. Das Gesetz schützt diejenigen, die im Vertrauen auf diese äußeren Tatbestände rechtsgeschäftlich handeln, in sehr verschiedenen Abstufungen (§§ 892, 68, 70, 1344, 1435, 2366 f., 2368). In anderen Fällen knüpft das Gesetz den Schutz des Dritten an die natürlichen, im Rechtsleben gegebenen Erscheinungsformen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses. Hierher gehören der Besitz (§§ 932—934) die Urkunde, und zwar

die Schuldurkunde (§ 405), die Zessionsurkunde (§ 409), die Vollmachtsurkunde (§ 172) und endlich andere äußere Tatbestände, welche den Schein eines Rechtsverhältnisses, insbesondere eines Vollmachtverhältnisses erzeugen. Allen diesen Bestimmungen, welche den Vertrauensschutz an äußere Tatbestände knüpfen, liegt folgender gemeinsamer Gedanke zugrunde: Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht. Aus dem gemeinsamen Grundgedanken aller angeführten Bestimmungen folgt, daß eine Reihe von Streitfragen in bezug auf die §§ 405, 409, 172 ff. BGB. mit Zuhilfenahme der §§ 932 ff. zu lösen sei. Vom Standpunkt aus, daß der Erklärungsgrund für die angeführten Bestimmungen allein in dem Schutze des gutgläubigen Dritten gelegen ist, bekämpft W. auf dem Gebiete des Sachenrechtes die Legitimationstheorie und hinsichtlich der §§ 409 und 172 f. die Theorie, welche diese Bestimmungen aus stillschweigenden Willenserklärungen abzuleiten versucht. Aus dem Grundgedanken wird weiter gefolgert, daß § 172 f. keine Ausnahmebestimmung bedeutet, sondern daß eine analoge Anwendung in allen Fällen zulässig ist, wo dem Dritten gegenüber ein genügender äußerer Tatbestand für die Annahme eines Vollmachtverhältnisses vorliegt und dieser äußere Tatbestand mit Zutun des Vertretenen entstanden ist.

2. *Herbert Meyer, Publizitätsprinzip 95 ff. Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten beruht auf dem Publizitäts- und dem Veranlassungsprinzip. Der Besitz beweglicher Sachen gibt den Rechtsschein (besser nicht Legitimation, da das Wort den Anschein des Rechtmäßigen, Legitimen erweckt; noch weniger darf man von Verfügungsmacht des unberechtigten Besitzers reden). Der Berechtigte, der die Sache aus der Hand gibt, bekleidet dadurch einen andern mit dem Rechtsschein und gibt so Veranlassung, daß der Schein sich gegen ihn wendet. Der Erwerber darf dem äußern Tatbestande des Besitzes, als der regelmäßigen, erkennbaren Form des Rechtes trauen. Daher wird in seiner Person aus dem Rechtsscheine das Recht. Den Schaden trägt auf Grund des Veranlassungsprinzips der frühere Berechtigte. Der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten ist also ursprünglicher, nicht abgeleiteter Erwerb.

§ 932. 1. OLG. **18** 138 f. (KG.). Ebenso wie ein sorgfältiger Kaufmann bei Erwerb oder Inpfandnahme von Wertpapieren ohne die dazu gehörenden Zinsscheine und Zinsscheinanweisungen die Legitimation des andern Teiles besonders genau zu prüfen hat (vgl. **RG. 58** 162, JDR. **3** Ziff. 2), so ist auch die gleiche Anforderung an einen Kaufmann und namentlich einen Bankier zu stellen, welcher Coupons mit späteren Fälligkeitsterminen in ganzen Reihen erwerben will. Ein Bankier, der von einer ihm unbekannten, nur durch einen Militärpaß legitimierten Person Couponreihen mit späteren Fälligkeitsterminen erwirbt, ohne daß ihm die Erneuerungsscheine oder die Obligationen selbst vorgelegt werden, handelt grobfahrlässig, wenn nicht überzeugende Umstände für die Berechtigung des Gegenkontrahenten sprechen.

2. **RG.** JW. **09** 474. Demjenigen, der den schlechten Glauben des Erwerbers geltend macht, liegt der Beweis für dessen Vorhandensein ob.

3. *Koban, Zwei Fragen aus dem bürgerlichen Rechte (S. a. zu § 392 Ziff. 1). Haben auf eigene Gefahr als Grund des Eigentumserwerbes vom Scheinberechtigten, Innsbruck 1909, s. unten zu § 935 Ziff. 3.

§ 934. **RG.** JDR. **7** jetzt eingehender auch GruchotsBeitr. **53** 962 ff. und SeuffBl. **09** 240. Zwar bezieht sich die Bestimmung des § 934 zunächst auf den Fall, daß weder der Veräußerer noch der dritte Besitzer der Sache deren Eigentümer ist.

Allein wenn selbst in diesem Falle durch das Zusammenwirken zweier Nichteigentümer das Eigentum auf einen gutgläubigen Erwerber übertragen werden kann, so muß dies um so mehr gelten, wenn der Besitzer zugleich der Eigentümer ist.

§ 935. 1. Oertmann, SeuffBl. **09** 580 wendet sich dagegen, daß ein Geschäftsunfähiger mangels Willensfähigkeit zu einer freiwilligen Besitzübertragung von Rechts wegen außerstande sei. Hierzu nötige weder der Sinn noch Wortlaut des Gesetzes. Dann bekämpft er die von Dernburg, BürglR. III § 103 Anm. 11 und Gierke, DeutschPrivatr. II 245 Anm. 80 vertretene Mittelmeinung, daß zwar die von einem völlig Geschäftsunfähigen, nicht aber die von einem bloß Geschäftsbeschränkten weggegebenen Sachen als „abhanden gekommen" zu erachten seien. Entweder handele es sich bei der Frage nach der Freiwilligkeit des Besitzverlustes, die das „Abhandenkommen" der weggegebenen Sache ausschließt, um eine reine Rechtsfrage — dann gehöre dazu ein rechtsgültiger, geschäftlicher Aufgabeakt, der nach § 107 selbstverständlich auch einem Geschäftsbeschränkten nicht für sich allein offen steht. Oder aber die freiwillige Besitzaufgabe werde nur im Sinne einer Tatsache gefordert — dann sei sie allein von tatsächlichen Voraussetzungen abhängig, und es komme für die Frage, ob sie auch einem Geisteskranken offen steht, nicht auf rechtstechnische Kategorien, sondern nur auf das Vorhandensein eines tatsächlichen Willensaktes an.

2. *Herbert Meyer, Publizitätsprinzip 84 ff. Die Durchbrechung des Rechtserwerbes vom Nichtberechtigten bei anderweiter (wider Willen verlorener) Fahrnis, sowie die entsprechende Ausnahme der §§ 1006, 1007 beruht auf einer Durchbrechung der Publizitätswirkungen des Besitzes, der Vermutung vom Besitz auf das Recht und des mit dem Besitz verknüpften Rechtsscheins. Sie beruht auf dem Gedanken relativer Gerechtigkeit. In typischem Formalismus geht das Recht von dem regelmäßigen Inhalt des erkennbaren äußeren Tatbestandes aus. Für gewöhnlich gewährt der Besitz den Schein des Rechts, weil regelmäßig der Besitzer der Berechtigte ist. Der Typus des Besitzes an gestohlenen und verlorenen Sachen aber ist Diebs- und Hehlerbesitz, mit Ausnahme wieder des Besitzes von Geld- und Inhaberpapieren, die Jedermann ohne weiteres soll nehmen dürfen (daher die Unterausnahme). Ferner hat der, dem der Besitz gegen seinen Willen entzogen wird, nichts dazu getan, daß der Schein sich gegen ihn kehrt; es kann also der auf dem Veranlassungsprinzip beruhende Erwerb vom Nichtberechtigten hier keine Stätte finden.

3. *Koban, „Haben auf eigene Gefahr als Grund des Eigentumserwerbs von Scheinberechtigten" ist eine Gegenschrift zu Bindings „Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer in ihrer Ausgestaltung durch §§ 932 und 935 BGB. und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß" (Leipziger Dekanatsprogramm 1908). Binding spricht de lege ferenda einer möglichsten Einschränkung des gutgläubigen Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer das Wort. Im diametralen Gegensatze zu Binding schlägt Koban de lege ferenda eine möglichste Ausdehnung des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer vor, und zwar in der Art, daß man bona fide, wobei die Beurteilung des guten Glaubens allerdings eine sehr strenge sein solle, das Eigentum von jedem erwerbe, der die Sache faktisch innehat, also auch dann, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren gegangen oder sonstwie abhandengekommen ist. Koban betrachtet die ganze Frage vom Standpunkte der Schadenszuteilung. Wer soll den Schaden tragen, wenn ein Unberechtigter eine fremde Sache veräußert hat und vom Veräußerer kein Rückersatz zu erlangen ist; soll der gutgläubige Erwerber die Sache dem Eigentümer zurückgeben und daher den Schaden tragen müssen oder soll der Erwerber geschützt und daher dem Eigentümer der Schaden auferlegt werden? Koban geht davon aus, daß der gutgläubige Erwerber der Sache, seine optima fides vorausgesetzt, stets gänzlich schuldlos ist, und zwar auch dann, wenn

die Sache dem wirklichen Eigentümer gestohlen wurde oder sonstwie abhanden kam. Der gutgläubige Erwerber vertraute eben bona fide auf den falschen Schein des Eigentums, der durch die Innehabung der Sache beim Veräußerer gegeben ist. An der Herbeiführung des falschen Scheines des Eigentums ist nun in der Regel der Eigentümer schuld, er hat seine Sache entweder freiwillig einem unverläßlichen Menschen übergeben, oder die Sache kam ihm zufolge nicht gehöriger Verwahrung wider Willen abhanden. Auch in letzterem Falle liegt Verschulden des Eigentümers fast immer vor. Denn einem vorsichtigen Manne wird nicht leicht etwas gestohlen und kommt schwerlich etwas abhanden (aaO. 91). Jedoch beweisen ließe sich diese in aller Regel vorliegende Schuld des Eigentümers nur sehr schwer (93). Aus diesem Grunde, sowie deshalb, weil der Eigentümer doch alle Vorteile des Eigentums genießt, ist es billig, daß er auch jeden Schaden trägt, der sich an diese Sache für einen schuldlosen Dritten knüpft. Daher soll der wirklich gutgläubige Erwerber einer Sache stets das Eigentum erlangen, sogar auch dann, wenn die Sache dem Eigentümer wider Willen abhanden gekommen ist. Koban nennt diesen Grundsatz „Haben auf eigene Gefahr" im Anschluß an Unger, der in ähnlichen Fällen für das Schadenersatzrecht das Prinzip „Handeln auf eigene Gefahr" aufstellte (Unger IheringsJ. **30** 363 ff). Solche Regelung wäre auch im Hinblick auf § 892 BGB. eine konsequente; denn beim Eingreifen des grundbücherlichen Vertrauensprinzips ist der gutgläubige Erwerber ja ebenfalls stets geschützt, auch wenn die Änderung des Buchstandes wider Willen des Eigentümers eingetreten ist.

4. Zum Begriff des Abhandenkommens. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 2, **3**, **4** Ziff. 1, **7** zu § 935.) **a)** **RG.** 18. 5. 09, **71** 253, JW. **09** 416. Abhanden gekommen ist eine Sache im Sinne des § 935, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat. Daraus folgt, daß bei einem Besitzdienerverhältnis für die Frage, ob unfreiwilliger Besitzverlust vorliegt, nur der Wille des Besitzherrn, nicht der des Besitzdieners in Betracht kommt. Der Besitzdiener ist allerdings tatsächlich in der Lage, die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz einem andern einzuräumen; er überträgt aber damit weder eigenen Besitz, da er solchen nicht hat, noch den unmittelbaren Besitz des Besitzherrn, da er hierzu nicht berechtigt ist, sondern er entzieht dem Besitzherrn gegen dessen Willen den unmittelbaren Besitz, er bringt ihm die Sache abhanden. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 475. Wenn der Bodenmeister und die Packer eines Spediteurs eine ihnen vom Kontorpersonal gegebene Anweisung unrichtig ausführen, indem sie statt des Ballens X aus Versehen den Ballen Y zur Verladung bringen, und durch dieses dem ausdrücklichen Willen des Spediteurs widersprechende Handeln jener Personen der Ballen Y aus dem tatsächlichen Machtbereich des Spediteurs hinaustritt, so ist darin ein Abhandenkommen im Sinne des § 935 zu finden.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

1. **§ 946.** **RG.** 20. 1. 09 **70** 200 ff. Hat der Eigentümer zweier aneinander grenzenden Grundstücke auf diesen einen zusammenhängenden einheitlichen Neubau errichtet und werden die verschieden belasteten Grundstücke bei der Zwangsversteigerung verschieden zugeschlagen, so entsteht für die Ersteher nicht ein Miteigentum an dem Gebäude; vielmehr hat jeder Ersteher mit dem zugeschlagenen Grundstück auch den darauf stehenden Teil des Gebäudes als wesentlichen Bestandteil des Grundstücks zu Alleineigentum erworben. (GruchotsBeitr. **45** 1018, **RG.** **53** 311; **65** 363). Wird später das Gebäude niedergerissen, so verbleiben diejenigen Stücke, die je innerhalb der Grundstücksgrenzen sich befunden haben, im Eigentume des betreffenden Grundstückseigentümers, diejenigen Stücke dagegen, die sich unmittelbar auf der Grenze dergestalt befanden, daß sie durch die Grenzlinie durchschnitten wurden, werden allerdings, da an ihnen eine Sonderinhabung eines jeden der beiden Grundstückseigentümer

nicht möglich ist, Miteigentum der beiden Grundstückseigentümer, und zwar zu Bruchteilen, die der früheren räumlichen Erstreckung des zur beweglichen Sache gewordenen Bodenbestandteiles auf das eine und das andere Grundstück entsprechen.

2. OLG. Cassel, JDR. **7**, jetzt auch OLG. **18** 139.

§ 947. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 2, **6** Ziff. I 2 zu §§ 93, 94). „Hauptsache". *Heilborn, Sachverbindung 114 f. (siehe oben Ziff. I 2 zu §§ 93, 94). Hauptsache ist der Hauptteil des Ganzen, welcher sich vor dem anderen Teil oder vor den anderen Teilen durch den überragenden Gebrauchs- oder Tauschwert auszeichnet. Das Größenverhältnis ist mit zu berücksichtigen; es ist ausschlaggebend, falls die Sache aus einer Reihe gleicher oder ähnlicher Teile besteht.

§ 950. WürttJ. **21** 167 ff. (Stuttgart). Wer das Eigentum an einer durch Verarbeitung oder Umbildung entstandenen Sache auf Grund des § 950 in Anspruch nimmt, hat seinerseits zu beweisen, daß die Sache für ihn hergestellt, daß also z. B. die Fabrik, in der die Herstellung erfolgte, für seine Rechnung betrieben worden sei.

§ 951. 1. *Heilborn, Sachverbindung 120 (siehe oben Ziff. I 2 zu §§ 93, 94). Das Wegnahmerecht mit der Befugnis zur Aneignung ist nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen gegeben. Wird in einem anderen Falle ein Wegnahmerecht besonders vereinbart, so ist es nicht mit dem Aneignungsrecht verknüpft, und es hat nur eine persönliche Wirkung zwischen den Vertragschließenden. Hiernach läßt sich das Wegnahmerecht nicht heranziehen, um den Eigentumsvorbehalt zu sichern.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2660. A hatte gemäß einem mit B abgeschlossenen Vertrag auf einem Grundstück des C Einrichtungsgegenstände (Maschinen u. dgl.) aufgestellt. Später wurde der Vertrag zwischen A und B aufgehoben. Soweit C zur Herausgabe der Gegenstände und gemäß §§ 989 ff. wegen nicht rechtzeitiger Herausgabe zum Schadensersatze verpflichtet ist, erstreckt sich diese Schadensersatzverpflichtung nicht auf Ersatz der Kosten, die dem A durch das Einbringen der Gegenstände (Montierung u. dgl.) entstanden sind. Soweit dagegen die Gegenstände Bestandteile des Grundstücks geworden sind und daher gegen C nur ein Bereicherungsanspruch gegeben ist, hat C auch die Montierungskosten zu erstatten.

3. RheinA. **106** 78 ff. (Düsseldorf.) Der Eigentümer eines Grundstücks, welcher bei Errichtung eines Gebäudes die zur Hälfte auf sein Grundstück übergebaute Giebelmauer in Benutzung nimmt, ist verpflichtet, dem derzeitigen Eigentümer des Nachbargrundstücks die halben Baukosten der Giebelmauer zu erstatten.

4. OLG. Dresden, JDA. **7** Ziff. II 2 jetzt auch OLG. **18** 139.

5. Vgl. über Haymann, IheringsJ. **56** 89 ff. oben § 812 Ziff. 1.

§ 952. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 442 ff. § 952 hat vornehmlich den Zweck zu verhüten, daß ein Sondereigentum an der Urkunde neben dem Eigentum desjenigen entsteht, der das in der Urkunde benannte Recht innehat. Recht und Urkunde sollen also nicht voneinander getrennt werden. Insbesondere schließt § 952 beim Erwerb eines beurkundeten Rechtes nicht aus, daß die Urkunde zugleich bei der Übertragung des Rechtes mitübergeben werden müsse, ein Tatbestandsmerkmal der Rechtsübertragung sei. Das zeigt § 1154 für den Hypothekenbrief. Dies fordert aber auch die Sicherheit des Verkehrs. Würde z. B. ein Kux veräußert, ohne daß der Kuxschein bei der Abtretung mitübergeben wird, vielmehr auf Grund von § 952 angenommen, daß dieser mit der Abtretung auf den Erwerber übergehe, so wäre ein kaufmännisches Retentionsrecht imstande, praktisch den Erwerb illusorisch zu machen. Dem Anspruch aus § 985 stände die Einrede des berechtigten Besitzes aus § 986 entgegen, sofern der Erwerber den Kux vom Schuldner erworben hätte. Die Erlangung der Ausübung des Kuxrechtes wäre unmöglich, wenn der Retentionsgläubiger den Kux zu seiner Befriedigung benutzt.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§ 956. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. 61 f., 66 f. Die Verpfändung ungetrennter Früchte ist ohne dingliche Wirkung; sie muß nach der Trennung weiter vollzogen werden. — 501: Beim Pfandverkauf werden die ungetrennten Früchte mit der Hauptsache, die getrennten Früchte als selbständige Sachen verwertet.

V. Aneignung.

§ 959. *Hölder, JheringsJ. **55** 448. Die Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, kann durch die Umstände, unter denen der Besitz aufgegeben wird, erklärt sein, ohne zu bestehen. Die Erklärung ist dann nach § 119 anfechtbar.

§ 960. **RG.** (Straff.) **42** 75 ff., HessRspr. **10** 5 verhält sich eingehend über den Begriff Tiergarten. Die Zusammenstellung des Wildes in Tiergärten mit Fischen in Teichen und geschlossenen Privatgewässern jeder Größe lasse erkennen, daß das einzelne Stück einer gefangen gehaltenen Menge deshalb nicht besitzfrei und herrenlos ist, weil es sich im Gegensatz zu den in Behältnissen eingeschlossenen Tieren vorübergehend der Betätigung unmittelbarer Herrschaft zu entziehen vermag.

VI. Fund.

§ 965. **RG. 70** 308, JW. **09** 191 f. Wenn ein Hausbesitzer bei Abbruch seines Hauses in der Vermutung, daß unter dem Hause ein Schatz vergraben liege, die Abbrucharbeiter in der Richtung des Schatzsuchens unterweist und ihre Tätigkeit in der gedachten Richtung überwacht, und dann durch einen der Arbeiter wirklich ein Schatz gefunden wird, so ist nicht der Arbeiter, sondern allein der Hausbesitzer, auf dessen planmäßig auf die Schatzfindung gerichtete Tätigkeit die Entdeckung des Schatzes zurückzuführen ist, der Entdecker des Schatzes.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

§ 985. 1. *Cohn, ABürgR. **33** 295 ff. In der Lehre von der Zwangsvollstreckung in den Stahlkammerfachinhalt ist die Pfändbarkeit des Herausgabeanspruchs von der des Mitwirkungsanspruchs zu scheiden. Zwischen beiden Ansprüchen besteht nämlich eine begriffliche und inhaltliche Verschiedenheit. Denn ersterer erwächst aus dem Eigentum an den hinterlegten Sachen und ist ein dinglicher Anspruch, während letzterer aus dem zwischen Kunden und Bank vereinbarten Vertrage erwächst und obligatorische Natur hat. Beim Herausgabeanspruch genügt zu dessen Befriedigung Aufgabe des Besitzwillens durch die Bank, während der Mitwirkungsanspruch die Bank zu einem positiven Tun verpflichtet.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2119. Werden innerhalb einer strafgerichtlichen Untersuchung zu strafprozessualen Zwecken dem Gerichte Wertpapiere zwecks Hinterlegung übergeben, so ist dadurch ein Verhältnis geschaffen, in das einzugreifen den Zivilgerichten jedenfalls für die Dauer des Strafverfahrens nicht zusteht. Das ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Ämterverfassung und der damit verknüpften Sonderung der Zuständigkeiten. Ob nach Beendigung des Strafverfahrens die Anrufung der Entscheidung der Zivilgerichte unter Umständen zulässig werden kann, kann dahingestellt bleiben.

§ 991. Abs. 2. *Kunze, Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten 111 ff. Die Vorschrift des Abs. 2 bestimmt, daß der Eigentümer für den Schaden, der ihm dadurch entsteht, „daß die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde vom Unterbesitzer ihm nicht herausgegeben werden kann", vom Unterbesitzer dann Ersatz verlangen kann, wenn die Tatsache, die den Schaden des Eigentümers verursacht hat, auf einem dem Oberbesitzer gegenüber

schuldhaften Verhalten des Unterbesitzers beruht oder auf einem Verhalten, das nach § 278 BGB. einem schuldhaften Verhalten des Unterbesitzers gleichgestellt wird. Ob diese vom Unterbesitzer dem Oberbesitzer gegenüber zu vertretende Tatsache auch dem Oberbesitzer einen Schaden verursacht hat, ist für die Frage nach der Ersatzpflicht des Unterbesitzers dem Eigentümer gegenüber völlig unerheblich.

§ 992. **RG.** R. **09** Ziff. 2415. Wer gegen das Verbot des Fuhrwerksbesitzers in einem von dessen Kutscher gelenkten Wagen eine Ausfahrt unternimmt, verschafft sich dadurch noch nicht den Besitz des Pferdes und haftet deshalb nicht für dessen zufälligen Sturz.

§§ 994 ff. 1. Ersatz von Verwendungen. **RG.** 2. 10. 09. R. **09** Ziff. 3082. Die Wirkungen der Verwendung sind durch das BGB. nicht derart geregelt, daß wegen des Verwendungsanspruchs eine dingliche Belastung der Sache eintrete und der verwendende Besitzer etwa bei beweglichen Sachen ein dem Pfandrecht oder bei Grundstücken ein der Hypothek ähnliches Recht erlangte. Dem Verwendenden steht vielmehr nur ein persönliches obligatorisches Forderungsrecht gegen den Eigentümer zu. Bei der dem Besitzer durch § 1003 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen gewährten Befugnis, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, handelt es sich lediglich um eine besondere Art der Durchführung des persönlichen Anspruchs.

2. WürttJ. **21** 163 ff. (Stuttgart). Von einer Brauerei auf Bierflaschen zurückerstattetes Flaschenpfand ist keine Verwendung im Sinne der §§ 994—996, da es sich nicht um einen der Verbesserung oder Erhaltung der Sache dienenden Aufwand handelt. (Die Brauerei hatte das Pfand nämlich zurückerstattet in der irrigen Meinung, derjenige, von dem sie die Flaschen zurückerhielt, habe eine von ihr selbst herstammende Flasche zurückgegeben.

§ 984. Über notwendige Verwendungen s. o. zu § 547.

§ 1003. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 479 f. Ist der Besitzer befriedigungsberechtigt, so wird er bei dem Pfandverkauf eines anderen Gläubigers wie ein Pfandgläubiger behandelt.

§ 1004. 1. Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht 36. Eine einmal angerichtete Beschädigung einer Sache bildet keine „Beeinträchtigung" im Sinne des § 1004, deren Beseitigung der Eigentümer mit der negatorischen Klage verlangen könnte; vielmehr kann hier nur Schadensersatz gefordert werden, wenn der Gesichtspunkt eines Delikts zutrifft.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 273. Wenn ein Gewerbetreibender seine Erzeugnisse mittels Transportkähne fortschaffen läßt und hierbei wegen der geringen Weite und der Krümmungen der Fahrrinne einerseits und wegen der Breite und Länge der Schleppzüge anderseits auch bei Beobachtung der im Schiffsverkehr erforderlichen Sorgfalt fortdauernd jedesmal oder doch in der Regel eine Beschädigung der Fischwehre eines anderen beim Hindurchfahren der Transportkähne eintritt, so kommt als Störer nicht nur der Führer der Schleppzüge, sondern auch der Gewerbetreibende selbst in Betracht.

3. **RG.** EisenbE. **26** 73. Die negatorische Eigentumsklage ist wegen Einwirkungen landespolizeilich genehmigter Eisenbahnanlagen unzulässig. Sie ist nur zulässig, wenn eine privatrechtliche Verpflichtung der Eisenbahn zur Vornahme der verlangten Abhilfsmaßregeln vorliegt oder die betreffende Anlage landespolizeilich nicht genehmigt ist.

4. SeuffA. **64** 227 (Stuttgart). Keine Klage auf Beseitigung einer Aufschüttung gegen den, der sie mit Erlaubnis des Vorbesitzers und zu dessen Besitzzeit vorgenommen hat.

§ 1006. 1. OLG. **18** 193 f. (München). Die Vermutung des § 1006 darf auf Legitimationspapiere so wenig ausgedehnt werden, wie auf die an sich mit Sachbesitz verbundenen persönlichen Rechte. Vgl. JDR. **7** Ziff. 2.

2. *Herbert Meyer, Publizitätsprinzip s. o. zu § 935 Ziff. 2.

3. JDR. **7** Ziff. 2 jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 696, SeuffBl. **09** 312.

§ 1007. Über *Herbert Meyer, Publizitätsprinzip s. o. zu § 935 Ziff. 2.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. 1. Francke, R. **09** 531 ff., führt gegen Wittmaack, Erbbaurecht (s. JDR. **6** zu § 1012 Ziff. I) aus, daß das dingliche Erbbaurecht selbst betagt und bedingt werden könne, nicht bloß der Vertrag, dessen Hauptgegenstand die Gewährung eines Erbbaurechts ist, und daß Zeitbestimmung und Bedingung der Eintragung fähig seien.

2. R. **09** Ziff. 268 (KG.). Der Erbbauberechtigte kann sich durch Vertrag verpflichten, das Erbbaurecht für den Fall aufzuheben, daß er es veräußert und daß der Erwerber in die Aufhebung einwilligt.

3. Die Entsch. des KG., JDR. **7** zu § 1012 Ziff. 2 auch OLG. **18** 144.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1170. Der erkennende Senat hat bereits in dem Urteile **RG. 67** 222 dargelegt, daß, wie nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes, so auch nach preußischem Rechte Abdeckereigerechtigkeiten von einem Grundstück auf ein anderes übertragen werden können, sofern Wesen und Begriff der Abdeckereigerechtigkeit als einer Realgewerbeberechtigung keine wesentliche Veränderung erleiden. Eine solche wesentliche Veränderung ist nicht daraus zu folgern, daß eine Abtrennung der Gerechtigkeit von der alten Luderstätte als berechtigtem Grundstücke stattgefunden hat. Dadurch hat die Gerechtigkeit nicht ihre Eigenschaft als subjektiv-dingliches Recht verloren.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1166, R. **09** Ziff. 645. Rechtlich folgt, bei einer Zerteilung des berechtigten Grundstücks, die Schankgerechtigkeit ohne weiteres dem Kruggrundstücke (vgl. OVG. **8** 272). .... Übrigens hätte, wenn vorher kein Realrecht bestanden hätte, nach §§ 52 ff. GewStEdikts v. 7. September 1811 (EinfPatent v. 9. November 1816) auch der Neubegründung des Rechtes durch die fiskalischen Behörden nichts im Wege gestanden. Das einmal bestehende Realrecht ist dann, wie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung allgemein anerkannt ist, durch die spätere Gewerbegesetzgebung, insbesondere die Gewerbeordnung v. 17. Januar 1845 und v. 21. Juni 1869 (§§ 10, 48), unberührt geblieben.

6. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrechte 43. Für das Erbbaurecht fehlt es an einer dem § 1095 BGB. entsprechenden Bestimmung. Es wäre aber unrichtig, hieraus die Zulässigkeit der Sonderbelastung des Gesamthandanteils am Gesellschaftsgrundstücke mit einem Erbbaurechte schließen zu wollen. Das Erbbaurecht gestattet seiner Wesenheit nach eine derartige Belastung nicht. Denn es ist Gebrauchsrecht und umfaßt als solches das Grundstück unmittelbar.

§ 1016. OLG **18** 144 (Colmar). Das Fortbestehen des Erbbaurechts beim Untergange des Bauwerks ist dem Erbbaurechte des BGB. keineswegs wesentlich, kann vielmehr durch Vertrag ausgeschlossen werden.

§ 1017. Fröhlich, BreslauAK. **09** 37. Das Aufgebot eines Erbbaurechts wird zulässig sein, wenn seit der letzten Eintragung im Grundbuche, welche auf das aufzubietende Recht sich bezieht (und der Mitwirkung des Berechtigten bedurfte) zehn Jahre verstrichen sind, und glaubhaft gemacht wird, daß der Berechtigte verschollen oder tot ist und seine Rechtsnachfolger unbekannt sind und daß das Recht auch nicht in den letzten zehn Jahren vor Stellung des Antrags auf Erlaß des Auf-

gebots in einer nach § 208 BGB. zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. .... Ebenso kann, wenn ein vererbliches und veräußerliches Recht zur Gewinnung der auf einem Grundstücke vorkommenden — der Verfügung des Grundeigentümers unterliegenden — Mineralien noch vor dem 1. Januar 1900 im Grundbuch eingetragen worden ist, das Aufgebot des Berechtigten zwecks Ausschließung durch die Landesgesetzgebung zugelassen werden.

2. v. Henle, R. **09** 418. Ein Erbbaurecht kann nicht Gegenstand der Beleihung mit Mündelgeldern sein.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Begründung und Aufhebung der Grunddienstbarkeit. 1. **a)** BayObLG. 30. 4. 09, BayObLG. **10** 199. Zur Erwerbung von Wegrechten für eine Gemeinde durch Ersitzung und unvordenkliche Verjährung bedurfte es nach dem Gemeinen Rechte und dem Bayerischen Landrechte nicht des Nachweises besonderer Besitzhandlungen der gesetzlichen Vertreter der Gemeinde, sondern es genügte, daß die Wegfläche während des maßgebenden Zeitraums dem öffentlichen Verkehr als gemeindlicher Weg gewidmet war, daß die auf dem Wege Verkehrenden sich dazu deswegen für befugt erachteten, weil er zu den öffentlichen Gemeindewegen gehöre, und die Eigentümer der Wegfläche die Benutzung geduldet haben, weil sie sie aus diesem Grunde für rechtmäßig hielten. **b)** SeuffA. **64** 448, SchlHolstAnz. **09** 241 (Kiel). Durch die allgemeine Benutzung eines Weges oder dessen Benutzung in der Meinung, daß er öffentlich sei, wird keine private Wegegerechtigkeit erworben.

2. **RG.** 23. 6. 09, SeuffA. **64** 450. Eine Grunddienstbarkeit alten preußischen Rechtes erlischt durch Nichtgebrauch, nicht schon durch fehlerhaften Gebrauch.

II. Inhalt der Grunddienstbarkeit im allgemeinen. 1. OLG. Darmstadt, OLG. **18** 227, RJA. **10** 72, R. **09** Ziff. 2601, HessRspr. **9** 180; ZBlFG. **10** 118. Unter den „Handlungen" des § 1018 sind nur solche zu verstehen, welche kraft des Eigentums am belasteten Grundstück an sich erlaubt sind und eine Benutzung dieses Grundstücks, ein Verfahren mit ihm, eine Wirkung auf dasselbe gemäß § 903 enthalten. Innerhalb dieser Grenzen ist aber die Bestimmung des Inhalts der Dienstbarkeit durchaus der freien Vereinbarung der Beteiligten überlassen. Ihr Inhalt kann daher gerade so mannigfaltig sein, wie die aus dem Eigentume sich ergebenden Benutzungsarten des dienenden Grundstücks (OLG. **5** 155, **15** 371, RJA. **3** 148, KGJ. **36** A 216). Das Wohnen auf einem bebauten Grundstücke, die Gewährung einer Wohnung in einem auf dem Grundstück errichteten Gebäude ist aber eine aus dem Eigentume fließende Benutzung des Grundstücks, gleichviel, ob der Eigentümer das Gebäude selbst bewohnt oder auf Grund eines Mietvertrags oder eines sonstigen Rechtsgeschäfts einem Dritten das Gebäude oder Teile des Gebäudes zu diesem Zwecke überläßt. .... Auch dann, wenn die Handlungen nicht ausschließlich auf dem Eigentume beruhen, können sie Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. Denn das Verbot richtet sich in diesem Falle nur gegen die aus dem Eigentume fließenden Befugnisse und läßt die Handlungsfreiheit des Eigentümers und die Freiheit seines Gewerbebetriebs rechtlich unberührt. Die aus dem Verbote sich allerdings ergebende tatsächliche Beschränkung dieser Freiheit, z. B. der Befugnis, Mietverträge nach freiem Belieben abzuschließen, kann das Verbot in der bezeichneten Richtung und damit die Bestellung einer ihm entsprechenden Dienstbarkeit nicht ungültig machen.

2. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 49. Eine Grunddienstbarkeit kann auch in der Weise begründet werden, daß auf Ausübung der an sich aus dem

Eigentume sich ergebenden Rechte verzichtet wird. (Verzicht auf das nach Lübischem Rechte bestehende Recht, Fenster nach dem Nachbargrundstücke zu haben.)

3. OLG. **18** 147 (KG.). Eine Grunddienstbarkeit kann die Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu einer Leistung nach dem Rechte des BGB. (abgesehen von den Fällen des §§ 1021, 1022) nicht begründen (vgl. KGJ. **20** 94).

4. OLG. **18** 227, RJA. **10** 72 (Darmstadt). Unter einem Rechte, das sich aus dem Eigentum am Grundstück einem anderen Grundstücke gegenüber ergibt, versteht das Gesetz in erster Reihe die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, die durch die §§ 904—923 begründet sind, und zwar nach ihrer aktiven wie nach ihrer passiven Seite, indem die Befugnis des Eigentümers ausgeschlossen sein kann, die gesetzlich zulässigen Einwirkungen auf ein anderes Grundstück vorzunehmen, aber auch die Befugnis, die an sich unzulässigen Einwirkungen eines anderen Eigentümers auf das eigene Grundstück auf Grund des negatorischen Anspruchs gemäß § 1004 zu untersagen.

III. Einzelne Fälle. 1. **RG.** 2. 10. 09, JW. **09** 688. Die Eigentümer zweier Grundstücke können sich gegenseitig eine Grunddienstbarkeit derart einräumen, daß jeder von ihnen verspricht, nur selbst und nur von und zu seinem ausdrücklich benannten Grundstück auf seinem Einfahrtsteil zu gehen und zu fahren und nur andere Bewohner dieses Grundstücks so gehen und fahren zu lassen, dagegen aus und zu etwaigen anderen Grundstücken weder selbst über eine bestimmte Einfahrt zu gehen oder zu fahren, noch andere Bewohner solcher Grundstücke darüber verkehren zu lassen, wie dies ihnen an sich kraft ihres Eigentumsrechts erlaubt gewesen wäre.

2. BayObLG., R. **09** Ziff. 3370. Der Verzicht auf Schadensersatz für Funkenflug gegenüber der Eisenbahnverwaltung kann sowohl nach PrALR. wie nach BGB. als Grunddienstbarkeit angesehen werden.

3. HansGZ. **09** Beibl. 113 (Hamburg). Nach dem Rechte des BGB. kann die Verpflichtung, eine Uferbefestigung „herzustellen", nicht Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein.

IV. Das Straßenanliegerrecht. 1. **RG.** 16. 12. 08, JW. **09** 87, GruchotsBeitr. **53** 847. Das von den Gesetzen nicht ausdrücklich gegebene, sondern von der Rechtsprechung des RG. erst entwickelte preußische, der Dienstbarkeit ähnliche Straßenanliegerrecht ist keiner unbegrenzten Ausdehnung fähig, sondern darf nur unter den seinem Wesen entsprechenden, von den Gerichtshöfen gesetzten Bedingungen zugesprochen werden. Wie man auch die Entstehung und das Wesen dieses Rechtes auffassen mag, in jedem Falle gehört zu seiner Begründung eine der Außenwelt deutlich erkennbare Willenskundgebung der Stadtgemeinde, daß sie die betreffende Straße endgültig für den öffentlichen Verkehr bestimmt habe.

2. **RG.** 2. 12. 08, **RG. 70** 77, JW. **09** 63, R. **09** Ziff. 274. Bei einer Privatstraße kann das Wegerecht der an der Straße gelegenen Häuser nur die Form einer der Eintragung unterliegenden Grundgerechtigkeit annehmen. Ist dagegen eine Straßenanlage von den Beteiligten dem öffentlichen Verkehre gewidmet worden (JW. **96** 89 Ziff. 102, **RG. 48** 299), dann ist, wenn nicht Besonderes bestimmt wurde (JW. **03** 387 Ziff. 16), davon auszugehen, daß das Nutzungsrecht der an der Straße angebauten Häuser die Eigenschaft des Anliegerrechts bei öffentlichen Straßen in städtischen und ländlichen Ortschaften haben soll. .... Es ist aber nicht angängig, das Straßenanliegerrecht für eine Grundgerechtigkeit zu erklären und allen Bestimmungen über Grundgerechtigkeiten, insbesondere der Eintragungspflicht, zu unterwerfen. Das in den grund-

legenden Entscheidungen des RG. (**RG. 7** 213, **10** 271, **37** 252, **44** 282 u. a.) konstruierte Anliegerrecht ist dort zwar als ein servitutisches oder servitutähnliches Recht bezeichnet, es ist aber keineswegs in allen Beziehungen als Grundgerechtigkeit behandelt worden. Der Hauptton wurde auf die privatrechtliche Natur des durch den Anbau an einer öffentlichen Straße entstandenen, dem Vermögensrechte angehörigen Nutzungsrechts an dieser Straße gelegt; diese privatrechtliche Natur aber bleibt bestehen, auch wenn man den zur Begründung herangezogenen Vertrag nicht den privatrechtlichen Vorschriften, sondern ausschließlich den Vorschriften des öffentlichen Rechtes unterstellt (§§ 36 ff., 65 ff. ALR. I. 8 und FluchtlG. vom 2. Juli 1875). Es unterliegt keinem Zweifel und ist in der Rechtsprechung des RG. anerkannt, daß es für die Frage, ob ein klagbarer Anspruch vorliegt, nicht auf den Ursprung des Rechtes ankommt. Auch Ansprüche, die im öffentlichen Rechte wurzeln und öffentlich-rechtlichen Vorgängen (Gesetzen, Privilegien, Konzessionen, vertragsähnlichen Genehmigungen und Übereinkommen) ihre Entstehung verdanken, haben privatrechtliche Natur und sind dem Rechtswege zugänglich, wenn sie dem Vermögensrecht angehören und der Rechtsweg nicht durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist (vgl. **RG. 22** 288, **25** 330, **41** 272, **57** 352, GruchotsBeitr. **52** 439). Baut sich jemand in Gemäßheit der bestehenden Vorschriften an einer öffentlichen Straße an, so hat er auch den Anspruch auf Schutz in der ihm in Aussicht gestellten Benutzung der Straße, und dieser Anspruch, bei dem erhebliche Vermögenswerte in Frage stehen, ist wesentlich vermögensrechtlicher Natur. Ob man die Vorgänge, die dem Anbau vorausgehen, als einen Vertrag oder vertragsähnlichen Rechtsakt auffassen will, ist nicht von entscheidender Bedeutung, man kann den Anspruch auf Rechtsschutz und den Anspruch selbst auch unmittelbar aus dem Gesetz ableiten.

3. ElsLothJZ. **09** 316 (Colmar). Die auf der Beitragspflicht der Anlieger zu den Straßenbaukosten beruhenden Leistungen sind nach § 10 Abs. 1 Ziff. 3 ZVG. v. 24. März 1897 nicht bloß den Besitzer zur Zeit der amtlichen Fertigstellungserklärung persönlich treffende, sondern auch dingliche, auf dem Grundstücke selbst ruhende Lasten. Derjenige, der nach amtlich erklärter Fertigstellung der Straße das Grundstück erwirbt, wird neben der Übernahme der dinglichen Lasten, wenn dies nicht besonders vereinbart ist, nicht auch persönlich zu den erwähnten Leistungen verpflichtet und hat daher mangels solcher Vereinbarung im Falle der Erfüllung hierwegen einen Ersatzanspruch an den Vorbesitzer. Die allgemeine Klausel im Kaufvertrag: „daß die gekaufte Liegenschaft so übergeht, wie sie sich befindet, insbesondere mit allen Rechten und Pflichten", kann nicht mit unbedingter Sicherheit dahin ausgelegt werden, daß sich der Käufer zur Bezahlung des bereits während der Besitzzeit seines Rechtsvorgängers fällig gewordenen und von ihm im Rückstande gelassenen Straßenbaukostenbeitrags habe verpflichten wollen.

§ 1019. OLG. Hamburg, HansGZ. **09** Beibl. 223, R. **09** Ziff. 2266. Eine Grunddienstbarkeit ist nur zulässig, wenn sie dem berechtigten Grundstücke Vorteil bringt. Ein rein öffentliches Interesse, z. B. aus sanitätspolizeilichen Gründen, reicht dazu nicht aus. — Die dem Staate gegenüber übernommene Verpflichtung, Kellerfußböden auf eine gewisse Höhenlage zu bringen, ist demgemäß keine eintragungsfähige Dienstbarkeit.

§ 1020. 1. OLG. **18** 148 (KG.). Der § 1020 schreibt schonende Ausübung vor. Es darf nicht Ausübung und Inhalt der Grundgerechtigkeit verwechselt werden. Die Pflicht des § 1020 kann nicht zu einer inhaltlichen Verengung des Rechtes führen (DJZ. **07** 130). Ob eine Maßnahme des Eigentümers das dingliche Recht in seiner Wesenheit berührt, ist Tatfrage (GruchotsBeitr. **48** 955).

2. **RG.** SeuffA. **64** 313, R. **09** Ziff. 3779, PosMSchr. **09** 145. Je empfindlicher der Verpflichtete von den mit der Ausübung der Grundgerechtigkeit verbundenen Nachteilen betroffen wird, um so mehr darf er verlangen, daß auf sein Interesse eine

billige Rücksicht genommen, und daß einer solchen Veränderung des bestehenden Zustandes kein Widerspruch entgegengesetzt wird, die eine Schädigung oder Belästigung des Berechtigten nicht besorgen läßt.

§ 1023. **RG. R. 09** Ziff. 275. Auf einem Wirtschaftsgrundstücke mit Schießhalle, Schießstand, Schießbahn und Kugelfang war für eine Schützengilde das dingliche Recht eingetragen, daß der Besitzer des Wirtschaftsgrundstücks zu dem Königsschießen der Schützengilde den benötigten Raum auf dem Grundstücke — die vorbezeichnete Schießanlage — einzuräumen habe. Zur Anlage einer Eisenbahn wurde mitten aus der Schießbahn ein Streifen enteignet. § 1023 ist hier nicht anwendbar.

§ 1025. **RG. R. 09** Ziff. 276. Der hier für die Grunddienstbarkeiten und die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen Reallasten ausgesprochene Satz gilt, weil dem Wesen der Sache entsprechend und bei der Gleichheit des Grundes, auch für subjektiv-dingliche und objektiv-persönliche Rechte.

§ 1027. 1. a) **RG. R. 09** Ziff. 1315. Das RG. läßt dahingestellt, ob ein zur Anstellung einer konfessorischen oder negatorischen Klage berechtigender Eingriff in eine Realkruggerechtigkeit darin gefunden werden kann, daß der mit Erteilung von Schankkonzessionen betraute Kreisausschuß und ebenso die zur Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren darüber berufenen Verwaltungsgerichte die behauptete Realgerechtigkeit verneint haben. **b)** OLG. **18** 143 (Kiel). Wenn eine Beeinträchtigung des dinglichen Krugrechts durch Ablehnung der Wirtschaftskonzession erfolgt, so handelt es sich nicht um eine dem Privatrecht angehörige „Beeinträchtigung" im Sinne des § 1004. Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte stellen sich vielmehr als Akte des staatlichen Hoheitsrechts dar.

2. **RG. R. 09** Ziff. 75. Wenn infolge der Tieferlegung einer Straße zur Erhaltung der Verbindung eines anliegenden Hausgrundstücks mit der Straße vor dem Hause Treppenstufen angelegt werden müssen und die Möglichkeit, mit Ziehkarren auf den Hof des Grundstücks zu gelangen, wegfällt, so ist dem Hauseigentümer dafür Ersatz zu leisten. Dagegen kann für die Nachteile, welche durch die Vorüberführung der Schienengeleise einer Straßenbahn etwa entstehen, eine Entschädigung nicht beansprucht werden.

3. OLG. **18** 147 (Hamm). Aus dem Viehtreibungsrechte folgt nicht die Befugnis, den Hofraum des Klägers zu verunreinigen. Eine vorübergehende Verunreinigung läßt sich allerdings nicht vermeiden; ihr kann nicht mit der Eigentumsfreiheitsklage entgegengetreten werden. Dagegen ist in dem Umstande, wenn die Verunreinigung nicht alsbald beseitigt wird, eine Beeinträchtigung des Eigentums zu erblicken, deren Unterlassung der Kläger mit Recht begehrt. Die Pflicht des Beklagten zur alsbaldigen Beseitigung der Verunreinigung folgt auch aus § 1020.

4. OLG. **18** 149 (Kiel). Der Wegeberechtigte, der den Weg verlegen läßt, braucht die infolgedessen vermehrten Belästigungen seines Grundstücks nicht zu dulden.

5. OLG. **18** 149 (Cöln). Die Feststellung einer Grundgerechtigkeit, die auf einem Grundstücke mehrerer Personen haftet, kann nur einheitlich gegenüber sämtlichen Miteigentümern des in Anspruch genommenen Grundstücks erfolgen. Ebenso wie ein Miteigentümer allein eine Grunddienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Grundstücke nicht einräumen kann, sondern seine Erklärung erst dann wirksam ist, wenn sämtliche übrigen Miteigentümer zustimmen, ebensowenig kann einem Miteigentümer allein gegenüber das Bestehen einer Grunddienstbarkeit gerichtlich festgestellt werden. Es muß gegen alle zusammen geklagt werden, die Miteigentümer sind nur in ihrer Gesamtheit gegenüber einem solchen Anspruche passiv legitimiert.

§ 1029. *Lenz, ABürgR. **33** 378. Die Meinung, welche in der Zuerkennung eines besonderen possessorischen Schutzes an die Ausübung von Dienstbarkeiten die Aufstellung eines besonderen Rechtsbesitzes durch das BGB. gegeben sieht, wird zurückgewiesen; andere Fälle des Reichszivilrechts — wie Notwegrecht und

Halten einer Anlage auf dem belasteten Grundstücke — werden auf ihren quasi-possessorischen Gehalt untersucht. — Im übrigen sucht die Arbeit, unter Darstellung der Geschichte und des Wesens des Rechtsbesitzes, die Frage nach der Fortgeltung des Instituts im vorbehaltenen Landesrecht und nach seiner zukünftigen dogmatischen Behandlung erschöpfend zu beantworten.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. Wesen des Nießbrauchs. (Vgl. JDR. **3** und 5.) a) OLG. **18** 150 ff. (KG.). Abweichend von der Hypothek ist der Nießbrauch als dingliches Recht, wenn er einmal begründet ist, unabhängig von dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnis, auch wenn er nur zur Sicherung eines solchen bestellt wurde. Sein Inhalt und seine Dauer richtet sich nur nach dem Gesetz und der Eintragung. Wird bei der Bestellung vereinbart, daß der Nießbraucher ihn aufgeben muß, sobald er wegen seiner Forderungen befriedigt sei, so betrifft dies nur das obligatorische Rechtsverhältnis und begründet nur eine obligatorische Verpflichtung des Nießbrauchers, das dingliche Recht wieder aufzugeben, macht aber, wenn der Nießbrauch ohne Zufügung einer Bedingung eingetragen ist, das dingliche Recht nicht zu einem auflösend bedingten oder betagten. b) KGBl. **09** 44 (KG.). Die dingliche Wirksamkeit des Nießbrauchs an einem Grundstücke wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Grundstückseigentümer den obligatorischen Anspruch auf Aufhebung des Nießbrauchsvertrags hat.

2. **RG.** JW. **09** 725 f. Die Einräumung der Verwaltung und des Nießbrauchs am gegenwärtigen Vermögen an einen Gläubigerausschuß zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger ist nicht nach §§ 1030, 311 zu beurteilen.

§ 1047. **RG.** JW. **09** 726 f. Indem § 1047 den Nießbraucher verpflichtet, auf der Sache ruhende privatrechtliche Lasten, insbesondere Hypothekenzinsen, zu tragen, legt er ihm diese Lasten in der Gestalt und mit dem Inhalt auf, die sie schon bis dahin gehabt haben. Besteht die Last in der Verbindlichkeit zu Leistungen an einen Dritten, so hat der Nießbraucher eben diese Verbindlichkeit an Stelle des Eigentümers zu erfüllen. Die Verpflichtung zur Lastentragung ist nicht davon abhängig, daß die Lasten nicht die vermöge des Nießbrauchs gezogenen Nutzungen übersteigen.

§ 1056. 1. OLG. **18** 152 ff. (KG.). Wird die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen, so erlangt dieser hierdurch die Befugnis, den Nießbrauch, soweit ihm dessen Ausübung übertragen ist, kraft eigenen Rechtes geltend zu machen, und die Übertragung schließt zum mindesten die Übereignung derjenigen Rechte in sich, die dem Nießbraucher hinsichtlich des Fruchterwerbes zustehen.

2. ElsLothZ. **09** 254 (Colmar). Die Erben der Nutznießerin einer Wirtschaft, welche diese verpachtet hat, sind nach dem Tode ihrer Erblasserin nicht zur Kündigung des Pachtvertrags berechtigt, wenn dieser nicht bloß auf die Zeit ihrer Nutznießung abgeschlossen worden ist.

3. a) OLG. **18** 150 ff. (KG.). Das Kündigungsrecht des § 1056 ist nicht auf den ersten Termin, für den die Kündigung zulässig war, beschränkt. (Vgl. Niendorff, Mietrecht 319). b) BreslauAK. **09** 33 (Breslau) wendet den § 1056 analog auf den nutzbaren Eigentümer an.

4. OLG. **18** 150 ff. (KG.). Nichts berechtigt dazu, im § 1056 bei den Worten: „Verzichtet der Nießbraucher auf den Nießbrauch" den Begriff des Verzichts auf das dingliche Recht in einem engeren Sinne, als dem gewöhnlichen, zu verstehen und zwischen einem freiwilligen und einem unfreiwilligen oder dem Besteller gegenüber unentgeltlichen Verzicht zu unterscheiden, da das Gesetz nicht unterscheidet. Aus

dem Zusammenhange, dem Zwecke und der Entstehung des § 1056 ergibt sich nichts dafür, daß der Gesetzgeber sich nur im Ausdrucke vergriffen habe.

§ 1066. LG. Metz, ElsLothNotZ. **09** 381. Der Eigentümer eines Grundstücks kann auch an einem ungeteilten Teile desselben ein Nießbrauchrecht bestellen. Vgl. Fuchs, § 1066 Note II b.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§ 1085. Nießbrauch an einem Handelsgeschäfte. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 3 und 5). **RG.** 26. 1. 09, **70** 232, R. **09** Ziff. 1138. Der Inhaber eines Handelsgeschäfts kann sich wirksam durch Vertrag verpflichten, einen Nießbrauch an dem Geschäfte zu bestellen. Die dingliche Bestellung des Nießbrauchs ist jedoch nur in Gestalt der Bestellung des Nießbrauchs an den einzelnen diesem Rechte zugänglichen Bestandteilen des Geschäfts vollziehbar. Soweit diese Rechtsvollziehung nicht reicht, kann nur tatsächliches obligatorisches Gewähren aushelfen. Ein Nießbrauch an dem Handelsgeschäft als Einheit besteht rechtlich nicht.

§§ 1086, 1087. **RG.** 27. 3. 09, **70** 348. Die Rechte aus den §§ 1086, 1087 sind keine dinglichen Rechte, sondern Forderungsrechte. Denn der Berechtigte ist der Nießbrauchbesteller als solcher, nicht der Eigentümer. Es sind Legalobligationen.

§ 1086. **RG.** 27. 3. 09, **70** 348, SeuffA. **64** 410 ff. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs bezieht sich nur auf die dingliche Rechtslage des Grundstücks. Das nach § 1086 Satz 1 und § 1089 den Gläubigern des Nießbrauchbestellers oder den Nachlaßgläubigern zustehende Befriedigungsrecht ist aber auch insoweit, als zu den dem Nießbrauch unterworfenen Gegenständen eine Sache, ein Grundstück gehört, kein dingliches Recht und mithin auch kein den Nießbrauch dinglich einschränkendes Recht. Der Nießbraucher ist vielmehr den bezeichneten Gläubigern gegenüber schuldnerisch verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in die Sache, das Grundstück, zu dulden; erst die Vornahme der Zwangsvollstreckung bringt den bis dahin voll zu Recht bestehenden Nießbrauch zum Erlöschen. Daraus ergibt sich, daß das Befriedigungsrecht aus §§ 1086, 1089 einer Eintragung in das Grundbuch weder bedürftig noch fähig ist, ferner aber auch, daß die einfache Eintragung des Nießbrauchs selbst nicht deshalb als eine wegen Unvollständigkeit unrichtige bezeichnet werden kann, weil sie nicht das Vorhandensein des Gläubigerrechts aus § 1086 ersehen läßt. Eine Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist hier daher ausgeschlossen.

§ 1088. *Reichel, Schuldmitübernahme 106 ff. Durch § 1088 wird eine gesetzliche Schuld mit übernahme (kumulative Schuldübernahme) begründet. — 107: Der § 1088 (vgl. § 1089) gilt auch im Falle des Erb teils nießbrauchs.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. I. Inhalt der Dienstbarkeit im allgemeinen. 1. OLG. Darmstadt, OLG. **18** 227, RJA. **10** 72, HessRspr. **9** 180, ZBlFG. **10** 118. Eine Grunddienstbarkeit kann nach § 1019 nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten einen Vorteil bietet, mindestens bieten kann. Dieser Vorteil muß ein wirtschaftlicher sein, ein solcher, an dessen Erreichung für das Grundstück der Berechtigte ein privatrechtliches Interesse hat. Der gleiche Grundsatz gilt gemäß § 1090 auch für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Allerdings nennt der Abs. 2 unter den entsprechend anzuwendenden Vorschriften den § 1019 nicht. Allein dieser bezeichnet eine für das Wesen der Grunddienstbarkeit unerläßliche Voraussetzung.

2. BayObLG., BayObLG. **9** 418. Nach dem Preußischen Allgemeinen Landrechte können auch zugunsten einer Person Rechte begründet werden, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden können. Namentlich ist es nach dem PrALR. zulässig, die Grundstücke eines Gutes mit einer beschränkten

persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts zu belasten, daß der jeweilige Eigentümer des Gutes oder eines der Grundstücke, die zur Zeit der Belastung dazu gehörten, auf ihnen bestimmte Handlungen nicht vornehmen, z. B. darauf einen Steinbruch oder ein Schotterwerk nicht betreiben darf. Der Berechtigte kann die ihm danach zustehende Befugnis auch gegen einen Eigentümer des Gutes oder eines der dazu gehörenden Grundstücke, der zur Zeit des Eigentumserwerbes die Belastung nicht gekannt hat, und zwar selbst dann ausüben, wenn sie im Hypothekenbuche nicht eingetragen ist.

II. Einzelne Fälle. 1. KG., KGJ. **36** A 216, R. **09** Ziff. 277. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann den Inhalt haben, daß auf dem Grundstücke nur Familien des Arbeiterstandes, und zwar nicht mehr als drei Familien wohnen dürfen, daß Kostgänger nicht gehalten werden dürfen, daß keine Schankwirtschaft und kein Kleinhandel mit geistigen Getränken auf dem Grundstücke betrieben werden darf und daß der Dienstbarkeitsberechtigte das Grundstück nur zum Zwecke der Besichtigung betreten darf.

2. Krückmann, ZBlFG. **9** 464. Zum Schutze des Eigentumvorbehalts darf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen werden.

III. Darüber, daß das BGB. bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einen Rechtsbesitz nicht kennt, s. oben zu § 1029.

IV. Irreguläre Personalservituten. **RG.** R. **09** Ziff. 119. Das gemeine deutsche Privatrecht hat — Foerster-Eccius (7) III 355, Dernburg, Preuß. Privatrecht (3) III § 196 II, Gierke II 631 Anm. 47 — den römischrechtlichen Prädial- und Personalservituten eine dritte Art von Rechten, nämlich die sog. irregulären Personalservituten, an die Seite gestellt. Zu ihnen zählen die regelmäßig auf lange Dauer und auf den Übergang von Hand zu Hand berechneten Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen, darunter in Schlesien die vom Grundeigentümer bestellten Eisenerzförderungsrechte. Daß Rechte dieser Art rechtswirksam bestellt werden konnten, ist von **RG. 59** 289, JW. **07** 326[2] anerkannt worden. .... Mag auch infolge einer fideikommissarischen Bindung der jedesmalige Besitzer der Herrschaft der Berechtigte sein, so gereicht immerhin das Recht nur ihm persönlich zum Vorteil, und es dient nicht den wirtschaftlichen Bedürfnissen der zur Herrschaft gehörigen Grundstücke; der Besitzer braucht das gewonnene Eisen nicht für die Grundstücke und nicht einmal auf ihnen zur Verwendung zu bringen, er ist vielmehr zu jeder beliebigen Verwendung und auch zum Verkaufe befugt. Trotz der Verbindung mit dem Besitze der Herrschaft bleibt daher dem Rechte die Eigenschaft eines persönlichen Nutzungsrechts gewahrt.

§ 1093. 1. BayObLG. **10** 162 (BayObLG.). Dasselbe Gebäude kann mit mehreren Wohnungsrechten in der Weise belastet werden, daß jeder Berechtigte durch die Mitbenützung der anderen Berechtigten beschränkt ist. Ein Gemeinschuldverhältnis besteht zwischen den Berechtigten nicht.

2. Sievert, BadNotZ. **09** 159 ff. Bei der Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit des § 1093 BGB. für mehrere Berechtigte entsteht keine Rechtsgemeinschaft, sondern es wird für jeden Berechtigten ein selbständiges Recht begründet.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. Literatur: Lewandowski, Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks der Formvorschrift des § 313 BGB.? GruchotsBeitr. **53** 565—635.

1. Lewandowski, GruchotsBeitr. **53** 565—635. (593) Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich nach der praktischen Richtung hin in drei wesentlichen Punkten vom persönlichen Vorkaufsrechte: 1. Einmal ist seine Bestellung ausschließ-

lich auf Grundstücke und das diesen gleichgestellte Erbbaurecht beschränkt (§ 1094 BGB.); das persönliche Vorkaufsrecht kann dagegen an allen Arten von Gegenständen begründet werden. 2. Sodann kann das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere und alle Vorkaufsfälle bestellt werden, erweitert also gegenüber dem persönlichen Vorkaufsrechte, das nur für einen Verkaufsfall begründet werden kann, den Kreis der Vorkaufspflichtigen, indem es nicht nur den ursprünglichen Besteller, sondern auch dessen Rechtsnachfolger verpflichtet (§ 1097). 3. Das dingliche Vorkaufsrecht reicht an dritte Erwerber heran; dieser Punkt ist das Hauptkriterium. . . . . (600) Soll das dingliche Vorkaufsrecht Dritten gegenüber die dinglichen Wirkungen eines durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs haben, und sollen in dem Verhältnisse zwischen Berechtigten und Verpflichteten die Bestimmungen des obligatorischen Vorkaufsrechts maßgebend sein, so läßt eine solche Fassung des Gesetzes ihrer ganzen Entstehungsgeschichte nach nur den Rückschluß zu, daß dem vorgemerkten Übereignungsanspruche dann auch die obligationsrechtlichen Wirkungen der Vormerkung, wie sie zwischen dem Vorgemerkten und dem durch die Vormerkung betroffenen Eigentümer bestehen, zugute kommen, d. h. bei der eigenartigen Natur des dinglichen Vorkaufsrechts, daß in den Beziehungen, die durch die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts zwischen dem vorkaufspflichtigen Eigentümer und dem Berechtigten begründet werden, neben dem dinglichen zugleich auch ein obligatorisches Schuldverhältnis, „das obligatorische Vorkaufsrecht", entstehen und durch das dingliche Recht dingliche Sicherung erlangen soll. . . . . (608) Das dingliche Vorkaufsrecht umfaßt also begrifflich ein obligatorisches Vorkaufsrecht, welches dem der §§ 504 ff. wesensgleich (identisch) ist. Es enthält weder eine bedingte, noch eine betagte Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, sondern ist gleich jenem ein unbedingtes Recht und als Gestaltungsrecht anzusprechen; ausgeübt äußert es die oben gezeigten obligatorischen Wirkungen. Dieses obligatorische Recht ist im Verhältnisse zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem vorkaufspflichtigen Eigentümer dinglich gesichert durch die Ausgestaltung als Grundstücksbelastung. Diese Grundstücksbelastung ist inhaltlich analog der Reallast gestaltet und unterliegt als dingliches Recht den allgemeinen Regeln des Grundbuchrechts. Dritten gegenüber, d. h. allen denjenigen, welche nicht als Verpflichtete im Sinne des Abs. 1 des § 1098 anzusehen sind, insbesondere dem dritten Käufer gegenüber, hat das Vorkaufsrecht die Bedeutung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts künftig entstehenden Auflassungsanspruchs. Dies hat zur Folge, daß alle nach der Eintragung des Vorkaufsrechts über das Grundstück getroffenen Verfügungen insoweit unwirksam werden, als sie das Vorkaufsrecht vereiteln und beeinträchtigen würden (§ 883 Abs. 2 BGB.). . . . . (609) Insoweit hiernach die dinglich Berechtigten dem Vorkaufsrechte weichen müssen, haben sie gemäß § 888 BGB. die Zustimmung zur Löschung ihrer Rechte zu geben.

2. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrechte 40. Das Vorkaufsrecht kann mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen. Unter ihnen besteht sodann eine Rechtsgemeinschaft, deren Natur nicht unbestritten ist. Nach Kretzschmar kann sie eine Gemeinschaft zu ungeteilter Hand oder aber eine solche zu Bruchteilen sein, während Predari nur die erste Alternative gelten läßt und dies damit begründet, daß das Recht nur im ganzen ausgeübt werden kann. Die Ansicht Predaris dürfte das Richtige treffen. Daß es sich um keine Bruchteilsgemeinschaft handelt, erklärt sich unschwer aus der Natur des Vorkaufsrechts. Nähme man eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an, so könnte das Vorkaufsrecht gemäß § 747 BGB. zu einem Bruchteil ausgeübt werden. Wie dies aber ausführbar sein sollte, ist undenkbar. Es bleibt also nur noch übrig, eine Gemeinschaft anzunehmen, bei der Bruchteile nicht hervortreten. Damit soll jedoch nicht behauptet werden, daß ein Gesamtschuldverhältnis besteht, da ein solches nur in den Fällen

der Gesellschaft, Güter- und Erbengemeinschaft anerkannt ist. Es liegt darum nur ein der Gesamthand gleichgeartetes, ähnliches Rechtsverhältnis vor.

3. Deumer, SächsRpflA. **09** 273. Welche Bedeutung kommt einem eingetragenen Vorkaufsrechte zu, das sich eine Rittergutsherrschaft bei der sogenannten Lehnsreichung nach älterem sächsischen Rechte vorbehalten hat?

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. Literatur: Dümchen, Das Wesen der Grundpfandrechte, IheringsJ. **54** 355 ff.

I. Wesen der Reallast. *Dümchen, IheringsJ. **54** 355 ff.: Die Reallasten sind wesensgleiche Gebilde wie die Grundpfandrechte (vgl. den Bericht zu § 1113 Ziff. I 1). Sie unterscheiden sich von ihnen nur durch die Art der geschuldeten Leistung. Begrifflich ist in der Reallast zu scheiden die Pfandschuld, d. h. die dem Eigentümer auferlegte Leistungspflicht, und die Sachhaftung, d. h. das durch Klage und Zwangsvollstreckung zu realisierende dingliche Verwertungsrecht. Auf die Reallastschuld sind die Rechtssätze des Obligationenrechts, soweit sie Inhalt und Umfang der Obligationsschuld regeln, analog zu übertragen, es sei denn, daß besondere Gründe, insbes. die Einrichtung des Grundbuchs dem entgegenständen. Auf Grund dieser Konstruktion wird 418 ff. der Aufbau und die gesetzliche Ausgestaltung der Reallasten behandelt. 421 ff. wird der mögliche Gegenstand und der Inhalt der Reallastschuld sowie die Zulässigkeit und Wirkung von Einreden erörtert. Reallasten, die auf ein fortdauerndes Verhalten gerichtet sind, werden für zulässig, dagegen solche auf Unterlassungen für unstatthaft erklärt. Das dem Schuldner gesetzlich zustehende oder vertraglich eingeräumte Ablösungsrecht wird als facultas alternativa aufgefaßt; dem Gläubiger wird ein verfolgbarer Anspruch auf die Ablösungssumme versagt. 446 ff. wird der Gegenstand und der Inhalt des Haftungsrechts besprochen. Die Durchführung der Haftung ist danach ebenso geregelt wie bei der Hypothek. Bei Lasten, die auf Sach- oder Dienstleistungen gerichtet sind, ist jedoch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erst dann zulässig, wenn die Reallastschuld auf Grund der §§ 280, 283, 286 Abs. 2 BGB. in eine Geldforderung übergegangen ist und für diese ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt. 455 ff. werden die Korrealschuld- und die Korrealhaftungsverhältnisse bei der Reallast erörtert, insbesondere die Regelung der Gesamtreallast. 462 ff. wird die Eigentümerreallast besprochen. S. auch oben zu §§ 241 ff. BGB.

II. Einzelne Fälle. 1. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **09** 200, OLG. **18** 156, ElsLothNotZ. **09** 111. Die Auffassung, daß — im Gegensatze zum Nießbrauch und zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit — das Nebeneinanderbestehen mehrerer sich gegenseitig beschränkenden Reallasten bei Gleichheit der ihren Gegenstand bildenden Leistungen, wie z. B. die Bestellung von Leibrenten zugunsten zweier Ehegatten im gleichen Range, nicht denkbar sei, erscheint unhaltbar. Ein solches Nebeneinanderbestehen ist bei der Reallast ebensogut denkbar wie beim Nießbrauch, und eine gesetzliche Bestimmung steht ihr nicht entgegen. Solange in einem solchen Falle die mehreren Berechtigten leben, wird ihr Verhältnis zueinander ein ähnliches sein wie bei der Gemeinschaft von Rechten überhaupt, und wird der entsprechenden Anwendung des § 745 Abs. 2 BGB. auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, wie sie in den §§ 1024, 1060 BGB. für den Fall des Zusammentreffens von Nutzungsrechten enthalten ist, nichts im Wege stehen.

2. a) OLG. **18** 158 (KG.). Die Reallastnatur, welche das Altenteil hat, schließt mangels besonderer Bestimmungen die Annahme aus, daß die bloße Veräußerung des belasteten Grundstücks den Ausgedinger zum Verlassen des Grundstücks

und zur Forderung der Leistung außerhalb des Grundstücks berechtigte. b) RheinA. **106** 9 (Cöln). Zu dem Wesen des Leibgedingsvertrags im Sinne des Art. 15 pr. AGBGB. v. 20. Sept. 1899 (GS. 177) gehört nicht die dingliche Bindung. Nur muß die Verpflichtung zur Gewährung von Nutzungen und Leistungen zum Unterhalt einer Person rechtlich und wirtschaftlich mit der Übertragung eines Grundstücks zusammenhängen.

3. Thayssen, GruchotsBeitr. **53** 807—827. Die Generalgarantie der Ostpreußischen Landschaft ist als gemeine Last anzusehen. Sie ist daher regelmäßig nicht eintragbar... (820) Eine Ausnahme muß indessen für die landschaftlich beliehenen städtischen Grundstücke gemacht werden. Auf dem Lande kann eine allgemeine Vertrautheit mit den Grundsätzen des landschaftlichen Kreditsystems vorausgesetzt werden, nicht aber in der Stadt, da die landschaftliche Beleihung städtischer, landwirtschaftlich genutzter Grundstücke erst vor verhältnismäßig kurzer Zeit möglich geworden ist und nur in äußerst seltenen Fällen erfolgt. Es scheint daher geboten, die Unterwerfung solcher Grundstücke unter die landschaftliche Generalgarantie den Beteiligten durch einen kurzen, lediglich diese Unterwerfung aussprechenden Vermerk im Grundbuche kenntlich zu machen und vom Eigentümer die nach den Grundsätzen des Grundbuchrechts für die Eintragung erforderliche Bewilligungserklärung zu verlangen. .... Die Eintragung hat in der zweiten Abteilung des Grundbuchblatts („Lasten und Beschränkungen") zu erfolgen.

4. BraunschwZ. **09** 77 (Braunschw.) über die auf dem Gemeindebackhause ruhende Last des Eigentümers, für die Gemeindegenossen gegen einen bestimmten Backlohn zu backen.

§ 1106. 1. R. **09** Ziff. 2417 (Colmar). § 1106 BGB. schließt nicht nur die Belastung eines Grundstücksbruchteils des Alleineigentümers mit einer Reallast aus, sondern verbietet auch, daß der Bruchteil eines Miteigentümers belastet werde.

2. ElsLothNotZ. **09** 302 (Colmar). Wenn ein Miteigentümer zu seinem bisherigen ideellen Anteil an einem Grundstück einen weiteren Bruchteil dazu erwirbt, so kann er nicht gleichzeitig diesen zweiten Bruchteil mit einer Reallast belasten; denn die Reallast wird erst für die Zeit bestellt, zu welcher der Belastende Eigentümer auch des neu erworbenen Anteils am Grundstücke wird.

§ 1107. *Dümchen, JheringsJ. **54** 418 ff.: § 1107 bezieht sich nur auf solche Vorschriften, die im 8. Abschnitt des Sachenrechts enthalten sind, aber nicht auch auf solche, die sich z. B. im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden, z. B. § 197 oder § 289. Daß die betreffenden Rechtssätze ausdrücklich von den Hypothekenzinsen sprechen, ist nicht erforderlich; es genügt, daß sich ihre Anwendbarkeit nicht ausschließlich auf das Hypothekenkapital beschränkt.

§ 1108. RG. 2.1.09, **70** 172. Nach Art. 15 § 1 PrAGBGB. begründet der „Leibgedingsvertrag" für den Erwerber des überlassenen Grundstücks die Verpflichtung, dem Berechtigten eine den übernommenen wiederkehrenden Leistungen entsprechende Reallast und eine den eingeräumten Nutzungs- und Gebrauchsrechten entsprechende persönliche Dienstbarkeit zu bestellen. Ist dies geschehen, so ist damit der Vertrag insoweit erfüllt, und es entspringt dann die Verpflichtung zur Gewährung der in dem Vertrag als Ausgedinge versprochenen Leistungen unmittelbar auf dem Boden der dem Grundstück auferlegten Reallast, wobei es freilich nicht ausgeschlossen erscheint, daß unter besonderen Umständen der Besteller der Reallast außerdem auch persönlich zu den den Gegenstand der Reallast bildenden Leistungen sich verpflichten wollte (vgl. **RG. 45** 189). In der Regel aber haftet für diese Leistungen der Eigentümer als solcher — gleichviel ob er Besteller der Reallast ist oder nicht — persönlich, aber nur für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen (§ 1108 BGB.), für die auch das Grundstück wie für die Zinsen einer

Hypothekenforderung haftet (§ 1107 aaO.). Wenn also der Verpflichtete im Laufe des Rechtsstreits das Grundstück verkauft und aufgehört hat, Eigentümer zu sein, so kann er mit der persönlichen Klage wegen später fällig werdender Leistungen nach § 258 ZPO. zwar belangt, aber nicht verurteilt werden.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Auch in dem letzten Jahre haben die Versuche fortgedauert, die Rechtsnatur der Hypothek und der Eigentümerhypothek zu ergründen; nähere Auskunft über diese Versuche geben die Selbstberichte Dümchens (Nr. I 1 zu § 1113 und Nr. I 1 zu § 1163) und der bei § 1163 (Nr. I 2) aufgenommene Auszug aus einer Abhandlung Herolds. Simon hat den versicherungsrechtlichen Schutz des Hypothekengläubigers zum Gegenstand einer Einzelschrift gemacht (Berichte zu dem § 1127 und den folgenden Paragraphen). Huther hat die Trennung der Zinsenforderung von der Hauptforderung (Nr. III 3 zu § 1115), Grabner den Unterschied zwischen der Zwangsverwaltung aus § 1134 BGB. und der Zwangsverwaltung nach dem Zwangsversteigerungsgesetze (Nr. 4 zu § 1134) behandelt. Auch die Rechtswirksamkeit der sog. Bordellhypothek ist noch immer Gegenstand des Streites (Nr. II 4 zu § 1113). Über die Fassung des Eintragungsvermerkes bei Hypotheken (s. JDR. **6** zu § 1115 Ziff. V 1 und Vorbem. zum 8. Abschn. im 7. Jahrg.) ist eine neue Entscheidung des Kammergerichts ergangen (Nr. VI 1 zu § 1115), die die frühere Entscheidung (JDR. **7** zu § 1115 Ziff. IV 1) abschwächt; gegen die frühere kammergerichtliche Entscheidung richten sich die Ausführungen Rudolphs und Güthes (Nr. VI 2, 3 zu § 1115). Aus der Rechtsprechung sind ferner zwei reichsgerichtliche Entscheidungen hervorzuheben, von denen die erste sich mit dem Wesen der Gesamthypothek und die zweite mit der Frage der Zustimmung des Eigentümers zu der Verteilung einer solchen Hypothek beschäftigt (Nr. I 1 und II 1 zu § 1132). Auch die Rechtsstellung eines Treuhänders bei der Inhaberhypothek ist im Berichtsjahre zweimal Gegenstand oberstrichterlicher Entscheidungen gewesen (Berichte zu § 1189). Endlich ist auch die Lehre von der Höchstbetragshypothek durch die Rechtsprechung in Verbindung mit einigen Abhandlungen gefördert worden (Bericht zu § 1190).

Literatur: Dümchen, Das Wesen der Grundpfandrechte, JheringsJ. **54** 355 ff. — Simon, Der versicherungsrechtliche Schutz des Hypothekengläubigers. — Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht (s. Vorbem. vor der Grundbuchordnung).

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Wesen der Hypothek. 1. *Dümchen, Wesen der Grundpfandrechte, JheringsJ. **54** 355 ff. In dem Grundpfandrechte sind begrifflich zu scheiden die „Pfandschuld", d. h. die dem Grundstückseigentümer auferlegte Leistungspflicht, und die Sachhaftung, d. h. das durch Zwangsvollstreckung zu realisierende Recht am Grundstücke, dessen Geltendmachung dazu bestimmt ist, die Befolgung des an den Eigentümer ergehenden Leistungsgebots zu sichern und nötigenfalls zu ersetzen. Die Pfandschuld tritt bei der Hypothek korreal neben die persönliche Obligation. Wenn auch ihr Inhalt und Umfang in der Regel von der Obligation abhängig ist, so kommt ihr doch eine beschränkte Selbständigkeit zu. Bei der Grundschuld ist die Pfandschuld im Verhältnisse zu der etwa daneben vorhandenen Obligation durchweg selbständig. Begrifflich besteht zwischen der Pfandschuld und der der Obligation zugrunde liegenden persönlichen Schuld (vgl. den Bericht zu § 241) kein Wesensunterschied. Beide sind Leistungsgebote, die an eine bestimmte Person gerichtet sind und auf eine bestimmte Willensbetätigung dieser Person abzielen und als „Privatnormen" in den Dienst des Gläubigers gestellt sind. Diese Gemeinsamkeit rechtfertigt die grundsätzliche Übertragung der Vorschriften des Obligationenrechts, soweit sie sich auf Inhalt und Umfang der Schuld beziehen.

Die Sachhaftung ist dazu bestimmt, einen Druck auf den Willen des Schuldners auszuüben und ihn zur Leistung anzuhalten, nötigenfalls aber auch den erstrebten Erfolg gegen seinen Willen herbeizuführen. Sie charakterisiert sich als ein dingliches Recht am Grundstücke, dessen dingliche Natur nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß der Gläubiger bei der Durchführung der Haftung an die Mitwirkung öffentlicher Organe gebunden ist.

2. KG. 24. 5. 08, OLG. **18** 186. Nach § 1113 ist die Hypothek eine Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist. Die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine Geldsumme zur Befriedigung eines anderen wegen einer diesem anderen zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist, ist nach dem BGB. nicht möglich.

II. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1139. Auf einem Grundstücke war zugunsten der Stiefkinder der Eigentümerin eine Darlehnshypothek eingetragen. Die Beteiligten waren darüber einig, daß ein Darlehen nicht gegeben war. Später kam eine Einigung dahin zustande, daß die eingetragenen Gläubiger auf ein anderes ihnen zustehendes Vermögensstück verzichteten, wogegen die Grundstückseigentümerin die Hypothek als zu Recht bestehend anerkannte. Hierdurch ist die Hypothek zu einer vollwirksamen geworden. .... Allerdings würde, wenn es sich um die Vertauschung der ursprünglich der Hypothek zugrunde gelegten Forderung mit einer anderen zu ihr in sicherstellende Beziehung gebrachten Forderung handeln würde, nach § 1180 Abs. 1 BGB. eine solche Änderung nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, wirksam sein. Durch den Vergleich ist indes nur die bis dahin ausstehende Valutierung der eingetragenen Hypothek nachträglich herbeigeführt worden.

2. **RG.** ZBlFG. **10** 296. Es ist rechtlich zulässig, daß zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Hypothekengläubiger vereinbart wird, daß künftige Forderungen, die dem Gläubiger aus der Geschäftsverbindung mit dem Eigentümer erwachsen würden, mit dem Augenblick ihrer Entstehung als durch eine auf das Grundstück des Eigentümers im voraus eingetragene Hypothek gesichert gelten sollen. Wenn solche Forderungen demnächst entstehen, haftet die Hypothek für sie ebenso, wie für die zur Zeit der Eintragung bereits bestehenden Forderungen (JW. **05** 138 Ziff. 15, **06** 550 Ziff. 18, GruchotsBeitr. **51** 926). .... Derjenige, der die Eigentümerhypothek gepfändet hat, muß demnach dartun, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen ist, oder daß eine unter die Vereinbarung fallende Forderung nach der Hypothekeintragung nicht entstanden ist.

3. **RG.** ZBlFG. **10** 33. Die Möglichkeit der Konvaleszenz einer nicht valutierten Verkehrshypothek in der Person eines Rechtsnachfolgers des ursprünglichen Gläubigers beschränkt sich nicht auf den Fall, daß der Schuldner dasjenige, was der ursprüngliche Gläubiger zu leisten gehabt hätte, nunmehr von dem neuen Gläubiger erhält. Auch jede andere Beredung, durch die nachträglich eine Verbindung zwischen der Hypothek und einem zu sichernden Anspruche hergestellt wird, genügt, um das Hypothekenrecht zu einem vollwirksamen zu machen. Es ist daher insbesondere nicht ausgeschlossen, daß die Abtretung zu dem Zwecke vorgenommen wird, damit der neue Gläubiger in der Hypothek ein Sicherungsmittel für persönliche Ansprüche, die ihm gegen den Hypothekenschuldner zustehen, gewinnt.

4. a) **RG.** 8. 10. 09, **71** 432 (434). In der Entsch. **68** 103 (JDR. **7** zu § 1113 Ziff. I 2 a) wird ausgesprochen, die Bestellung einer Bordellhypothek sei keine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht zurückforderbare Leistung, sondern sie sei vielmehr eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung,

die gemäß der Ausnahmebestimmung des § 817 Satz 2 Halbs. 2 zurückgefordert werden könne. Dabei ist stehen zu bleiben. **b)** Werner, R. **09** 103. Betreffs der Bordellhypothek dürfte die ältere Ansicht des RG. die richtigere sein. Da das Kaufgeschäft nichtig ist, so fällt nach § 1163 BGB. die Hypothek dem Eigentümer zu. Wird, wie das die Regel, bei der Auflassung die Eintragung der Hypothek beantragt, so fragt sich, ob die Eigentümerhypothek dem zufällt, der zur Zeit der Bewilligung Eigentümer war, also dem Verkäufer, oder dem neuen Eigentümer. Diese Frage ist zugunsten des früheren Eigentümers zu entscheiden. In dem Augenblick, als der frühere Eigentümer in dem Grundbuche gelöscht wurde, ist das Grundstück für ihn auch mit der Hypothek belastet. Er hat das Eigentum gleichzeitig mit Erwerb der Hypothek aufgegeben. Der neue Eigentümer hat das Grundstück nie ohne diese Hypothek gehabt. **c)** Dagegen Nissen, R. **09** 211: Eine an sich wirksame Gläubigerhypothek, wie sie § 1163 voraussetzt, läßt sich wegen der gemäß § 1113 zu ihrer Entstehung notwendigen Forderung nicht von vornherein für den Eigentümer des Grundstücks als Gläubiger begründen. Will man an der Rechtsgültigkeit der für den Veräußerer eingetragenen Hypothek als solcher festhalten, so muß man mithin ihre Entstehung in ein Zeitmoment verlegen, in welchem dem Veräußerer das Grundstück nicht mehr gehört. Gilt aber der Käufer als Eigentümer des Grundstücks bei Entstehung der Hypothek oder fällt diese mit seinem Eigentumserwerbe zeitlich zusammen, so kann die Hypothek nur ihm gemäß § 1163 zufallen. **d)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **7** Ziff. I 2 a zu § 1113 auch SeuffA. **64** 129.

5. SächsRpflA. **09** 263 (Dresden). Eine Baugelderhypothek kann als Darlehnshypothek eingetragen werden.

III. Die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. 1. OLG. **18** 161 (KG.). Die Hypothek steht mit einer Forderung in innerem Zusammenhang und wird durch deren Inhalt bestimmt. Die Eintragungsfähigkeit der Hypothek hat deshalb zur notwendigen Folge, daß auch die zu sichernde Forderung eintragungsfähig sein muß, soweit sie den Inhalt der Hypothek beeinflußt. Dies gilt besonders von den Bestimmungen über die Fälligkeit der Forderung, da diese auch die Fälligkeit des Rechtes des Gläubigers regeln, sich wegen seiner Forderung aus dem Grundstücke zu befriedigen (vgl. Mot. **3** 643, KGJ. **29** A 249). .... Der Grundbuchrichter hat aber eine Hypothek auf Grund der Bewilligung des Eigentümers regelmäßig einzutragen, ohne daß es einer Untersuchung bedarf, ob die durch die Hypothek zu sichernde Forderung besteht und ob die einzelnen über die Fälligkeit und sonstigen Modalitäten getroffenen Abreden gültig sind. Der § 19 GBO. hindert den Grundbuchrichter allerdings nicht, bewilligte Eintragungen abzulehnen, sofern erkennbar ist, daß sie nichtig sein würden, da er kraft seiner Amtspflicht für die Richtigkeit des Grundbuchs zu sorgen hat (vgl. KG., RJA. **9** 203, 218). Die Voraussetzung für die Anwendung dieses Grundsatzes ist aber die positive Erkennbarkeit und Feststellung der etwaigen Nichtigkeit. Die bloße Möglichkeit einer Nichtigkeit genügt nicht, um die Ablehnung zu rechtfertigen.

2. DJZ. **09** 1333 (KG.). Die Bestellung einer Hypothek von 3000 M. „für eine persönliche Forderung, über die eine Schuldurkunde nicht ausgestellt ist", genügt dem Gesetze nicht. Auch bei der Auslegung, daß es sich um eine abstrakte Verbindlichkeit handelt, und daß der Grundstückseigentümer der Schuldner ist, läßt sich nicht, wie dies erforderlich wäre, ersehen, ob die Forderung nur 3000 M. oder mehr beträgt und ob sie überhaupt eine Geldforderung ist.

3. LG. Straßburg, ElsLothNotZ. **09** 186. Durch die Angabe, daß die einer Hypothek zugrunde liegende Forderung auf abstraktem Schuldanerkenntnis beruht, ist die Forderung ihrer Art nach genügend bezeichnet.

IV. Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung. 1. du Chesne, BadNotZ. **09** 14. Wenn das Gesetz bestimmt, daß eine

Hypothek für eine bedingte Forderung eingetragen werden kann, so ist die Meinung nicht die, daß im Grundbuche die bedingte Forderung ausdrücklich als solche zu bezeichnen wäre. Es ist also nicht in das Grundbuch einzutragen: 1000 M. Hypothek für eine Kaufgeldforderung, die dadurch bedingt ist, daß der Schuldner bis zum ersten Januar 1919 sein Hausgrundstück Blatt .... verkauft hat. Denn aus diesem Eintrage würde von vornherein erhellen, daß die Kaufgeldforderung nicht besteht, nur möglicherweise einmal bestehen wird, daß also das dingliche Recht gegenwärtig gar nicht zur Sicherung einer Forderung dient, sondern Eigentümergrundschuld ist. Die Hypothek ist vielmehr äußerlich als eine gewöhnliche Hypothek für eine unbedingte Kaufgelderforderung zu bestellen, und § 1113 Abs. 2 will nur zum Ausdrucke bringen, daß es die eingetragene Hypothek nicht nichtig macht, wenn die zu sichernde Geldforderung noch gar nicht besteht (so auch Turnau-Förster [2) 594). Die Folgen, die sich gegebenenfalls aus der Vermutung der Richtigkeit und dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch für die noch nicht bestehende Forderung ergeben (§ 1138 BGB.), müssen die Beteiligten eben in Kauf nehmen; wollen sie dies nicht, so mögen sie eine Sicherungshypothek bestellen. Nach alledem läßt sich die Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung bezeichnen als eine heimliche Grundschuld, die äußerlich als Hypothek gestaltet und damit zur Aufnahme der künftig entstehenden Forderung besonders hergerichtet ist.

2. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. III 1 zu § 1113 auch KGJ. **36** A 233.

§ 1114. 1. v. Henle, R. **09** 419. Der Alleineigentümer eines Grundstücks, der es dadurch geworden ist, daß er die Anteile der anderen Miteigentümer erworben hat, kann die bisherige Bruchteilshypothek auf die anderen Bruchteile auch dann erstrecken, wenn vorhandene Zwischenberechtigte Zustimmungserklärungen hierzu mit den notwendigen Rangeinräumungen nicht abgegeben haben.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 1114 auch SeuffBl. **09** 216, OLG. **18** 160, RJA. **9** 269, R. **09** Ziff. 957.

3. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrechte 33. Die Belastung des Gesamthandanteils an einem Gesellschaftsgrundstücke mit einer Hypothek ist weder auf Grund freiwilliger Vereinbarung noch im Wege des Zwanges zulässig.

4. Der Miteigentümer, der den Anteil eines anderen Miteigentümers erwirbt, kann diesen mit der Kaufpreishypothek belasten und dadurch bewirken, daß im Grundbuche die besonderen Grundbuchblätter, welche bisher für die verschiedenen Eigentümern gehörenden Bruchteile geführt wurden, vorerst fortbestehen, obwohl die Bruchteile in einer Hand sind, daher das Miteigentum erloschen ist.

§ 1115. I. Allgemeine Bedeutung. 1. OLG. **18** 186 (KG.). Der § 1115 behandelt nur die Frage, was bei Eintragung einer Hypothek unmittelbar in das Grundbuch eingetragen werden muß, und inwieweit statt solcher unmittelbaren Eintragung auf die Eintragungsbewilligung oder die Satzung Bezug genommen werden kann. Für die Beantwortung der Frage, welchen Inhalt die Eintragungsbewilligung oder der sie ersetzende Antrag haben muß, damit eine Hypothek eingetragen werden kann, ist aus § 1115 nichts zu entnehmen. Die Frage, ob derjenige, zugunsten dessen eine Hypothek eingetragen werden soll, eine Forderung hat oder nicht, hat der Grundbuchrichter regelmäßig nicht zu prüfen, da nach § 19 GBO. eine Eintragung schon dann erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Das Nichtbestehen der Forderung, für welche die Hypothek bestellt wird, hat nach § 1163 die Wirkung, daß die Hypothek dem Eigentümer zusteht, hindert also die Eintragung nicht. S. auch zu § 113 Ziff. III.

2. OLG. **18** 161 (KG.). Die Fähigkeit eines Rechtsverhältnisses, in das Grundbuch eingetragen zu werden, ist nicht nach § 1115 zu beurteilen. Dieser bestimmt nur, inwieweit die bei der Eintragung einer Hypothek einzutragenden Angaben unmittelbar

in das Grundbuch eingeschrieben werden müssen und inwieweit bezüglich des Inhalts der Forderung auf die Eintragungsbewilligung oder eine Satzung Bezug genommen werden kann (KGJ. **35** A 274). Die Eintragungsfähigkeit ist vielmehr nach § 873 und § 1113 zu beurteilen.

II. Der Gläubiger. 1. **RG.** RJA. **10** 144, R. **09** Ziff. 3371, JW. **09** 689. Das Gesetz bestimmt nicht, daß die Bezeichnung des Gläubigers so genau zu erfolgen habe, wie es im Einzelfalle möglich und tunlich sei. Erforderlich ist vielmehr nur, daß aus der Eintragung die Person des Gläubigers sich mit Sicherheit bestimmen läßt. Es darf daher nach § 1115 BGB. eine Hypothek auch für die Firma eines Einzelkaufmanns eingetragen werden. Allerdings steht die Regelung, wie bei der Eintragung die Bezeichnung zu erfolgen hat, der Landesgesetzgebung zu. Für Sachsen ist durch § 64 Abs. 2 der Verordnung vom 26. Juli 1899 — im Gegensatze zu § 4 der für Preußen erlassenen Allgem. Verfügung vom 20. November 1899 — die Eintragung von Hypotheken auf den Namen der Firma eines Einzelkaufmanns ausdrücklich für zulässig erklärt.

2. SchlHolstAnz. **09** 282 (KG.). Die Eintragung einer Hypothek auf den Namen der Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft ist zulässig.

3. KG., OLG. **18** 159, ElsLothNotZ. **09** 110. Wie bereits wiederholt (vgl. z. B. KGJ. **24** A 86 und **25** A 115) ausgesprochen, ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, einen Nachweis darüber zu erfordern, daß eine als Gläubigerin einer Hypothek angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich besteht; es muß sich vielmehr genügen lassen, wenn als Gläubigerin eine juristische oder natürliche Person gehörig bezeichnet ist, welche Rechte erwerben kann. Allerdings ist es dann zu einer Beanstandung der beantragten Eintragung befugt, wenn der Gläubiger, der keine natürliche Person ist, in einer Weise bezeichnet wird, welche es zweifelhaft oder ungewiß läßt, ob er Rechtsfähigkeit hat; in diesem Falle kann es eine nähere Bezeichnung, wenn auch keinen Nachweis der Rechtsverhältnisse des Gläubigers verlangen.

III. Zinssatz. 1. HessRspr. **10** 43 (Darmstadt). Versprochene Zinsen sind nur insoweit hypothekarisch gesichert, als der Zinsfuß im Hypothekenbuch eingetragen ist.

2. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 75. Der Antrag auf Eintragung der vom Hypothekenschuldner bewilligten Verzugszinsen für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung der Zinsen darf vom Grundbuchrichter nicht abgelehnt werden.

3. Huther, MecklZ. **27** 127 ff. Die Trennung der Zinsenforderung von der Hauptforderung ist zulässig, vorausgesetzt, daß es sich um Zinsen handelt, welche später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem die Trennung geschieht, und dem folgenden Vierteljahre fällig werden. .... Tritt der Gläubiger das Zinsrecht nicht mit ab, so geht es auf den neuen Gläubiger ohne weiteres mit über. .... Der Satz ist auch auf Umschreibungen einer verzinslichen Forderung im Grundbuch anzuwenden. Es bedarf, wenn das Zinsrecht nicht vom Abtretenden zurückbehalten ist, nur der Umschreibung des Hauptrechts auf den neuen Gläubiger ohne Erwähnung der Zinsen. .... Bei Rückständen von Zinsen trifft die Annahme des Überganges natürlich nicht zu. Wie die Motive zu § 1090 Entw. I (§ 1159 BGB.) 713 bemerken, löst sich das Recht auf die einzelne Zinsrate mit deren Fälligkeit von dem Rechte auf das Kapital, so daß es für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bildet. Wohl aber trifft die Annahme noch bei den im § 1158 BGB. bezeichneten Zinsen zu, weil für diese nur das Besondere gilt, daß auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406 und 408 Anwendung finden. Als Zeitpunkt des Überganges der Zinsenforderung wird im vorangestellten Falle also der Tag der rechtswirksamen Abtretung der

Hauptforderung anzunehmen sein; mit übergehen die laufenden Zinsen. Wenn der abtretende Gläubiger das Zinsrecht sich ausdrücklich vorbehalten hat ...., so kann auf diesem Wege an der Hauptforderung das dingliche Nießbrauchsrecht durch Eintragung im Grundbuche nicht begründet werden. Das BGB. kennt eine solche Begründungsart weder bei dinglichen Rechten im allgemeinen noch beim Nießbrauch insbesondere. Die Begründung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nur durch Bestellung nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften (§ 1069), also nach entsprechender Anwendung des § 1159 bei Briefhypotheken durch Erteilung der Bestellungserklärung des Gläubigers in schriftlicher Form (oder Eintragung der Bestellung im Grundbuch auf Grund der Bewilligung des Gläubigers) und Übergabe des Hypothekenbriefs und bei Buchhypotheken durch Einigung im Sinne des § 873 und Eintragung im Grundbuche. Jener Vorbehalt würde höchstens die vorweg erklärte, zu der Einigung erforderliche Annahme oder den Antrag auf Abschluß eines Nießbrauchs-Bestellungsvertrags bedeuten können, also zur Herbeiführung der Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuche völlig wertlos sein. .... Das vorbehaltene Zinsrecht hat genau den Inhalt und Umfang, den es gehabt haben würde, wenn die Hauptforderung nicht abgetreten sein würde, keinen geringeren und keinen weiteren. Die besonderen Rechte des Nießbrauchers eines Rechtes können auf den Zinsberechtigten keine Anwendung finden. .... Der Vorbehalt des Zinsrechts bewirkt eine Teilung des Postens. Der Zinsberechtigte kann die Erteilung eines Teilhypothekenbriefs verlangen. .... Soll die Hauptforderung im Grundbuche gelöscht werden, so wird es der Vorlegung des Teilhypothekenbriefs nach § 42 GBO. nicht bedürfen, weil das Zinsrecht keine besondere Löschung erfordert, vielmehr durch die Aufhebung der Hauptforderung allein hinwegfällt und die nach § 891 Abs. 2 BGB. durch die Löschung der Hauptforderung begründete Vermutung, daß sie nicht bestehe, die Vermutung des Wegfalls des Zinsrechts nach sich zieht. .... Wenn der Gläubiger, der nicht der Eigentümer ist, mit dem Hauptrechte nur einen gewissen Prozentsatz der Zinsen abtritt, ohne eine Erklärung hinzuzufügen, woraus sich schließen läßt, daß er sich den verbleibenden Zinssatz vorbehalten oder ihn aufheben oder darauf bloß verzichten wolle ...., so läßt sich die Vermutung einer stillschweigenden Verzichtserklärung rechtfertigen. Will das Grundbuchamt vorsichtigerweise alle Zweifel abschneiden, so wird es eine Aufklärung darüber verlangen, was hinsichtlich des überschießenden Zinssatzes beabsichtigt sei. Hält es aber jeden Zweifel für ausgeschlossen, so wird es das als stillschweigend erklärt Angenommene (Verzicht oder Vorbehalt) ausdrücklich eintragen können, um eine klare Rechtslage zu schaffen. Es dürfte sich dann aber, wenn ein Verzicht auf die Differenz als das Zutreffende eingetragen werden soll, empfehlen, auch gleich zum Ausdrucke zu bringen, daß der bisherige Gläubiger verzichtet habe. Will das Grundbuchamt alle Zweifel offen lassen, so wird es das Schweigen in der Abtretungserklärung ins Grundbuch übernehmen, also von der Differenz nichts verlauten lassen. .... Die Folge des eingetragenen Verzichts auf die Zinsdifferenz ist nach § 1168 Abs. 1 der Erwerb der Differenz durch den Eigentümer. Nach § 1176 steht diese Eigentümer-Zinshypothek, falls sie zur Hebung kommt, im Range der dem Gläubiger verbleibenden Zinshypothek nach. .... Ist der abtretende Gläubiger zugleich Eigentümer, so .... würde die Annahme eines stillschweigenden Verzichts auf das nicht mit abgetretene Zinsrecht zu dem unmöglichen Ergebnisse führen, daß der Eigentümer ein Zinsrecht erwürbe, welches ihm als Gläubiger bereits zusteht. Hier bleibt nur die Annahme der stillschweigenden Erklärung übrig, daß das fragliche Zinsrecht aufgehoben werden solle. In der dem Antrag entsprechenden Umschreibung des Postens mit dem beschränkten Zinssatze wäre dann eine stillschweigende Löschung des nicht mit umgeschriebenen Zinssatzes zu erblicken. Erklärt der Gläu-

biger, daß er den Zinssatz herabsetze, so ist damit stillschweigend erklärt, daß er auf die Differenz verzichte, daß er sie für die Zukunft nicht beanspruche und der Eigentümer sie nicht zu bezahlen brauche. An dieser Auffassung kann die hinzutretende Abtretung der Hauptforderung nichts ändern. .... Ist der abtretende Gläubiger zugleich Eigentümer, so möchte eine stillschweigende Erklärung, daß die Zinsdifferenz aufgehoben werden solle, anzunehmen sein. Das Grundbuchamt kann den Verzicht bzw. die Aufhebung ausdrücklich ins Grundbuch eintragen. Hat es sich aber darauf beschränkt, bloß die Umschreibung mit den herabgesetzten Zinsen einzutragen, so würde Verzicht (bzw. Löschung) wegen der Differenz als stillschweigend mit eingetragen gelten.

IV. Nebenleistungen. LG. Halle, NaumburgAK. **09** 29. Die ausbedungene Zahlung von 2 M. Vertragsstrafe bei verzögerter Zinsenzahlung ist eine „Nebenleistung" im Sinne des § 1115 BGB. .... Der Gesamtbetrag der im Falle des Einzahlungsverzugs zu entrichtenden Vertragsstrafe ist gleich dem Betrage, der durch Vervielfältigung der Vertragsstrafe von täglich 2 M. mit der Anzahl der Tage vom dritten bis zum letzten Tage des Verzugs ermittelt wird. Daß der im Grundbuch „einzutragende Geldbetrag der Nebenleistung" ein von vornherein und „für alle Fälle" feststehender ist, kann nicht erfordert werden. Es kommt hierfür nicht die Vorschrift des § 1115 BGB. in Betracht. .... Die Zulässigkeit der beantragten Eintragung ist vielmehr nach § 1113 BGB., der den Inhalt der Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek regelt, zu beurteilen. Wie nun nach § 1113 Abs. 2 BGB. die durch die Hypothek gesicherte Hauptforderung eine künftige oder bedingte sein kann, so kann auch die Nebenleistung bei ihrer Eintragung eine hinsichtlich ihrer Entstehung überhaupt oder hinsichtlich ihrer Höhe ungewisse, von dem Eintritte gewisser Ereignisse abhängig sein (KGJ. **33** A 257). Eine hinsichtlich der Entstehung und des Gesamtbetrags vom Eintritt einer Bedingung, des Verzugs, abhängige Nebenleistung ist daher, sofern nur die für den Fall des Eintritts der Bedingung zu entrichtende Zahlung nach dem Inhalte der beantragten Eintragung bestimmt zu berechnen ist, eintragungsfähig.

V. Zahlungsbedingungen. 1. OLG. **18** 159 (KG.). Fälligkeitsbedingungen, die der freien Vereinbarung unterliegen und durch Eintragung im Grundbuch oder durch Aufnahme in die bei der Eintragung in Bezug genommene Eintragungsbewilligung dingliche Wirkung erlangen können (KGJ. **20** 309). .... dienen als Zahlungsbedingungen zur näheren Bezeichnung der Forderung und sind als solche eintragungsfähig (Mot. **3** 643, KGJ. **28** 249).

2. ElsLothMinistErlaß, ElsLothJZ. **09** 271. Decken sich bei einer Sicherungshypothek aus einem nach dem 31. Dezember 1899 vereinbarten Darlehen die vereinbarten Zahlungsbedingungen mit den gesetzlichen Bestimmungen im § 609 BGB., so ist, falls weitere Verabredungen nicht getroffen sind, weder die Aufnahme der Zahlungsbedingungen in die Eintragung noch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erforderlich.

3. BayObLG. **10** 90, BayRpflZ. **5** 211 (BayObLG.). Die Vereinbarung, daß alle Zahlungen in Goldmünzen zu geschehen haben, ist von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen, wenn sie in dem Sinne gemeint ist, daß sie die Wirkungen einer den Goldwert der Rechnungseinheit betreffenden Änderung der Reichswährung ausschließen soll. Dagegen ist die Eintragung einer Vereinbarung des Inhalts zulässig, daß die Zahlungen unter Ausschluß anderer Zahlungsmittel, z. B. von Reichssilber- und Scheidemünzen, von Reichskassenscheinen u. dgl., in Goldmünzen zu geschehen haben.

VI. Fassung des Eintragungsvermerkes; Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. 1. KG., KGJ. **37** A 286, SeuffBl. **09** 395. Die Ausführung, daß durch die einen anderen Schuldner nicht nachweisende

Hypothekeneintragung in Verbindung mit der Eintragung des Eigentümers der Schuldner der Forderung mit ausreichender Deutlichkeit grundbuchmäßig bezeichnet werde, mag in der Regel zutreffen. Das Grundbuchamt wird sich auch in der Regel mit einer Eintragungsbewilligung, die den Namen des persönlichen Schuldners nicht nennt, begnügen, wenn deren sonstiger Inhalt die tatsächliche Vermutung unterstützt, der bewilligende Eigentümer sei selbst der Schuldner. Hierbei handelt es sich aber nur um eine tatsächliche Vermutung, die als solche nicht weiter reicht, als sich aus den jeweiligen Tatsachen entnehmen läßt. Sind Eheleute Miteigentümer des Grundstücks und hat der Ehemann die Eintragung der Hypothek auf dem Miteigentumsanteile der Ehefrau bewilligt, so ist zwar nicht ausgeschlossen, daß die Ehefrau als Eigentümerin der zu belastenden Hälfte auch die persönliche Schuldnerin ist. Es ist aber auch möglich, daß die Hypothek für eine Schuld ihres Ehemanns bestellt werden soll. Es ist deshalb nicht rechtsirrtümlich, daß das Gericht Zweifel über die Person des persönlichen Schuldners hegt und aus diesem Grunde die Eintragung beanstandet, solange nicht die Eintragungsbewilligung in klaren und nicht mißzuverstehenden Worten über die Person des Schuldners Auskunft gibt.

2. *Güthe, R. **09** 463. Zur Bezeichnung des dinglichen Rechtes genügt die Eintragung „3000 M. Darlehen für A." Denn die nach dem Wortsinne mögliche Auffassung, daß A. ein Darlehen von 3000 M. erhalten solle, wird durch den Umstand, daß es sich um eine Grundbucheintragung handelt, ausgeschlossen, und im übrigen wird durch die Verbindung eines Tatbestandes, der eine persönliche Forderung erzeugt („Darlehn"), mit der Eintragung einer Geldsumme in das Grundbuch, der Hypothekencharakter genügend ersichtlich gemacht. Zur Bezeichnung der persönlichen Forderung ist Angabe des Gläubigers, des Schuldners, des Gegenstandes und des Schuldgrundes nötig. Der Gläubiger muß mit dem Berechtigten der Hypothek identisch sein; es genügt also eine einmalige Anführung dieser Person. Die Eintragung des Schuldners ist auch dann erforderlich, wenn er und der Grundstückseigentümer ein und dieselbe Person ist. In diesem Falle wird aber der Schuldner durch die einen anderen Schuldner nicht nachweisende Hypothekeneintragung in Verbindung mit der Eintragung des Eigentümers zum grundbuchmäßigen Ausdrucke gebracht. Es handelt sich bei dieser Auffassung weder um eine bloße Auslegung noch um eine Rechtsvermutung, sondern lediglich um eine Anwendung des § 3 GBO. Nach dieser Vorschrift ist die besondere Stelle, die das Grundstück im Grundbuch erhält, also das gesamte Grundbuchblatt für das Grundstück als das Grundbuch im Sinne des BGB. anzusehen. Der Boden des Gesetzes wird daher keineswegs verlassen, wenn man die Eintragungen in der I. Abteilung (des preußischen Formulars) als Bestandteil der Hypothekeneintragung betrachtet. Aus den Daten der Eigentumseintragungen ergibt sich in Verbindung mit dem Datum der Hypothekeneintragung, wer zur Zeit dieser Eintragung Grundstückseigentümer gewesen ist. Dieser ist dadurch, daß er als Eigentümer eingetragen ist, zugleich ohne weiteres als persönlicher Schuldner aller auf seinem Grundstücke während seiner Eigentumszeit eingetragenen und einzutragenden Hypotheken eingetragen. Ist er nicht persönlicher Schuldner, so muß dies, d. h. der Name des persönlichen Schuldners, im Grundbuche vermerkt werden. .... Bei dem Gegenstande der Forderung handelt es sich in erster Linie um den Geldbetrag der Forderung (§ 1115 Abs. 1 BGB.). Dieser ist mit der im § 1113 Abs. 1 BGB. erwähnten Geldsumme der Hypothek identisch. Es genügt daher deren einmalige Eintragung (KG. aaO. 282). Dazu können treten der Zinssatz und etwaige andere Nebenleistungen. .... Was den Schuldgrund anbetrifft, so genügt die mit der Angabe des Gläubigers, des Schuldners und des Geldbetrags der Forderung verbundene Bezeichnung des Gattungsnamens des Schuldverhältnisses sowohl in der Eintragungsbewilligung wie in der Eintragung in allen den Fällen, in denen dem Grund-

buchrichter nicht Tatsachen bekannt sind, die diese Bezeichnung als nicht zweifelsfrei erscheinen lassen.

3. Rudolph, R. **09** 104. Rudolph bekämpft die Entscheidung des KG. in KGJ. **35** A 279 und gelangt zu dem Schlusse, daß von der Eintragungsbewilligung volle Deutlichkeit verlangt werden muß, von der Eintragung aber, soweit sie nicht den Haftungsumfang betrifft, also hinsichtlich des Schuldners und des Schuldgrundes nur die Möglichkeit der Identifizierung. S. dazu Nissen, R. **09** 211.

4. **RG.** 3. 2. 09, **70** 249, JW. **09** 165. Durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung kann die Bedingtheit einer Hypothek nicht ausgedrückt werden. Der § 874 BGB. kommt nicht in Betracht.

VII. Die Vorschrift des Abs. 2. R. **09** 40 (KG.). Die Bestimmungen der Satzung einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden landschaftl. Kreditanstalt (der Schlesischen Landschaft) über die Formulierung der in das Grundbuch einzutragenden Vermerke sind auch dann maßgebend, wenn sie von den Bestimmungen im § 1115 BGB. abweichen. Gemäß Art. 167 EGBGB. ist die Beleihungsordnung der Schlesischen Landschaft von 1888 aufrechterhalten. Eine solche aufrechterhaltene Satzung kann auch bestimmen, daß Beiträge zu den Verwaltungskosten und zum Tilgungsfonds unter dem Namen „Zinsen" in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 1116. BayRpflZ. **09** 373 (anonym). Mit der Bestellung der Hypothek als Buchhypothek ist deutlich ausgedrückt, daß die Ausstellung eines Briefes ausgeschlossen sei. AM. der dort angeführte Beschluß eines Grundbuchamts und eines Beschwerdegerichts.

§ 1117. 1. Die Vereinbarung nach Abs. 2. OLG. **18** 175 (Breslau). Eine bloße Einigung der Beteiligten über die Briefübergabe hat keine rechtsverändernde Wirkung, kann diese vielmehr nur dann erlangen, wenn der Brief in den Besitz des Grundbuchamts gelangt in der Weise, daß dieses nunmehr den unmittelbaren Besitz für den Zessionar als den mittelbaren Besitzer ausübt. Nur bei dieser Auslegung kann das Gesetz seinen Zweck erfüllen, zu verhüten, daß aus dem Verbleibe des Briefes in den Händen des Zedenten Schwierigkeiten entstehen, da dieser durch den Besitz des Briefes in Verbindung mit dem Inhalte des Grundbuchs zu anderweiter Verfügung über die Hypothek legitimiert bleibt, und dadurch die Sicherheit, welche der Verkehr für den Immobiliarkredit fordert, wesentlich gefährdert wird. Entsprechende Grundsätze hat das **RG. 64** 313, **65** 63, **66** 210, **69** 41 für den Fall einer Teilabtretung aufgestellt; es liegt kein Grund vor, gänzliche Zessionen anders zu behandeln.

2. HansGZ. **09** Beibl. 107 (Hamburg). Wenn der neue Gläubiger mit dem bisherigen Gläubiger im Hinblick auf den zu erwartenden Verkauf der Hypothek, wenn auch nur stillschweigend, übereingekommen ist, dieser solle den Brief einstweilen behalten und für ihn verwahren, so würde der Anforderung des § 1117 genügt sein.

3. OLG. **18** 210 (KG.). Der in der Schuldurkunde enthaltene einseitige Antrag des Eigentümers, den Brief direkt an den Gläubiger auszuhändigen, enthält keine Vereinbarung nach § 1117, wenn jeder Anhalt dafür fehlt, daß der Gläubiger sein Einverständnis hiermit erklärt habe.

4. OLG. **18** 175 (KG.). Der Grundstückskäufer ist verpflichtet, darein zu willigen, daß das Grundbuchamt den Hypothekenbrief über das Restkaufgeld dem Verkäufer aushändigt.

§ 1118. I. Die durch den Rechtsbehelf des § 1134 BGB. hervorgerufenen Kosten. 1. OLG. **18** 163 (Breslau). Nach § 1118 haftet das Grundstück auch für die Kosten „der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung". Die Befriedigung aus dem Grundstück erfolgt

gemäß § 1147 BGB. im Wege der Zwangsvollstreckung. Die im § 1118 erwähnten Kosten können also nur solche sein, welche zur zwangsweisen Beitreibung der Forderung aus dem Grundstück erforderlich geworden sind, also die Kosten der Hypothekenklage und der Beitreibung. Es erscheint daher ausgeschlossen, daß die durch den Rechtsbehelf aus § 1134 hervorgerufenen Kosten unter § 1118 zu bringen sind. Die Durchführung dieses Rechtsbehelfs zielt lediglich auf eine Sicherung des Gläubigers und bezweckt keineswegs dessen Befriedigung aus dem Grundstücke.

2. SchlHolstAnz. **09** 27 (Kiel). Zu den Kosten der Rechtsverfolgung, für welche nach § 1118 BGB. kraft der Hypothek das Grundstück haftet, sind die gemäß § 1134 BGB. aufgewandten Kosten der Sequestration nicht zu rechnen.

3. SchlHolstAnz. **09** 284 (Kiel). Zu den Kosten der Rechtsverfolgung im Sinne des § 1118 BGB. gehören auch die auf Grund des § 1134 BGB. im Wege einstweiliger Verfügung getroffenen Maßnahmen.

II. *Dümchen, JheringsJ. **54** 400 ff. Das Grundstück haftet nur für die Kosten der dinglichen Rechtsverfolgung und der Eigentümer persönlich nur für die Kosten der persönlichen Klage und der Personalvollstreckung. Doch macht sich der Eigentümer für die Kosten der dinglichen Klage dann persönlich haftbar, wenn er sich durch sein Bestreiten der Haftungsverwirklichung widersetzt.

§ 1119. 1. BayObLG., R. **09** Ziff. 1318, BayRpflZ. **5** 21, BayObLG. **10** 91, SeuffBl. **09** 428. Der Versuch, dem § 1119 BGB. den Sinn unterzulegen, daß jede Änderung des Inhalts einer Hypothek, der einschneidende Bedeutung nicht zukommt, ohne Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten Wirkung gegen sie erlange, ist verfehlt. Das BGB. hat aus guten Gründen eine Vorschrift so unbestimmten Inhalts, die fortwährend zu Streitigkeiten Anlaß geben würde, nicht aufgenommen, sondern sich damit begnügt, diejenigen Änderungen des Inhalts der Hypothek unabhängig von der Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten zuzulassen, für die ein Verkehrsbedürfnis diese Erleichterung erfordert. Zumal eine rechtsgeschäftliche Beschränkung in der Verwendung gesetzlicher Zahlungsmittel zu begünstigen, hatte der Gesetzgeber keinen Grund.

2. BadRpr. **09** 42 (LG. Karlsruhe). Wenn vereinbart wird, das Grundstück soll künftig für jede Zinserhöhung bis zu 5 v. H. haften, so kann die Absicht der Parteien einmal dahin gehen, es solle der seitherige feste Zinssatz von 4½ pCt. ersetzt werden durch einen beweglichen Zinssatz im Rahmen von 4¼ bis zu 5 pCt. Eine solche Eintragung wäre zunächst zulässig [vgl. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **02** 57, OLG. **4** 91, sowie OLG. **8** 135 (KG.)]. Sodann wird aber mit einer solchen Eintragung auch der von den Parteien gewollte Zweck erreicht; der Umfang der Hypothek und damit die dingliche Belastung des Grundstücks wird hin sichtlich der Zinsen durch die Unter- und Obergrenze genau bezeichnet. Das Eintragungsbegehren konnte aber auch dahin aufgefaßt werden, daß der Zinssatz von 4½ pCt. als solcher (fester) bestehen bleiben, das Grundstück aber auch für einen durch künftige wirtschaftliche Ereignisse bedingten Zinszuschlag bis zu ¾ pCt. (über 4¼ bis zu 5 pCt.) haften soll. Auch in diesem Falle würde es sich nicht um eine bedingte Hypothek, sondern um eine unbedingte und sofort wirksame Belastung des Grundstücks für eine bedingte Forderung (den Zinszuschlag zwischen 4¼ und 5 pCt.) handeln. Auch eine solche Eintragung ist unzweifelhaft zulässig und würde dem von den Parteien gewollten Zwecke gleichfalls entsprechen.

3. a) KG., KGJ. **37** A 295, SeuffBl. **09** 361, RJA. **10** 146. Der Eigentümer ist berechtigt, den Rang der Hypothek ohne Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten auf die Hypothek für die erhöhten Zinsen zu erstrecken. Eine Grenze dieser Befugnis ist im § 1119 BGB. insofern gezogen, als die Befugnis nur für Zinsen bis zu 5 pCt. gilt. Eine weitere Grenze der Wirkung der Eintragung ergibt sich daraus, daß nach § 10 ZVG. nur die Ansprüche auf die laufenden und

die aus den letzten 2 Jahren rückständigen Zinsen an der Rangstelle des Hypothekenkapitals befriedigt werden. Die Annahme einer dritten Grenze des Inhalts, daß die Befugnis des Eigentümers sich nur auf die Hypothek für die seit der Eintragung der Zinserhöhung laufenden Zinsen beziehe, läßt sich dagegen nicht rechtfertigen. .... Eine Hypothek kann daher ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen vom Zeitpunkte der Verpflichtung zur Zahlung der Zinsen oder vom Zeitpunkte der Eintragungsbewilligung ab bis zu 5 pCt. haftet und daß diese Erweiterung den Rang der ursprünglichen Hypothek hat. Die entgegengesetzte Ansicht (KGJ. **21** A 150, **25** A 173, **31** A 337, RJA. **8** 59) ist aufzugeben. **b)** LG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 90. Soweit die Zinserhöhung den Satz von 5 pCt. übersteigt, kann ihr Rang den gleich- oder nachstehenden Hypotheken nur nachstehen, und deshalb ist bei der veränderten Verzinsung ein entsprechender Vermerk wegen des Rangverhältnisses des letzten halben Prozents im Grundbuche von Amts wegen zu machen. Solche Eintragung unter „Veränderung" entspricht dem § 18 Abs. 1 u. 2 der Allg. Verf. vom 20. November 1899, auch wenn der veränderte Zinsfuß 5 pCt. übersteigt. Es steht nicht entgegen, daß verschiedene Bestandteile einer Hypothek verschiedenen Rang haben.

§§ 1120 ff. Literatur: Simon, Der versicherungsrechtliche Schutz des Hypothekengläubigers, Leipzig 1909; Müller, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen, Leipzig 1909.

§ 1120. 1. OLG. **18** 164 (Celle). Nach § 1120 unterliegen der Hypothek nur diejenigen Zubehörstücke, die zur Zeit der Entstehung der Hypothek dem Eigentümer gehören, sowie diejenigen Gegenstände, die er später erwirbt, dagegen nicht diejenigen Gegenstände, die zwar früher in sein Eigentum gelangt sind und zur Zeit der Hypothekbestellung sich noch auf seinem Grundstücke befinden, aber bereits vor der Hypothekbestellung aus seinem Eigentum in das eines Dritten übergegangen waren. An diesen Gegenständen würde der Hypothekar auch nicht auf Grund des guten Glaubens nach § 892 BGB. Rechte erwerben können, da der § 892 sich nur auf Rechte am Grundstück und auf Rechte an solchen Rechten, nicht aber auch auf Rechte an Zubehörstücken bezieht, ebensowenig auf Grund analoger Anwendung der §§ 932 bis 935, 1207 und 926 BGB., da dem Hypothekar nicht der Besitz der Sachen übertragen ist.

2. R. **09** Ziff. 3780, DJZ. **09** 1447 (Stuttgart). Steht ein Grundstück im Bruchteilseigentume von A. und B., sind dagegen die auf das Grundstück als Zubehör eingebrachten Maschinen Gesellschaftsvermögen der zwischen A. und B. bestehenden Gesellschaft, so stehen doch Grundstück und Zubehör im Eigentume derselben Personen.

§ 1121. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen (s. unten zu § 1204) 140: Bestehen die Immobiliarpfandrechte an den vom Grundstück entfernten Früchten fort, so gehen ihnen die vor einer Immobiliarbeschlagnahme entstandenen vertragsmäßigen und Pfändungspfandrechte vor, letztere falls sie nicht vor der Entfernung der Früchte nach § 805 ZPO. angegriffen werden.

§§ 1123 ff. 1. *Müller, Das Recht des Hypothekengläubigers an den Miet- und Pachtzinsen. Die Vorschriften dieses und der folgenden Paragraphen finden auf jede Art von Hypotheken Anwendung, jedoch nicht auf die Eigentümerhypothek bzw. -Grundschuld, da der Gläubiger in diesem Falle eine Beschlagnahme des Grundstücks und der mithaftenden Zinsen nicht bewirken kann. Sie gelten ferner nicht für einen Gläubiger, dessen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek durch eine Vormerkung gesichert ist; insbesondere sind Verfügungen über den Zins einem solchen Gläubiger gegenüber nicht nur im Umfange des § 1124 Abs. 2 BGB., sondern unbeschränkt wirksam, da auf Verfügungen dieser Art § 883 BGB. keine Anwendung findet (aM. Biermann, Widerspruch u. Vormerkung 204). Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters steht dem

Hypothekengläubiger nicht schon infolge der Erstreckung der Hypothek auf die Zinsen zu, da das Pfandrecht voraussetzt, daß der Gläubiger die Zinsforderung geltend machen kann. Letzteres ist aber erst der Fall, wenn die Forderung für den Gläubiger gepfändet und ihm entweder zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwert überwiesen worden ist. Da eine Verfügung über die Zinsen weder eine Verschlechterung des Grundstücks noch eine Entfernung von Zubehörstücken sein kann, stehen dem Hypothekengläubiger die Rechte aus §§ 1133—1135 BGB. nicht zu; er ist überdies durch die Bestimmung des § 1124 Abs. 2 BGB. ausreichend geschützt (aM. **RG. 52** 139).

2. Die Entsch. des **RG.** JDR. **7** zu §§ 1123 ff. auch SeuffA. **64** 148.

§ 1123. 1. OLG. **18** 164 (Dresden). Selbst wenn bei Abtretung der Mietzinsen die Verhinderung des Einschreitens der nicht hypothekarischen Gläubiger beabsichtigt war, fehlt eine Benachteiligung im Sinne des Anfechtungsgesetzes, wenn die Hypothekengläubiger nach § 1123 vorgingen und die Mietzinsen keinen Überschuß für die Nichtbevorrechtigten abwarfen.

2. R. **09** Ziff. 3372 (Hamburg). Eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Pfandrechts des Hypothekengläubigers an den Mietzinsen kann nicht mit der Begründung gefordert werden, daß dritte Personen ihrerseits die Mieten beschlagnahmen.

§ 1124. 1. KGBl. **09** 44 (KG.). Der Hypothekengläubiger ist als solcher nicht in der Lage, auf Grund seines Hypothekenrechts die Mietforderungen im Wege der Pfändung für sich zu erlangen. Er muß vielmehr seinen Antrag auf Pfändung und Überweisung stets auf denjenigen obligatorischen Anspruch stützen, der ihm aus dem der Hypothekenbestellung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse gegen den Eigentümer zusteht. Auf Grund einer solchen Pfändung aber gilt er lediglich als Pfändungspfandgläubiger und rangiert mit den übrigen Personalgläubigern nach dem Alter der Pfändungen, nicht etwa nach dem Alter des dem vollstreckbaren Titel zugrunde liegenden Rechtes (vgl. Fuchs, Grundbuchrecht I 422 b; Dernburg, Bürgerliches Recht III 759 Anm. 4). Verfügungen des Pfändungsschuldners über die Mietzinsen nach erfolgter Pfändung sind dem pfändenden Personalgläubiger gegenüber auch insoweit unwirksam, als sie dem beschlagnehmenden Hypothekengläubiger gegenüber gemäß § 1124 Abs. 2 BGB. unwirksam sein würden. Das Recht des persönlichen Gläubigers geht daher weiter als das des Hypothekengläubigers. Dieser bedarf zur wirksamen Geltendmachung seines Rechtes der Beschlagnahme. Unter Beschlagnahme im Sinne der §§ 1123 ff. BGB. versteht das Gesetz nur solche Zwangsvollstreckungsmaßregeln, durch die Verfügungen des Eigentümers über die Mietzinsen dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam werden. Die Beschlagnahme im Sinne der §§ 1123 ff. BGB. kann daher nur auf das dingliche Recht des Gläubigers gestützt werden und nur im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung erfolgen. Eine Verwirklichung des dinglichen Rechtes im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung ist begrifflich unmöglich. Eine Beschlagnahme der Mietforderung auf Grund des Hypothekenrechts kann daher in der ausgebrachten Pfändung nicht gefunden werden. Daraus folgt, daß die Pfändung gegenüber dem Rechte eines Nießbrauchers auf die Mieten wirkungslos ist.

2. OLG. **18** 169 (Frankf.). Daß das BGB. unter „Beschlagnahme" nur die im ZVG. so bezeichneten Maßregeln (§§ 20 ff., 148) versteht, ist mit der herrschenden Ansicht (**RG. 29** 242) zu verneinen; vgl. auch den § 392 BGB. Sie kann auch durch Mobiliarpfändung erfolgen, und sogar im Wege der einstweiligen Verfügung ist eine „Beschlagnahme" möglich (**RG. 52** 139).

3. OLG. **18** 169 (Frankf.). Der § 1124 unterscheidet nicht zwischen Verfügungen zugunsten von Hypothekengläubigern und solchen zugunsten anderer Personen. In dem vertragsmäßigen Erwerbe der Mietzinsen zur Tilgung einer Hypo-

thekenschuld liegt aber noch keine Verwirklichung des Hypothekenrechts, da diese nach § 1147 aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die die Hypothek sich erstreckt, nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen kann (**RG. 56** 324).

4. Die Entsch. des OLG. Hamburg JDR. **6** zu § 1124 Ziff. 2 a auch OLG. **18** 165.

5. *Nissen, LeipzZ. **09** 838 ff.: Die Anfechtungsbefugnis gemäß Ges. v. 17. Mai 1898 kann begrifflich dem dinglichen Rechte als solchem nicht zu teil werden. Einen Ersatz hierfür kann aber der Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. bieten, speziell dem Hypothekar, gegenüber Abtretungen von Mietzinsen des Pfandgrundstücks, wenn der Erwerber der Mietzinsforderungen im Einverständnisse mit dem sie abtretenden Pfandgrundstückseigentümer die Abtretung zu dem Zwecke entgegennahm, diese Forderungen der von seiten des Hypothekengläubigers zu erwartenden Beschlagnahme zu entziehen, und in dem Bewußtsein, daß hierdurch die Hypothek in ihrer Sicherheit Einbuße erleide. Da die durch die Abtretung gemäß § 1124 BGB. erloschene Haftung für die Hypothek durch Rückabtretung der Mietzinsen an den Grundstückseigentümer nicht wieder aufleben könnte, ist der Schadensersatz nicht gemäß § 249, sondern nach § 251 BGB. zu leisten. Schließlich erörtert Nissen des näheren die für den Anspruch vorauszusetzende Benachteiligung des Hypothekengläubigers und das Verhältnis dieses Schadensersatzanspruchs zu der auf Grund des gleichen Tatbestandes etwa in Frage kommenden Anfechtungsklage des persönlichen Gläubigers des Pfandgrundstückseigentümers, sowie des Verwalters im Konkurse des Eigentümers.

6. Schneider, LeipzZ. **09** 422 ff. Die Anfechtbarkeit einer nach § 1124 BGB. dem Hypothekengläubiger gegenüber freigegebenen Verfügung des (Hypotheken-) Schuldners ist im allgemeinen zulässig. Die Anfechtung darf aber wegen „Erlöschens" des sich vorher auf den Mietzins „erstreckenden" Hypothekenrechts nur zugunsten der Masse erfolgen, wenn inzwischen Konkurs ausbrach; die Anfechtung kann sonst freilich auch vom Hypothekengläubiger betrieben werden, — wenigstens wenn ihm ein persönliches Forderungsrecht gegen den verschiebenden Schuldner zusteht. Die „Haftung" bedeutet nur ein bedingtes Vorrecht, bedingt durch rechtzeitigen Zugriff. Ohne solchen erlischt sie; man könnte auch sagen, ohne solchen entsteht sie oder das von ihr getragene, ermöglichte Vorrecht gar nicht.

§ 1127. 1. **RG.** WarnE. **2** 134, R. **09** Ziff. 76. Auch wenn in dem Zeitpunkte der Zuschlagserteilung die neuen Gebäude noch nicht völlig fertiggestellt gewesen sind, findet der zweite Absatz des § 1127 BGB. Anwendung. Denn eine solche Einschränkung enthält die Gesetzesvorschrift weder in ihrem Wortlaute noch in ihrem Sinne und gesetzgeberischem Zwecke. Sie will vielmehr die Haftung der Versicherungsgelder in allen Fällen endigen lassen, in denen die hypothekarische Sicherheit, die der Gläubiger durch den wiederhergestellten oder ersatzweise neu beschafften Gegenstand gewinnt, der früheren Sicherheit gleichwertig ist. Ob die Gleichwertigkeit erst mit völliger Fertigstellung des Gegenstandes oder schon früher eintritt, ist dabei nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

2. RheinA. **106** 132 (Düsseldorf). Eine Bescheinigung gemäß § 31 Abs. 2 des Reglements der Provinzial-Feuerversicherungsanstalt der Rheinprovinz, daß Ersatz für den versicherten Gegenstand beschafft ist, ist nur von Bedeutung für die Ausübung des Rechtes der Versicherungsanstalt auf Zahlung der Entschädigung als Baugeld. Für den Bestand des Hypothekenrechts gemäß § 1127 ist sie aber nicht entscheidend. Dem Grundstückseigentümer steht es insbesondere frei, den Nachweis des Erlöschens des Rechtes der Hypothekengläubiger auf die Forderung gegen den Versicherer in jeder schlüssigen Weise zu erbringen. In Betracht kommt dabei nur der gemeine Wert des wiederhergestellten Gebäudes. Soweit sich ein Unterschied zwischen dem Werte des neuen und des alten Gebäudes

zugunsten des alten Gebäudes ergibt, bleibt die Entschädigungsforderung bis zum Betrage des Unterschieds verhaftet.

3. R. **09** Ziff. 2418 (Naumburg). Die Bergschädenersatzforderung haftet ebenso wie die Versicherungsforderung für die Hypothek.

4. Simon aaO. 84. Der Hypothekengläubiger wird gut daran tun, falls eine Versicherung des Gegenstandes nicht besteht, sich eine solche Versicherung durch Vertrag auszubedingen. Denn eine Verpflichtung zur Versicherungsnahme ist gesetzlich nirgends festgelegt. Wohl aber stehen dem Hypothekengläubiger nach § 1134 Rechtsmittel zur Verfügung, wenn eine genommene Versicherung nicht erneuert oder aufgehoben wird oder durch Nichtbezahlung der fälligen Prämie erlischt. S. zu § 1134 BGB. Ziff. 3.

5. Simon aaO. 84. Nicht auf alle Versicherungsforderungen erstreckt sich die Hypothek, sondern nur auf die Forderungen aus den Versicherungen, die dem Schutze der der Hypothek unterliegenden Gegenstände dienen. Folgeweise nicht auf die Forderung, die dem Eigentümer aus einer Haftpflichtversicherung (z. B. weil ein Vorübergehender bei Glatteis vor seinem Hause ausgerutscht ist) zusteht.

6. Simon aaO. 83. Nur die Versicherungsforderung haftet der Hypothek, nicht etwa andere Forderungen oder Ersatzansprüche, die wegen Beschädigung dieser Gegenstände entstanden sind und nicht etwa die Versicherungsgelder. Gegen welche Gefahr die Gegenstände versichert sind, ist unwesentlich. Keinesfalls kommt für die Gebäude nur die Feuerversicherung in Betracht. .... Im Gesetze steht: „für den Eigentümer oder den Eigenbesitzer". Dieser braucht also selbst gar nicht den Versicherungsvertrag geschlossen zu haben, es genügt, wenn der Vertrag für ihn abgeschlossen worden ist, sei es von einem Mieter, Pächter oder Nießbraucher. Die Hauptsache ist, daß dem Eigentümer oder Eigenbesitzer die Forderung bei eingetretenem Schaden zusteht.

7. Simon aaO. 86. Sobald die vom Schaden betroffenen Gegenstände, gleichgültig ob ein Gebäude oder ein sonstiger Gegenstand, wiederhergestellt sind, unterliegen sie sofort wieder der Hypothek. Damit hat der Hypothekengläubiger seine frühere Sicherheit wieder erlangt und da er auf ein Mehr keinen Anspruch hat, muß folgeweise die Haftung der Versicherungsforderung nach der Wiederherstellung erlöschen. Voraussetzung für dieses Erlöschen ist jedoch die völlige Wiederherstellung bzw. Wiederbeschaffung des Gegenstandes. Bis zur völligen Wiederherstellung bzw. Wiederbeschaffung des Gegenstandes bleibt entgegen der Meinung Staudingers die ganze Versicherungsforderung verhaftet, nicht etwa die Differenz des ursprünglichen und jetzigen Wertes.

§ 1128. 1. **RG.** DJZ. **09** 146. Eine Versicherung eines Gebäudes im Sinne des § 1128 BGB. ist dann nicht vorhanden, wenn nur einzelne Maschinen, die als wesentliche Bestandteile des Gebäudes gelten, ohne das übrige Gebäude versichert sind.

2. Simon aaO. 95. In die Bestimmung des § 1128 spielt auch § 1127 Abs. 2 hinein, nach welchem die Haftung der Forderung gegen den Versicherer erlischt, wenn der versicherte Gegenstand wieder hergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist. Dieser Fall ist auch in Verbindung mit § 1128 denkbar. Hat nämlich der Versicherer dem Versicherten die Entschädigungssumme ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Wiederherstellung ausgezahlt und wird das Gebäude von diesem auch wirklich wieder hergestellt, so wird zwar die Forderung nach Wiederherstellung von der Haftung frei. In der Zwischenzeit, während der Wiederherstellung, bleibt jedoch der Versicherer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, und dieser kann verlangen, daß ihm seine Pfandforderung nach § 1128 Abs. 1 BGB. mündelsicher angelegt wird.

3. Simon aaO. 93. Der Widerspruch eines von mehreren Hypothekengläubigern wirkt nur für den einen Widersprechenden und bewirkt die Zahlungssperre nicht etwa für die übrigen mit. Jeder Hypothekengläubiger muß, will er die Vorteile des § 1128 genießen, Widerspruch einlegen. Bei Einlegung des Widerspruchs seitens mehrerer Hypothekengläubiger gilt für die Zeit der Einlegung des Widerspruchs nicht der Satz prior tempore potior jure, sondern allein der Rang der Hypotheken entscheidet auch hier.

§ 1129. Simon aaO. 98. Hat vor der Beschlagnahme ein Dritter ein Recht an der Versicherungsforderung erlangt, so geht dieses der Hypothek im Range vor. Bei Konkurrenz mehrerer Hypothekengläubiger entscheidet nicht der Rang der Hypothek, sondern der Zeitpunkt der Beschlagnahme.

§ 1130. Simon aaO. 88. Es darf nicht unbeachtet bleiben, daß der § 1130 nur diejenigen Rechtsverhältnisse regelt, die gelten, wenn die Zahlung der Wiederherstellungsgelder den Versicherungsbestimmungen gemäß an den Versicherten erfolgt. Nicht aber sind die Rechtsverhältnisse geregelt, die in der Zeit bis zu solcher Zahlung und bei ordnungswidriger Auszahlung gelten.

§ 1132. I. Wesen der Gesamthypothek. 1. **RG. 70** 245, RJA. **10** 57, JW. **09** 164, R. **09** Ziff. 990, 992, 2597, ElsLothNotZ. **09** 138, ZBlFG. **10** 106. Es besteht nahezu Einigkeit darüber, daß, wenn für dieselbe Forderung auf mehreren Grundstücken Hypothek bestellt wird eine Gesamthypothek im Sinne des § 1132 BGB. entsteht und entstehen muß, und daß deren Eintragung auf sämtlichen haftenden Grundstücken — abgesehen etwa von Rang- und Zinsverschiedenheiten — im wesentlichen gleichartig zu gestalten ist, daß die Hypothek daher in der Regel nicht auf dem einen Grundstück als Verkehrs-, auf dem anderen als Sicherungshypothek, nicht auf dem einen als Briefhypothek, auf dem anderen als brieflose Hypothek eingetragen werden kann. Ob von diesem Grundsatze mit dem KG. und vielen Schriftstellern eine Ausnahme für den Fall nachträglicher im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgender Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 867 ZPO. anzuerkennen ist, kann dahingestellt bleiben und ebenso die Frage, ob für die nämliche Forderung hier in Frage Hypothek, dort eine Grundschuld eingetragen werden darf, was der erkennende Senat in einem Urteile vom 9. März 1901 nach preußischem Grundbuchrechte nicht mißbilligt hat und was auch zum Teil von Rechtslehrern zugelassen wird..... Zulässig ist dagegen Eintragung einer bedingten Sicherungshypothek für den Fall, daß die auf einem anderen Grundstück eingetragene Verkehrshypothek einen Ausfall erleidet. Allerdings läßt dies sich nicht auf § 1113 Abs. 2 BGB. stützen, wonach eine Hypothek auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden kann. Denn die Forderung des Gläubigers gegen den nämlichen Schuldner ist eine einheitliche, sie läßt sich nicht in eine unbedingte und in eine bedingte Ausfallforderung zerlegen, und ebensowenig umgekehrt die Schuld des Schuldners. Aber, wie gewöhnlich jedes Recht, so kann auch eine Hypothek nur bedingt eingeräumt werden. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Bestimmung über bedingte Rechtsgeschäfte im § 158 BGB. sowie daraus, daß die Bestellung und die Eintragung bedingter Hypotheken nirgends — auch nicht im § 16 GBO. — verboten ist, und daß das Gesetz, wo es die Begründung eines bedingten dinglichen Rechtes ausschließen wollte, nämlich bei der Auflassung, dies ausdrücklich gesagt hat.

2. LG. Mainz, HessRspr. **10** 38. Die Eintragung einer Sicherungshypothek ist unzulässig, wenn für dieselbe Forderung bereits eine Briefhypothek bestellt ist.

II. Die Verteilung der Gesamthypothek. 1. Zustimmung des Eigentümers zur Verteilung. a) **RG.** 5. 12. 08, **70** 93, RJA. **10** 53, ElsLothNotZ. **09** 102, ZBlFG. **10** 103, JW. **09** 58, DJZ. **09** 266, R. **09**

Ziff. 77, 279. Zur Durchführung der Verteilung ist ihre Eintragung im Grundbuch erforderlich. Daß diese nur in Gestalt einer Löschung der nicht zugeteilten Beträge zu verwirklichen sei, ist daraus, daß der § 875 im § 1132 Abs. 2 für „entsprechend" anwendbar erklärt ist, nicht zu entnehmen. Die zur Durchführung der Verteilung erforderliche Eintragung ist eben nicht eine Löschung, sondern die Eintragung einer Verteilung, und keinesfalls kann dem Gläubiger das ihm nach dem § 1132 Abs. 2 zustehende Recht, die Gesamthypothek unabhängig vom Eigentümer zu verteilen, auf dem Umweg über den § 875 Abs. 1 und den § 27 Abs. 1 GBO. wieder entzogen werden. Die zweite Vorschrift, nach der eine Hypothek nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden darf, bezieht sich nicht auf anderweitige Eintragungen, aus denen sich das Erlöschen der Hypothek als Rechtsfolge ergibt. Mit der Eintragung der Verteilung erlischt die Hypothek auf den einzelnen Grundstücken in Höhe der darauf nicht zugeteilten Beträge ohne weiteres. Damit ist wiederum das Erlöschen der Mitbelastung gegeben, und dieses ist nach dem § 49 Abs. 2 GBO. von Amts wegen zu vermerken. Dann aber begründet der § 27 Abs. 1 auch das Bedenken gegen die Löschung der nicht zugeteilten Beträge nicht mehr. Die in Frage stehende Löschung ist keine Löschung im Sinne des § 27 Abs. 1, sondern nur ein notwendiger Bestandteil der Eintragung der Verteilung. Es bedarf daher zu ihr der Zustimmung des Grundstückseigentümers nicht. **b)** KGJ. **37** A 307 (KG.). Die Löschung des bei der Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke einem jeden der Grundstücke nicht zugeteilten Teilbetrags der Hypothek bedarf nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers.

2. Art der Verteilung. KGJ. **37** A 307 (KG.). Nach dem inneren Zusammenhange der Bestimmungen in den beiden Absätzen des § 1132 BGB. kann der Gläubiger die Verteilung der Gesamthypothek auch in der Weise vornehmen, daß für einzelne Teilbeträge nur einzelne Grundstücke, für andere Teilbeträge dagegen mehrere der anderen Grundstücke gemeinschaftlich verhaftet bleiben (Turnau-Förster, LiegR. § 1132 BGB. Anm. 7).

III. *Wolf, WürttJ. **21** 129. Die Grundsätze über die Gesamthypothek finden entsprechende Anwendung, wenn die im Miteigentume mehrerer Personen stehenden Bruchteile eines Grundstücks mit einer Hypothek belastet werden oder wenn ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück in die Hand mehrerer Miteigentümer kommt.

§ 1133. SächsOLG. **30** 249, ZBlFG. **9** 589 (Dresden). Haftet der Eigentümer nicht persönlich, so ist bei Verschlechterung des Grundstücks ein dinglicher Arrest wegen der Hypothekenforderung zunächst nicht zulässig. Der Gläubiger muß vielmehr dem Eigentümer zunächst eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung seiner Hypothek bestimmen. Erst wenn bis zum Ablaufe der Frist die — vorhandene — Gefährdung nicht durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt sein wird, kann der Gläubiger auf Grund der von ihm geltend gemachten Tatsachen Befriedigung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen suchen und zur Sicherung seines hierauf gerichteten Anspruchs arrestatorische Maßregeln erwirken.

§ 1134. 1. OLG. **18** 171 (Breslau). Der § 1134 setzt eine Verschlechterung des Grundstücks als solchen voraus, erstreckt sich aber nicht auf eine Verschlechterung der weiteren dem Hypothekenrechte gemäß § 1120 unterworfenen Gegenstände. Das folgt schon aus § 1135, welcher der Verschlechterung des Grundstücks nur die Verschlechterung oder unwirtschaftliche Entfernung der mithaftenden Zubehörstücke und nicht etwa jedes einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechende Verfahren hinsichtlich der Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt, gleichstellt. Auch verbietet der Wortlaut des § 1135, welcher lediglich von der Beseitigung von Zubehörstücken spricht, eine Verfügung über Früchte, welche

nicht die Eigenschaft des Zubehörs haben und über Miet- und Pachtzinsforderungen als Verschlechterung des Grundstücks im Sinne der §§ 1134, 1135 aufzufassen (Mot. **3** 674). Ebensowenig ist der § 935 ZPO. anwendbar. Denn die Besorgnis einer Gefährdung der Rechte der Hypothekengläubiger durch mißbräuchliche Verfügung über die der Hypothek unterliegenden Mietzinsforderungen ist nicht begründet.

2. **RG.** 5. 6. 09, GruchotsBeitr. **53** 1009, BayRpflZ. **09** 355, JW. **09** 416, DJZ. **09** 1146, WarnE. **2** 436, R. **09** Ziff. 2661. Durch die §§ 1134, 1135 BGB. sind unbewegliche Pfandgegenstände und deren Zubehör gegen Verschlechterung und Verschleppung durch den Eigentümer oder Dritte geschützt. Wer diesem Schutzgesetze zuwider, in Kenntnis oder auch nur in sicherer Vermutung gefährdeter Hypotheken, durch erhebliche eigene Ankäufe von Gutsfrüchten und Zubehör und durch Ratserteilung an andere Dritte zur gänzlichen Entblößung der verpfändeten Grundstücke von Früchten und Einrichtungsgegenständen mit und neben den Eigentümern mitwirkt, der macht vorsätzlich — zum allermindesten in Eventualdolus — die verwüstende Tätigkeit der Pfandschuldner zu seiner eigenen, er verletzt im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit diesen die erwähnten Schutzgesetze und er schädigt dadurch die nach der Gutsausplünderung nicht mehr gedeckten Hypothekenrechte. Er hat mit anderen durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung den Schaden verursacht und ist daher nach §§ 830, 840 BGB. für den ganzen Schaden gesamtschuldnerisch verantwortlich, selbst wenn er sich solche Gegenstände zu einem hinter dem Gesamtschaden zurückbleibenden Werte angeeignet hat.

3. Bonschab, SeuffBl. **09** 550. Die Möglichkeit und Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Verpflichtung des Hypothekenschuldners zur Versicherung seiner Gebäude ist von Theorie und Rechtsprechung einmütig anerkannt, insofern, als die Unterlassung einer Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr oder deren Nichterneuerung als drohende Verschlechterung im Sinne des § 1134 BGB. angesehen wird (vgl. insbesondere **RG. 52** 296, Turnau-Förster, Staudinger, Planck zu § 1133 und § 1134 BGB.). AM. BayObLG. 17. 3. 09, BayRpflZ. **09** 308 und BayObLG. **10** 118.

4. Grabner, GruchotsBeitr. **53** 668. (671) Der Unterschied zwischen der Zwangsverwaltung aus § 1134 Abs. 2 und der Zwangsverwaltung nach dem ZVG. besteht vor allem darin, daß jene nur Sicherungszwecke hat, diese, die auf Grund eines Schuldtitels eingeleitet ist, der durch persönliche oder dingliche Klage erwirkt ist, die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen soll. .... (672). Wenn der Schuldtitel auf Zulässigkeit oder Duldung der Zwangsverwaltung lautet, so kann es wohl gar keinem Zweifel unterliegen, daß eine Verwaltung unter gerichtlicher Leitung beabsichtigt gewesen ist. Solche zwangsweise Verwaltungen erfolgen in Deutschland stets unter Leitung und Aufsicht des Amtsgerichts. Man denke an das Konkursverfahren, die Nachlaßverwaltung, die Nachlaßpflegschaft und die Zwangsverwaltung nach dem ZVG. Der Gläubiger hat sich also an das Amtsgericht als das allgemeine Vollstreckungsgericht und zwar selbstverständlich an das für das Grundstück zuständige Amtsgericht zu wenden. .... (673) Auch wenn der Vollstreckungstitel nicht besagt, daß das Amtsgericht den Verwalter zu ernennen habe, wird sich an dessen Befugnis, ihn zu ernennen, nicht zweifeln lassen. .... Die Durchführung der Zwangsverwaltung richtet sich zunächst nach den Vorschriften, die im Vollstreckungstitel dafür gegeben sind. Da aber der Titel meist über die einzelnen Verwaltungsmaßnahmen gar nichts sagt, so hat der Verwalter zwar nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu verfahren, es ist aber weiter die Frage, inwieweit er dabei die Vorschriften des ZVG. für die dort geregelte Zwangsverwaltung zu beachten hat. Eine Eintragung im Grundbuch ist aber nicht zulässig (aM. KGJ. **35** A 265). .... (675). Veräußert während einer Zwangsverwaltung

der Eigentümer das Grundstück, so endet die Zwangsverwaltung von selbst. Das ergibt sich aus der Natur des Anspruchs aus den §§ 1134, 1135 BGB. Es scheidet mit der Veräußerung gerade die Person aus, welche durch ihr Verhalten das Grundstück gefährdet hatte. Den neuen Eigentümer kann man nicht für das Verhalten seines Rechtsvorgängers verantwortlich machen. § 26 ZVG. findet also keine Anwendung, ebensowenig die §§ 155 Abs. 2, 156 Abs. 2, 157—160 ZVG. (676) Mit Rücksicht auf den in den §§ 146 Abs. 1, 22 Abs. 1, 151 ZVG. geregelten Eintritt der Wirksamkeit der Beschlagnahme durch die Zwangsverwaltung nach dem ZVG. ist folgendes zu bemerken: Ist der Vollstreckungstitel ein Urteil, so wird das Veräußerungsverbot, wie aus § 312 ZPO. zu entnehmen ist, schon mit der Verkündung des Urteils, ist er eine durch Beschluß ergehende einstweilige Verfügung, so wird das Verbot nach den §§ 936, 922 Abs. 2, 928, 929 ZPO. mit ihrer Zustellung an den Eigentümer wirksam. Einer Besitzergreifung bedarf es in beiden Fällen nicht, da solche zu einer Beschlagnahme nicht nötig ist. Freilich kann die Verwaltung durch die Zustellung möglicherweise noch nicht in vollem Umfang eingeleitet sein, z. B. wenn der Verwalter noch nicht ernannt ist oder sich noch nicht in den Besitz des Grundstücks gesetzt hat. Nach Analogie der Vorschrift im § 151 Abs. 1 ZVG. ist im Falle einer einstweiligen Verfügung anzunehmen, daß die Besitzergreifung durch den Verwalter, wenn sie nach §§ 939, 929 Abs. 3 ZPO. vor der Zustellung der einstweiligen Verfügung erfolgt, die Beschlagnahme erwirkt, denn die Gültigkeit solcher vorzeitigen Zwangsvollstreckungsmaßregel ergibt sich eben aus diesen beiden Paragraphen der ZPO. und die Besitzergreifung nimmt, wohl meist ganz, dem Eigentümer tatsächlich die Verwaltungsmöglichkeit. Für die Verwaltung selbst kann man die Vorschriften in den §§ 152, 153, 154, 155 Abs. 1, 156 Abs. 1 ZVG. anwenden. .... Was das Ende der Zwangsverwaltung anlangt, so hat sie ihre besonderen Endigungsgründe. Ist sie durch einstweilige Verfügung angeordnet, so endet sie im wesentlichen in der Weise, wie eine einstweilige Verfügung überhaupt ihr Ende findet, wenn sich der Gläubiger keinen endgültigen Schuldtitel verschafft hat. Unanwendbar sind sonst z. B. die Vorschriften im § 161 Abs. 4 verbunden mit § 28 ZVG. Zur Anwendung dürften sich aber noch die im Abs. 2 eignen, die im Abs. 3 sind im Falle einer einstweiligen Verfügung schon durch die Vorschriften in den §§ 936, 934 Abs. 2 ZPO. gedeckt, dagegen im Verfahren auf Grund eines Urteils anwendbar. .... (678) Der Eigentümer kann durch Widerspruch und unter Umständen durch Antrag auf Setzung einer Frist zur Klagerhebung nach § 926 Abs. 1 oder durch einen Antrag nach § 927 Abs. 1 ZPO. dem Verfahren ein Ende bereiten. Dagegen darf das Vollstreckungsgericht nicht ohne weiteres die Zwangsverwaltung in eine solche nach dem ZVG. umwandeln, wenn der Schuldtitel irgendwie in seine Hände kommt, denn zur Einleitung der Zwangsverwaltung des ZVG. ist ein den Vorschriften in den §§ 15 ff. ZVG. genügender Antrag nötig. .... Zur Sicherung einer Hypothek gegen eine gefährdende Verschlechterung des Pfandgrundstücks darf die Zwangsverwaltung nach dem ZVG. durch einstweilige Verfügung nicht angeordnet werden, weil dies im Widerspruche mit dem Sicherungscharakter der einstweiligen Verfügung stehen würde (aM. **RG.** 14. 10. 08, R. **08** II Ziff. 3476).

§ 1135. 1. **RG.** SeuffA. **64** 453. Nach den Vorschriften in den §§ 1134, 1135 hat der Pfandgläubiger eine Klage auf Unterlassung, wenn Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider vom Grundstück entfernt werden und dadurch die Besorgnis einer Gefährdung der Hypothek entsteht. Handlungen dieser Art sind mithin widerrechtlich, sie verletzen das dingliche Hypothekenrecht und stellen deshalb, mögen sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein, eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB. dar.

2. OLG. Kiel, SeuffA. **64** 484, SchlHolstAnz. **08** 366. Einstweilige Anordnungen

zum Schutze eines Hypothekengläubigers gegen die Veräußerung von Zubehör durch den Konkursverwalter sind zulässig.

§ 1136. 1. PosMSchr. **09** 4, R. **09** Ziff. 689 (Marienwerder). Wenn der Regierungspräsident die nach Art. I § 13 AnsiedG. v. 10. August 1904 erforderliche Ansiedelungsgenehmigung davon abhängig macht, daß der Nachsuchende sich zu einer an den Kreis zu zahlenden Vertragsstrafe für den Fall verpflichtet, daß er sein Anwesen an einen Polen weiterverkaufe, so ist das Versprechen dieser Vertragsstrafe nicht nichtig. Sie widerspricht weder dem § 137 BGB. noch dem § 1136 BGB.

2. LG. Metz, ElsLothNotZ. **09** 207. Die in einem Kaufvertrage vereinbarte Verfügungsbeschränkung, daß sich der Käufer verpflichte, das gekaufte Grundstück vor Erlangung eines bestimmten Lebensalters weder zu veräußern noch zu belasten, kann in das Grundbuch nicht eingetragen werden, weil sie dem § 137 BGB. widerspricht.

§ 1137. **RG.** 12. 6. 09, JW. **09** 461. Wenn auch anzuerkennen ist, daß durch Umwandlung einer Kaufpreis- in eine Darlehnsforderung und durch deren hypothekarische Eintragung nach § 1137 BGB. das Zurückgehen auf das der Hypothek zugrunde liegende ursprüngliche Rechtsverhältnis und die Entnahme von Einreden daraus im allgemeinen nicht ausgeschlossen wird, so hat doch schon **RG.** VI, 13. 11. 05, **62** 51 ausgesprochen, daß eine bloß aufschiebende (dilatorische) Einrede aus dem Grundgeschäfte dem Schuldner dadurch verloren geht, daß er seine Verbindlichkeit zur Zahlung der Forderung in eine Darlehnsschuld hat umwandeln lassen, gerade so, wie sie durch Zahlung jener Schuld verloren gegangen sein würde; denn die bloße dilatorische Einrede mache eben die Schuld nicht zu einer Nichtschuld.

§ 1138. 1. **RG.** WarnE. **2** 26. Nach § 1138 gelten die Vorschriften der §§ 891 bis 899 aaO., also insbesondere auch die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchs zugunsten des gutgläubigen Erwerbers (§ 892 aaO.), für die Hypothek zwar auch in Ansehung der Forderung, für diese aber nur, solange sie mit der Hypothek in Verbindung steht und die Hypothek von ihr abhängig ist, nicht aber für die von der Hypothek losgelöste persönliche Forderung (**RG.** **49** 68; vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I 840 Note I; Planck, BGB. Note 2 zu § 1138).

2. **RG.** R. **09** Ziff. 690. Die Erstreckung der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 892 BGB. über den gutgläubigen Erwerb auch auf die Hypothekenforderung und die gegen sie zulässigen Einreden setzt voraus, daß bereits bestimmte Einwendungen und Einreden in Frage standen. Auch beseitigt nur die tatsächliche Kenntnis hiervon den guten Glauben. Gegenüber nur allgemeinen und unbestimmten Mitteilungen liegt dem Erwerber einer Hypothek eine Erkundigungspflicht nicht ob.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1684. Verlangt der Grundeigentümer, auf dessen Grundstück für sein Darlehen eine Briefhypothek eingetragen ist, Löschung der Hypothek mit der Behauptung, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, so trifft ihn die volle Beweislast.

§ 1141. 1. HansGZ. **09** Beibl. 240 (Hamburg). Die Kündigung einer Hypothek kann in der Zustellung einer auf Zahlung des Kapitals gerichteten Klage erblickt werden.

2. OLG. **18** 172 (Königsberg). Es genügt die Kündigung an den Mann allein auch dann, wenn von den als Eigentümer eingetragenen gütergem. Eheleuten die Frau stirbt.

3. SchlHolstAnz. **09** 316 (Kiel). In der Wiederholung der Kündigung einer Hypothek ist ohne weiteres die Zurücknahme der ersten Kündigung nicht zu finden.

4. KGBl. **09** 26 (KG.). Ist ein Teilbetrag einer weiterbestehenden unkündbaren Amortisationshypothek amortisiert, so können die Vertragsbestimmungen, welche

für die Einziehung der Post gelten, auf die amortisierte Teilpost schon deshalb nicht bezogen werden, weil die Vereinbarung der Unkündbarkeit mit der Vereinbarung über die Amortisation in untrennbarer Verbindung steht, der in Frage stehende Teilbetrag aber nicht amortisierbar ist, weil er bereits amortisiert ist. . . . . Die Fälligkeit der Grundschuld ist daher durch besondere Vertragsbestimmungen nicht beschränkt und unterliegt demnach der 6 monatigen Kündigung des § 1193 BGB.

5. MecklZ. **27** 239 (Rostock). Da der Gläubiger die Kündigung in der Regel und so auch die in den landesüblichen Zahlungsterminen erfolgende bis zu einem bestimmten spätesten Zeitpunkte bewirken muß, so braucht er den genauen Zeitpunkt der Kündigung nicht zu beweisen, sondern nur, daß sie bis zum Ablaufe der Frist erfolgt ist.

§ 1142. **RG.** WarnE. **2** 318. Da der Eigentümer die Fälligkeit der hypothekarisch gesicherten Forderung sich gegenüber selbständig durch Kündigung herbeiführen kann (§ 1141) und da er ferner ebenfalls anders, wie ein beliebiger Dritter, den Gläubiger unter den Voraussetzungen der §§ 372 ff. und bzw. der §§ 387 ff. BGB. durch Hinterlegung und durch Aufrechnung mit ihm zustehenden Gegenforderungen befriedigen kann (§ 1142 Abs. 2), erscheint es auch unbedenklich, anzunehmen, daß er unter denselben Voraussetzungen, wie der persönliche Schuldner, den Gläubiger durch wörtliches Angebot in Annahmeverzug setzen kann.

§ 1144. 1. **RG.** BayRpflZ. **09** 392. Der Eigentümer eines Grundstücks ist zu der Klage auf Löschung einer Hypothek nicht berechtigt, wenn aus seiner eigenen Darstellung hervorgeht, daß die Hypothek Grundschuld eines früheren Eigentümers geworden ist.

2. **RG.** 27. 3. 09, HansGZ. **09** Beibl. 245. Der Grundeigentümer, welcher Löschung einer Hypothek verlangt, muß beweisen, daß der Hypothek keine Forderung zugrunde liegt, muß auch dartun, daß die Darlehnsforderung nicht durch Umwandlung anderer Forderungen zur Entstehung gelangt ist, wenn der Gläubiger das behauptet.

3. OLG. **18** 173 (Cassel). Der zahlende Hypothekenschuldner (Eigentümer) darf auf Grund des § 1144 außer einer löschungsfähigen Quittung nicht auch die Umschreibungsbewilligung vom Gläubiger verlangen, wenn von mehreren Miteigentümern des Grundstücks der eine die Hypothek bezahlt hat, weil zweifelhaft ist, welche rechtlichen Folgen eine solche Zahlung hat.

4. SchlHolstAnz. **09** 284 (Kiel). Zur Zurückbehaltung des Hypothekenbriefs ist der Gläubiger auch wegen Nichtbefriedigung hinsichtlich der im § 1118 BGB. genannten Kosten berechtigt.

§ 1147. 1. *Dümchen, JheringsJ. **54** 413 ff. Die korrekte Fassung des Klagantrags und der Urteilsformel hat auf „Duldung der Zwangsvollstreckung" oder auf „Feststellung der Vollstreckbarkeit in das Grundstück" zu lauten. Im Anschluß an den Gesetzeswortlaut ist auch die Formulierung auf Verurteilung „aus dem Grundstücke zu zahlen" statthaft.

2. LG. Mainz, HessRspr. **10** 30. Es ist zuzugeben, daß die Vereinbarung des völligen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung unzulässig ist, da sie der Hypothek ihr Wesen schlechthin nehmen würde. Die Eintragung einer derartigen Abrede kann daher nicht stattfinden (Planck, BGB. [3] § 1147 Anm. 3; Staudinger, BGB. § 1113 Anm. 1). Dagegen erscheinen Vereinbarungen, durch welche das Recht des Hypothekengläubigers beschränkt wird, in beschränktem Umfang als zulässig. . . . . Hierher gehört auch der Fall, wenn der Gläubiger sich verpflichtet hat, sein Recht zeitweise nicht auszuüben, also z. B. die Zwangsvollstreckung binnen 5 Jahren nicht zu betreiben. Solche Abreden sind eintragungsfähig im Hinblick auf §§ 1157, 894 BGB.

§ 1151. Wegen des Rangverhältnisses der aus den einzelnen Teilhypotheken durch ratenweise Abzahlung entstehenden Eigentümerteilgrundschulden zu den Gläubigerresthypotheken und unter sich vgl. zu § 1176 BGB.

§ 1154. 1. OLG. **18** 174 (Hamburg). Unter „Erteilung" der Abtretungserklärung ist nicht etwa die bloße Ausstellung, sondern die Aushändigung des Schriftstücks an den Erwerber zu verstehen.

2. BayRpflZ. **09** 94, SeuffBl. **09** 139, BayObLG. **9** 537, OLG. **18** 209, ZBlFG. **9** 411 (BayObLG.). Die Umschreibung einer Sicherungshypothek zum vollen Betrag auf einen neuen Gläubiger kann auf Antrag des bisherigen Gläubigers auch dann eingetragen werden, wenn ein Teil der Forderung getilgt und nur der Rest abgetreten ist. Denn über die Teilgrundschuld des Eigentümers verfügt der Abtretende nicht, der neue Gläubiger erwirbt die Hypothek nur zum Restbetrag, und durch die unbeschränkte Eintragung wird das Grundbuch nicht in höherem Maße unrichtig, als bisher. Zustimmend: Scherer, BayNotZ. **10** 310. Dagegen: Fischer ebenda 128: Die Umschreibung der ganzen Hypothek auf den neuen Gläubiger ist unzulässig. Denn von dieser Umschreibung würde die Teilgrundschuld des Eigentümers betroffen werden, weil ein Recht von einer Eintragung auch dann betroffen wird, wenn die Eintragung weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Ungunsten ist. Überdies würde die Rechtsstellung des Eigentümers verschlechtert werden, weil auch die formelle Verneinung des Eigentümerrechts eine Verletzung dieses Rechtes darstellt. Ferner Güthe ebenda 197 (s. Bem. zu § 19 GBO.).

3. **RG.** 11. 3. 09, **70** 379. Die Hypothek erstreckt sich kraft Gesetzes auch auf die beweglichen Sachen, die dem Gläubiger als Zubehör oder Bestandteile des belasteten Grundstücks mithaften, und deren Haftung durch ihre Wegschaffung vom Grundstücke, da der Wegschaffung keine wirksame Veräußerung zugrunde lag, nicht erloschen war. Wurde der Anspruch aus der Hypothek abgetreten, so ging dadurch das Recht des Hypothekengläubigers, sich an die weggebrachten Gegenstände zu halten und ihre Rückschaffung zu verlangen, ohne weiteres auf den Erwerber der Hypothek über. Einer ausdrücklichen Willenserklärung hierüber bedurfte es nicht; vielmehr hätte umgekehrt, wenn der Übergang des Rückschaffungsanspruchs ausgeschlossen werden sollte, diese Ausschließung in der Urkunde zum Ausdrucke gebracht werden müssen.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 69. Tritt der Grundstückseigentümer (Antragsgegner) dem Antragsteller von einer ihm von der Lebensversicherungsbank zugesagten, in voller Höhe eingetragenen Baugeldhypothek den noch nicht ausgezahlten Restbetrag, der ihm „per 1. August 1906 zustehe", ab, so liegt darin keine Abtretung oder Verpflichtung zur Abtretung des wegen nicht erfolgter Zahlung zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothekenteils.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3781. Der Grundstückseigentümer A. hatte eine für ihn eingetragene Grundschuld fiduziarisch dem B. übertragen, B. hatte die Grundschuld weiter dem C. übertragen. Bei Beendigung des fiduziarischen Verhältnisses zwischen A. und B. kann A. Ansprüche auf Rückübertragung der Grundschuld nur gegen B., nicht auch gegen C. erheben, selbst wenn diesem beim Erwerbe der Hypothek das fiduziarische Verhältnis zwischen A. und B. bekannt war.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 1514. Der Grundstückseigentümer hatte eine für ihn entstandene Teileigentümergrundschuld ohne Übergabe des Hypothekenbriefs und ohne Abtretung des Anspruchs gegen den Hypothekengläubiger auf Vorlegung des Hypothekenbriefs zwecks Bildung eines Teilbriefs an A., dieser hatte die Eigentümergrundschuld weiter an B. abgetreten und seinerseits erklärt, daß er dem B. auch den Anspruch auf Vorlegung des Hypothekenbriefs übertrage. Beide Hypothekenabtretungen sind unwirksam.

7. Merk, BadNotZ. **09** 62. Der Anspruch einer Hypothekenbank auf Zinseszins (BGB. § 248 Abs. 2 Satz 2) ist nicht übertragbar.

8. SchlHolstAnz. **09** 216 (Kiel). Die Zession einer sog. Bordellhypothek unter Übernahme der Garantie für ihre Einbringlichkeit ist nicht nichtig.

9. R. **09** Ziff. 2001 (Colmar). Die Übernahme der Verpflichtung zur Abtretung einer Hypothekenforderung bedarf nicht der schriftlichen Form.

§ 1155. 1. OLG. **18** 178 (Posen). Das Anerkenntnis braucht nur die Tatsachen, an die das Gesetz den Übergang knüpft, zum Gegenstande zu haben; dies entspricht den praktischen Bedürfnissen, und es ist nicht einzusehen, weshalb das Anerkenntnis der Tatsachen, aus denen nach dem Gesetz ohne weiteres der Übergang folgt, in der Wirkung dem Anerkenntnisse des Überganges nicht gleichstehen, weshalb gerade bei dem Anerkenntnisse des § 1155 im Gegensatze zu dem Geiste des BGB. (§ 133) der Gebrauch der feierlichen Worte „Übertragung kraft Gesetzes" unbedingt erforderlich sein soll.

2. Huther, MecklZ. **27** 126—151 (148). Liegt eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen vor, so wird das Grundbuchamt genau darauf zu achten haben, was die Zwischengläubiger über das Zinsrecht verfügt haben.

§ 1156. **RG.** 27. 10. 09, R. **09** Ziff. 3782. Zu den Einreden, die dem Zessionar einer Hypothek oder Grundschuld beim Mangel des guten Glaubens entgegengesetzt werden können, gehört auch die Einrede, daß der Zedent nach einem mit dem Grundstückseigentümer getroffenen fiduziarischen Abkommen zur Abtretung der Hypothek oder Grundschuld nicht berechtigt gewesen sei. Der Zessionar kann sich nicht darauf berufen, daß zur Zeit der Zession noch Ansprüche bestanden hätten, für welche die Hypothek oder Grundschuld dem Zedenten gehaftet habe.

§ 1163. I. Wesen der Eigentümerhypothek. 1. *Dümchen, Wesen der Grundpfandrechte, IheringsJ. **54** 355 ff. Das Eigentümerpfandrecht ist ein vollwirksames Pfandrecht. Das Grundstück haftet für eine gegenwärtige Schuld, bei der zwar augenblicklich ein Schuldner fehlt, die aber im Hinblick auf den möglichen, künftigen Schuldner schon jetzt rechtliche Existenz besitzt.

2. Herold, ZBlFG. **10** 177 ff. (181) Die Eigentümerhypothek muß als bedingtes dingliches Recht bezeichnet werden. .... (187) Ist ein persönliches Recht aufschiebend bedingt bestellt, so gibt es zunächst weder Recht noch Verpflichtung, eine bedingte Schuld ist noch keine Schuld, Erfüllung kann nicht begehrt werden, auch nicht bedingte Erfüllung. Ist aber die einem persönlichen Rechte beigefügte auflösende Bedingung eingetreten, so verschwindet es, ohne eine Spur zu hinterlassen. Anders muß es aber naturgemäß bei den dinglichen Rechten sein. Fällt beim Rückfallsrechte, das der Entwurf I BGB. bei der bedingten Auflassung kannte, das Eigentum des Erwerbers weg, so tritt an dessen Stelle wieder das des Veräußerers. Das Recht verschwindet nicht, sondern wechselt nur seinen Inhaber. Ganz ähnlich ist dies bei den Rechten an fremder Sache. Freilich besteht hier bis zum Eintritte der aufschiebenden Bedingung kein besonderes Recht und entsteht nicht ein solches mit dem Eintritte der für das Recht an fremder Sache auflösenden Bedingung. Aber es bleibt doch das dem anderen einzuräumende Recht an der Sache bis dahin in dem umfassenden Rechte des Eigentümers oder fällt in dieses zurück. Hier tritt nun aber beim Pfandrecht ein ungemein wichtiger Umstand hinzu. Fällt nämlich das einzige an der Sache bestehende Pfandrecht weg, so bleibt zwar alles bei dem Gesagten, sind aber mehrere Pfandrechte bestellt, so müßte an sich das Wegfallen des zunächst bestellten den nachfolgenden Pfandrechten zugute kommen, die ja gewissermaßen das Recht haben, ihre Befriedigung aus der Sache zu suchen. Soll aber dieses Nachrücken der späteren Gläubiger bei der Hypothek verhindert, der Anspruch auf den im Range der Hypothek liegenden Wertsteil des Grundstücks dem Eigentümer gewahrt werden, dann gibt es nur ein Mittel, die Eigentümerhypothek oder richtiger Eigentümergrundschuld. .... (191) Der wichtigste Schutz der Eigentümergrundschuld ist, daß das Recht in bestimmten Fällen zu Verfügungen über die Hypothek die Zustimmung des Eigentümers erfordert. Während nämlich für Abtretungen

oder Verpfändungen die volle Verfügungsfreiheit des Gläubigers weiter anerkannt ist, hat das Recht Rangänderung und Aufhebung der Hypothek in §§ 880, 1183 BGB., § 27 GBO. für unzulässig erklärt, wenn nicht der Eigentümer gehört wird und zustimmt; unter Eigentümer ist aber hier der, der es zur Zeit der Verfügung ist, zu verstehen. Seine Zustimmung ist eine Verfügung über seine Anwartschaft auf die Eigentümergrundschuld. .... (192) Dagegen ist während des Bestehens der Hypothekenforderung weder die Rechtsanwartschaft des Eigentümers noch vor allem auch eine Verfügung über diese im Grundbuch eintragbar. Denn das Gesetz kennt für das Grundbuch diese Rechtsanwartschaft nicht einmal als Verfügungsbeschränkung, als Merkzeichen der Bedingtheit des Gläubigerrechts, geschweige denn als übertragbares Recht selbst.

II. Zwingende Natur der Vorschriften über die Eigentümerhypothek. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 78. Eine bloß mündliche Vereinbarung zwischen dem persönlichen Schuldner und dem Hypothekengläubiger, es solle eine von jenem an diesen gezahlte und schon zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek als Sicherheit für andere Forderungen des Gläubigers dienen, bewirkt nicht den Übergang der gezahlten Hypothek auf den Gläubiger. Eine derartige Abmachung ist dem Konkursverwalter gegenüber auch nicht als persönlicher Anspruch erzwingbar.

2. BayRpflZ. **09** 25 (BayObLG.). Ein Verzicht auf die künftige Eigentümergrundschuld mit der Wirkung, daß die Hypothek, statt Eigentümergrundschuld zu werden, ohne weiteres erlischt, ist nach § 875 BGB. überhaupt nicht möglich.

3. OLG. Königsberg, SeuffA. **64** 456, PosMSchr. **09** 25, R. **09** Ziff. 2120. Die Entstehung der Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld, die kraft Gesetzes mit jeder Teilzahlung auf die Kapitalforderung in Höhe der geleisteten Zahlung eintritt, kann durch keine abweichende Vereinbarung verhindert werden. Eine Vertragsbestimmung, wonach die aus der Zahlung von Amortisationsraten sich ergebenden Rechte nicht dem zahlenden, sondern dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen sollen, würde also niemals die Wirkung haben können, daß diese Rechte als Zubehör oder als Bestandteil des Grundstücks bei einem Eigentumswechsel auf den neuen Grundstückseigentümer ohne weiteres übergehen. Denn das würde in Widerspruch stehen mit den Vorschriften über Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld, die kraft Gesetzes von dem die Amortisationsrate zahlenden Grundstückseigentümer erworben wird und diesem auch verbleibt, wenn das Grundstück in das Eigentum eines anderen übergeht.

4. Goldmann, LeipzZ. **09** 358. Bindung des Konkursverwalters an formlose Zusagen des Gemeinschuldners, künftige Eigentümergrundschulden nicht geltend zu machen.

III. Nichtentstehung der Eigentümerhypothek im Falle des Fehlens der Einigung. **RG.** 3. 3. 09, **70** 353, JW. **09** 219, R. **09** Ziff. 1140. In den Fällen, in denen an die Stelle einer Hypothek des Gläubigers nach Gesetzesvorschrift eine Grundschuld des Eigentümers treten soll, insbesondere auch im Falle des Nichtbestehens der Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek bestellt worden ist, ist Erfordernis dafür, daß gemäß § 1177 Abs. 1 BGB. die Hypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt oder, wie in dem zuletzt genannten Falle, von vornherein rechtlich nur als Eigentümergrundschuld besteht, eine rechtswirksam erfolgte Bestellung der Hypothek, also eine Einigung über die Belastung des Grundstücks im vorgenannten Sinne. .... Daraus folgt, daß, wenn der Eigentümer für einen bestimmten Gläubiger eine Hypothek eintragen läßt, der Gläubiger aber nicht seine Einwilligung zur Bestellung der Hypothek für ihn gibt, weder eine Hypothek noch eine Eigentümergrundschuld entsteht, sei es auch, daß die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam ist. Allerdings

ist, wie im § 1188 BGB. zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, ausnahmsweise im § 1196 BGB. zur Bestellung einer Grundschuld für den Eigentümer selbst die Eintragungsbewilligung des Eigentümers allein für genügend erklärt. Hieraufhin wird in der Rechtslehre die Ansicht vertreten, daß aus einer wegen mangelnder Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer nichtigen Hypothek eine Eigentümergrundschuld entstehe, sofern nur die Eintragungsbewilligung des Eigentümers an sich rechtswirksam sei. .... Allein, wenn Wille und Erklärung des Eigentümers darauf gerichtet sind, für einen anderen eine Hypothek zu bestellen, so kann eine Haftung des Grundstücks überhaupt nur dann rechtswirksam begründet werden, wenn die für die Entstehung eines hypothekarischen Rechtes dieser Art vom Gesetze bestimmten Voraussetzungen gegeben sind, wenn also zu der Eintragungsbewilligung des Eigentümers die Einwilligung des anderen in die Bestellung der Hypothek für ihn hinzugetreten ist. Ferner kann der dem wahren Willen entsprechenden Erklärung des Eigentümers, ein hypothekarisches Recht dieser Art für einen anderen zu begründen, nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht anderer Art für sich selbst an eigener Sache zu begründen, unterstellt werden. Dies kann auch auf dem im § 140 BGB. vorgeschriebenen Wege der Umdeutung nicht geschehen; denn diese Gesetzesvorschrift ist nicht dahin auszudehnen, daß einer Willenserklärung die Richtung der Begründung eines anderen Rechtes und für eine andere Person, als worauf die Erklärung tatsächlich gerichtet ist, gegeben werden könnte.

IV. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. a) v. Henle, R. **09** 387. Die nicht valutierte Kaufpreishypothek kann im Falle der Nichtigkeit des Kaufvertrags nur dem Erwerber zustehen, nicht dem Veräußerer, der zur Zeit der Eintragung der Hypothek nicht mehr Eigentümer des Grundstücks war. Der Veräußerer kann auf Grund der Nichtigkeit des Kaufvertrags auch weder ohne weiteres die Rückauflassung des Grundstücks noch die Übertragung der Hypothek verlangen. **b**) S. ferner zu § 1113 BGB. Ziff. II 4 b, c.

2. Der Fall des Erlöschens der Forderung. LG. Halle, NaumburgAK. **09** 53. Eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht, wenn die Valuta einer Hypothek von einem neuen Gläubiger auf Veranlassung des Grundstückseigentümers gezahlt wird.

3. Der Fall des § 868 ZPO. KG., KGBl. **09** 70, RJA. **10** 160. Als Eigentümer des Grundstücks im Sinne des § 868 ZPO. ist derjenige zu verstehen, der zur Zeit des Erwerbes der Hypothek Eigentümer ist.

V. Die Pfändung der Eigentümerhypothek. 1. du Chesne, ThürBl. **56** 1—10. Die gewöhnliche Forderungspfändung versagt völlig bei der Eigentümergrundschuld. Hier fehlt selbst die äußere Beziehung zweier Personen zueinander, und ein Leistungsverbot hat keinen Sinn, weil eine Leistung — durch Geschehenlassen der Zwangsversteigerung — überhaupt nicht in Frage kommt (§ 1197 BGB.). Es bleibt daher nur das Verfügungsverbot an den Inhaber der Eigentümergrundschuld übrig. Das ist aber nur noch scheinbar ein letztes Überbleibsel eines Forderungspfändungsakts; in Wirklichkeit ist es eine Beschlagnahme der gedachten Sache in der Art der Beschlagnahme des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren, also überhaupt keine Pfändung im landläufigen Sinne mehr, sondern ein nur noch zur Verhinderung des Unmöglichwerdens des Anspruchs erlassenes Veräußerungsverbot (§ 23 ZVG.). Dieses Veräußerungsverbot weist überdies noch die Merkwürdigkeit auf, daß es, da es den Vorschriften über Pfändung einer Hypothek unterfällt (§§ 857, 830 Abs. 2 ZPO.), nicht einmal, wie die übrigen richterlichen Veräußerungsverbote, auch außerhalb des Grundbuchs wirkt, sondern zu diesem Zwecke erst noch eingetragen werden muß. Hier wird der Pfändungsgegen-

stand durch den zivilprozessualen Pfändungsakt überhaupt nicht mehr ergriffen, auch nicht in der Form, daß den Beteiligten, oder auch nur dem Schuldner die Verfügung über ihn unmöglich gemacht wird; vielmehr verschafft der Pfändungsbeschluß dem Gläubiger erst die Voraussetzung dazu, durch Bewirkung der Eintragung ein wirkliches Pfandrecht zu erlangen. Und die Unzulänglichkeit dieser Regelung steigert sich noch, wenn die Eigentümergrundschuld zwar entstanden, aber noch nicht für den Eigentümer eingetragen ist. Die Schwierigkeit rührt aber offenbar daher, daß das Pfändungsmittel nicht mehr auf den Gegenstand der Pfändung paßt; das Mittel ist auf den Gegenstand „Forderung" zugeschnitten und soll einen Gegenstand nach dem Schema „Sache" ergreifen.

2. ElsLothJZ. **09** 406 (Colmar). Die Pfändung einer Eigentümergrundschuld oder Eigentümerhypothek bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit nach §§ 857 Abs. 6, 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO. der Eintragung ins Grundbuch. Das gleiche ist nach §§ 857 Abs. 6 u. 837 Abs. 1 ZPO. zur Rechtswirksamkeit der Überweisung der Fall.

3. **RG.** 3. 2. 09, **70** 279. Die vor dem Zuschlag erfolgte Pfändung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös, der künftig auf eine Eigentümergrundschuld des Vollstreckungsschuldners entfallen wird, muß für unwirksam erachtet werden. Allerdings ist in der Rechtslehre mehrfach die gegenteilige Ansicht vertreten. Teils beruft man sich darauf, daß die Pfändung eines künftigen Anspruchs zulässig sei, und erklärt es für zweckmäßig, daß, sobald die Zwangsversteigerung eingeleitet sei, nicht nur die Eigentümerhypothek, sondern auch der Anspruch des Eigentümers auf den Versteigerungserlös gepfändet werde; teils meint man, der Anspruch unterliege als bedingter der Pfändung schon von der Einleitung der Zwangsversteigerung an. .... Vorliegend handelt es sich weder um einen Anspruch, dessen Entstehung in der Zukunft als möglich gedacht wird, noch um einen solchen, dessen Entstehung oder dessen Fortbestehen von einer Bedingung abhängig ist. Der Zuschlag schafft nicht für den Anspruch auf den Versteigerungserlös den Entstehungstatbestand; er bringt auch nicht eine Bedingung für die Entstehung des Anspruchs zur Erfüllung. Vielmehr wohnt dem Hypothekenrechte das Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse von vornherein inne. Es bildet sogar den Hauptinhalt des Hypothekenrechts. .... Ein Recht aber kann nur mit seinem gesamten Inhalte Gegenstand einer Verfügung sein; nicht aber kann über einzelne unselbständige Teile, aus denen das Recht zusammengesetzt ist, und durch deren gemeinsames Zusammenwirken es seine besondere Eigenart erhält, Verfügung getroffen werden. Deshalb muß es für unzulässig erachtet werden, daß während Bestehens des hypothekarischen Rechtes das daraus sich ergebende Recht, im Falle der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen, für sich allein zum Gegenstand einer Pfändung gemacht wird. .... Wollte man aber auch die Pfändung des Anspruchs auf den künftig möglicherweise an die Stelle des belasteten Grundstücks tretenden Versteigerungserlös während Bestehens des hypothekarischen Rechtes an sich für zulässig ansehen, so müßte doch erfordert werden, daß diese Pfändung in denselben Formen wie die Pfändung des hypothekarischen Rechtes selbst bewirkt wird.

4. SeuffBl. **09** 523 (München). Es verdient die Meinung den Vorzug, die sich für die Pfändbarkeit der sog. künftigen Eigentümergrundschuld ausspricht. .... (524) Dagegen kann die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch keinesfalls vor der Entstehung der Eigentümergrundschuld erfolgen.

5. v. Henle, R. **09** 420. Nicht nur die Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek, sondern auch die Pfändung selbst ist unzulässig.

§ 1164. SeuffA. **64** 150 (Königsberg). Die Vorschrift des § 1164 BGB. bezieht sich nicht auf Zinsrückstände.

§ 1166. **RG.** 25. 6. 09, JW. **09** 496, DJZ. **09** 1211. Ein Anwalt, der weiß, daß neben dem Hypothekenschuldner ein persönlicher Schuldner haftet und eventuell gleichfalls in Anspruch genommen werden soll, muß sich dann, wenn er zunächst gegen den Hypothekenschuldner mit der Zwangsversteigerung vorgeht, so verhalten, daß nicht die Rechte gegen den persönlichen Schuldner verloren gehen, was durch die Beachtung des § 1166 BGB. ohne weiteres erreicht wird.

§ 1168. 1. OLG. Colmar, ElsLothJZ. **09** 384, R. **09** Ziff. 1887, ElsLotNotZ. **09** 234. Die Verzichtserklärung (§ 1168 BGB.) und die Löschungsbewilligung (§ 1183 BGB.) schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können zu gleicher Zeit nebeneinander von dem Gläubiger gewollt sein. Will nämlich der Eigentümer, zu dessen Gunsten der Gläubiger auf seine Hypothek verzichtet, diese löschen lassen, so muß er vorher die Hypothek erwerben und zu diesem Zwecke den Verzicht eintragen lassen. Erst hierdurch erwirbt er die Hypothek und wird zu deren Löschung berechtigt. Zur Ersparung dieses Umwegs kann der Gläubiger neben dem Verzichte gleichzeitig auch die Löschungsbewilligung erklären.

2. BadRpr. **09** 33 (Karlsruhe). Ein Hypothekengläubiger kann die von ihm erteilte Löschungsbewilligung mit der Begründung anfechten, er habe die Löschung nur bewilligt, weil er infolge einer irrtümlichen Belehrung seitens des Grundbuchamts die Hypothek für nichtig gehalten habe.

3. *Siber, Buchrechtsgeschäft 49 ff. Einzutragen ist nicht der Verzicht, sondern seine Wirkung, der Übergang an den Eigentümer. Dieser ist nicht Gesetzes-, sondern Willenswirkung des Verzichts.

§ 1169. 1. **RG.** 30. 3. 09, **71** 12, JW. **09** 311. Soweit die Einrede der Minderung begründet ist, erscheint die dingliche Klage, mit der der teilweise Verzicht auf die Kaufpreishypothek von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks gefordert wird, begründet.

2. Deumer, ZBlFG. **10** 381 ff. Wenn auch im Falle des § 1169 BGB. im allgemeinen nur die Eintragung eines Widerspruchs statthaft erscheint, so ist doch ein Fall möglich, wo auf Grund desselben Tatbestandes die Verlautbarung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung angängig ist. Ein solcher Fall liegt vor, wo dem Eigentümer eines mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks gegen seinen Grundschuldgläubiger eine Einrede zusteht, so daß sich das Grundschuldrecht des Gläubigers als ungerechtfertigt darstellt. Zu denken ist hier insbesondere an den Fall, daß die Forderung, die für die Grundschuldbestellung kausal war, nicht entstanden oder nach rechtswirksamer Entstehung wieder erloschen ist. In diesem Falle steht bekanntlich — anders als bei der Hypothek — die Grundschuld noch dem Gläubiger, nicht aber schon dem Eigentümer zu. Wohl aber ist der Grundschuldgläubiger durch den auf ihn lautenden Eintrag ungerechtfertigt bereichert. Der Eigentümer hat einen persönlichen Anspruch, eine condictio auf Rückgewähr der Grundschuld, den der Gläubiger dadurch verwirklichen kann, daß er entweder auf die Grundschuld verzichtet oder sie dem Eigentümer zurückgewährt. Dieser Anspruch des Eigentümers als obligatorischer ist durch eine Vormerkung sicherungsfähig. Zugleich gewährt aber das Bestehen des Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung dem Eigentümer eine Einrede der im § 1157 BGB. gekennzeichneten Art. Da § 1157 BGB. für Grundschulden anwendbar ist, kann die Einrede durch Eintragung eines Widerspruchs dinglich gesichert werden (vgl. hierzu Biermann, Sachenrecht [2] § 1191, Staudinger [3/4] § 1192, 5 a, Kretzschmar, Sachenrecht § 1192, 2 a). Das Recht des Eigentümers auf Eintragung eines Widerspruchs konkurriert nur mit dem Rechte auf Eintragung einer Vormerkung. Nicht können beide Verlautbarungen nebeneinander (kumulativ) auf Grund desselben Tatbestandes eingetragen werden; denn das Rechtsschutzbedürfnis des Eigentümers wird schon durch die Verlautbarung eines dieser beiden Grundbuchvermerke hinreichend befriedigt.

§ 1173. OLG. **18** 173 (Cassel). Wegen der Gleichartigkeit des Rechtsgrundes ist auf den Fall der Zahlung einer das ganze Grundstück einheitlich belastenden Hypothek durch einen Miteigentümer der § 1173 entsprechend anzuwenden. Hierfür spricht, daß jeder Miteigentümer über seinen Bruchteil selbständig verfügen, insbesondere ihn mit einem Nießbrauche (§ 1066), einem Vorkaufsrechte (§ 1095), einer Reallast (§ 1106) und einer Hypothek (§ 1114) belasten kann, daß mithin das BGB. den Bruchteil des Miteigentümers an einem Grundstück in wesentlichen Punkten einem selbständigen Grundstücke gleich behandelt.

§ 1176. *Behrle, BadNotZ. **09** 48. 1. Wird im Falle der Teilung einer Hypothekenforderung unter Einräumung eines Vorranges der einen Teilhypothek vor der anderen (§ 1151) die mit dem Vorrang ausgestattete Teilhypothek vom Eigentümer ratenweise abgetragen, so treten nach der Vorschrift des § 1176 die durch die Ratenzahlungen entstehenden Eigentümerteilgrundschulden (bzw. -hypotheken, § 1177) bei ihrer Geltendmachung nicht nur hinter den Rest der mit Vorrang ausgestatteten Gläubigerteilhypothek, sondern hinter die ganze ursprünglich einheitliche Gläubigerhypothek zurück (übereinstimmend: OLG. Karlsruhe und Dresden, vgl. R. **06** 1137 Ziff. 2619, DJZ. **06** 884; aM.: Dr. E. Fuchs, Grundbuchrecht I 479, 567 und Helbling, Bad. Dienstweisg. f. Grundbuchämt. II 146). — 2. Werden in obigem Falle auf beide Gläubigerteilhypotheken Abzahlungen bewirkt, so haben die dadurch entstehenden Eigentümerteilgrundschulden unter sich gleichen Rang, gleichviel, aus welcher der Gläubigerteilhypotheken sie entstanden sind. Auch der Zeitpunkt ihrer Entstehung begründet keinen Rangunterschied. (In letzterem Punkt übereinstimmend: Dr. E. Fuchs, DJZ. **05** 115; aM.: OLGRat Fuchs, DJZ. **05** 253, Richter, ZBlFG. **5** 815 f., Planck [3] Anm. 3 zu § 1176, Oberneck, DNotV. **05** 270.)

§ 1177. 1. Eberhard, MecklZ. **27** 265. Es ist abweichend von der Ansicht des KG. (RJA. **9** 125) für zulässig zu erachten, die Umschreibung einer Hypothek auf Grund der Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers vorzunehmen, auch wenn dieser über den Empfang der Zahlung durch den Eigentümer quittiert hat.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 1177 auch OLG. **18** 179.

§ 1179. I. 1. OLG. **18** 181 (KG.). Der Hypothekengläubiger ist nicht verpflichtet, den Brief einzureichen, falls für Dritte eine Löschungsvormerkung einzutragen ist.

2. Götte, DJZ. **09** 429. Die Ansicht des KG., daß der Hypothekengläubiger, bei dessen Post eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB. eingetragen werden soll, nicht verpflichtet sei, seinen Hypothekenbrief zwecks Vermerks dieser Vormerkung an das Grundbuchamt einzureichen, widerspricht der ständigen Rechtsprechung des RG.

II. KGBl. **09** 101 (KG.). Nach § 1179 verb. mit § 883 BGB. ist jede Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über die Eigentümerhypothek getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch des Klägers vereiteln oder beeinträchtigen würde; und dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt. Auch eine Pfändung ist also insoweit unwirksam. .... Weiter aber geht das Recht des Vormerkungsberechtigten nicht. Sein Recht hindert nicht etwa die Pfändung in dem Sinne, daß diese nichtig wäre. Er kann sie auch nicht anfechten mit der Wirkung, daß sie als von Anfang an nichtig zu behandeln wäre; die Pfändung ist also für ihn nicht in ähnlicher Weise anfechtbar, wie ein Rechtsgeschäft auf Grund eines Irrtums angefochten werden kann. Deshalb kann er auch nicht verlangen, daß die Pfändung für unzulässig erklärt oder aufgehoben werde

§ 1180. Herold, ZBlFG. **10** 177 ff. Wenn es heißt, die Abtretung geschehe „im Einverständnisse des Eigentümers“, so wird damit meist folgender, nicht den §§ 1153 ff., sondern dem § 1180 BGB. zu unterstellender Rechtsvorgang verdeckt. Der Eigentümer einigt sich mit dem neuen Gläubiger unter Zustimmung

des bisherigen Gläubigers dahin, daß die Höchstbetragshypothek statt für den alten Gläubiger, dessen Forderung hierbei festgestellt und befriedigt oder anderweit sichergestellt wird, nunmehr dem neuen Gläubiger für dessen künftige Forderung haften soll. Beim Wechsel zwischen kreditgebenden Bankhäusern mag dies alle Tage vorkommen, aber eine Abtretung der Hypothek i. S. von §§ 1153 ff. BGB. ist es nicht. Während sonst bei Anwendung des § 1180 BGB. eine ausdehnende Auslegung nicht angängig erscheint, so daß insbesondere nicht an Stelle einer Forderung mehrere treten können, wenn nicht auch die Hypothek dabei zerlegt wird, erscheint diese Ausdehnung bei der Höchstbetragshypothek zulässig. Weiter erscheint es auch zulässig, diese Ausdehnung bei Umwandlung einer anderen Grundstücksbelastung in eine Höchstbetragshypothek eintreten zu lassen.

§ 1183. *Siber, Buchrechtsgeschäft 117 ff. Der Aufhebungsverzicht des Gläubigers bildet mit der Zustimmung des Eigentümers keine Einigung.

§ 1184. 1. LG. Mainz, HessRspr. **10** 77. Die Eintragung einer zweiten Sicherungshypothek für die gleiche Forderung ist mit der rechtlichen Natur der hypothekarischen Belastung nicht vereinbar. Das Wesen der Hypothek besteht darin, daß ein Grundstück in der Weise belastet wird, daß der Berechtigte Befriedigung wegen einer Geldforderung aus dem Grundstücke verlangen kann. Die Haftung ergreift das ganze Grundstück, insoweit es nach dem Gesetze der Sicherung der Hypothek dient. Hieraus ergibt sich, daß eine nochmalige Belastung desselben Grundstücks mit derselben Forderung gegenstandslos ist. Denn da dieselbe Forderung nur einmal aus dem Grundstücke bezahlt werden kann, so hat eine zweite Hypothek keinen Inhalt mehr, wenn infolge der ersten bereits das ganze Grundstück für die Forderung ergriffen ist.

2. HansGZ. **09** Beibl. 88 (Hamburg). Notorisch werden auch Sicherheitshypotheken, zumal wegen der Schwierigkeiten, in der Zwangsversteigerung den auf sie entfallenden Erlös zu erheben, solange nicht die zugrunde liegende Forderung glaubhaft gemacht ist (zu vgl. §§ 45, 110 ZVG.), vielfach als gewöhnliche Hypotheken eingetragen.

§ 1186. 1. **RG.** 1. 3. 09, WarnE. **2** 331, R. **09** Ziff. 2267. Die Umwandlung einer für eine bedingte Forderung bestellten Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder Grundschuld ist im Verhältnis zu zurückgetretenen Hypothekengläubigern unzulässig, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist.

2. LG. Mülhausen, ElsLothJZ. **09** 262. Der Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek steht nicht entgegen, daß die Nebenforderung oder ein Teil der Forderung bedingt ist, wenn nur die gegebenenfalls zu zahlende Summe genügend bestimmt ist.

§ 1187. *Siber, Buchrechtsgeschäft 131 ff. Bei Bestellung und Eintragung einer Inhaberhypothek entsteht bis zur Ausstellung der Schuldverschreibung nur eine Eigentümergrundschuld (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Das ist bloße Vorwirkung der vorausgehenden Rechtsgeschäftsbestandteile, Bestellungserklärung und Eintragung; das Bestellungsgeschäft wird erst mit der Ausstellung der Schuldverschreibung vollendet; auch die Entstehung der Eigentümergrundschuld vor der Ausgabe des Hypothekenbriefs (§ 1163 Abs. 2) ist nicht Wirkung eines fertigen Rechtsgeschäfts, sondern Vorwirkung der vorausgehenden Bestandteile des Rechtsgeschäfts, das erst mit der Ausgabe des Briefes vollendet wird.

§ 1188. *Siber, Buchrechtsgeschäft 56 ff. Die einseitige Bestellungserklärung bedarf als amtsempfangsbedürftige der Form der liquiden Eintragsbewilligung.

§ 1189. 1. ZBlFG. **10** 407 (Dresden). Der Treuhänder ist rechtsgeschäftlich bestellter Vertreter (Bevollmächtigter) der Gläubiger (vgl. **RG.** JW. **06** 199 Ziff. 18). Seine Vollmacht beruht auf einem Auftragsverhältnis, in welchem er zu dem Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks und den Gläu-

bigern steht. Sofern der Treuhänder von dem Grundstückseigentümer allein bestellt worden ist, kommt das Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Gläubigern dadurch zustande, daß diese durch Erwerbung von Schuldverschreibungen den Vertrag genehmigen, den der Eigentümer als ihr Geschäftsführer zugleich für sie mit dem Treuhänder geschlossen hat (§ 184 BGB.). Die Vollmacht eines bestellten Treuhänders erlischt sonach gemäß § 168 Satz 1, § 671 Abs. 1 BGB., wenn der ihr zugrunde liegende Auftrag entweder von dem Treuhänder der Gegenpartei, das sind der Eigentümer und die Gläubiger, gekündigt oder wenn er von diesen Personen widerrufen wird. Die Kündigung und der Widerruf sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen. Erklärungsempfänger für die Kündigung sind der Eigentümer und die Gläubiger, weil beide Teile Auftraggeber sind. .... Kennt der Treuhänder die Inhaber der ausgegebenen Schuldverschreibungen nicht, so sind die Voraussetzungen auf Bewilligung der öffentlichen Zustellung der Kündigung des Auftrags an die Gläubiger gegeben (§ 132 Abs. 2 BGB.). Durch den Nachweis der erfolgten öffentlichen Zustellung (vgl. hierzu § 206 Abs. 2 ZPO.) wird die Kündigung gegenüber den Gläubigern dargetan.

2. BadRpr. **09** 175 (Karlsruhe). Zu der nachträglichen Bestellung eines Treuhänders ist die Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und den legitimierten Inhabern aller Teilschuldverschreibungen erforderlich (KGJ. **30** A 284/7). Dagegen genügt Mehrheitsbeschluß für die Bestellung eines Pfandhalters auf Grund des Reichsgesetzes v. 4. Dezember 1899. Die in diesem Gesetze vorgesehene Gläubigerversammlung kann jedoch die Gesamtheit der Gläubiger — durch Majoritätsbeschluß — nur in dem von diesem Gesetze normierten Umfange vertreten, also auch nur im Rahmen dieser Befugnisse, sei es unmittelbar selbst, sei es durch Vermittlung eines von ihr gewählten Gläubigervertreters einen Pfandhalter bestimmen, welcher dann Pfandhalter wird, wenn der Eigentümer zustimmt; die Bestellung bedarf als Änderung des Hypothekeninhalts der Eintragung im Grundbuch.

§ 1190. I. Wesen der Höchstbetragshypothek. 1. OLG. **18** 183 (Celle). Die Höchstbetragshypothek stellt sich als wahre Gläubigerhypothek dar, bei der allerdings die endgültige Abrechnung, wenn sie einen geringeren Anspruch ergibt, in Höhe dieses Minderbetrags zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld führen kann.

2. *du Chesne, BadNotZ. **09** 13 ff. Die Höchsthypothek ist, solange eine Forderung noch nicht entstanden ist, eine heimliche Grundschuld, die äußerlich als Hypothek gestaltet und damit zur Aufnahme der künftig entstehenden Forderung besonders hergerichtet ist. Nach Entstehung der Forderung, aber vor ihrer endgültigen Feststellung, ist die Höchsthypothek nur Hypothek; der Grundstücksschuldner hat in diesem Stadium nur eine wirtschaftliche, keine rechtliche Stellung zur Hypothek,

3. du Chesne, BadNotZ. **09** 13 ff. Das Recht des Eigentümers ist eine sog. Anwartschaft, deren Wesen darin besteht, daß sie kein Recht, sondern nur eine Rechtslage ist, dergestalt, daß ein Rechtsträger kraft eines außerhalb liegenden rechtsgültigen Willens den Übergang eines Vermögensrechts in seine Rechtssphäre erwarten darf. Diese Rechtslage kann wirtschaftlich hohen Wert haben, ist aber selbst kein Recht und bietet daher auch dem Zwangsvollstreckungszugriffe keine Handhabe dar. Die zukünftig mögliche Eigentümergrundschuld bei einer Höchsthypothek ist demnach nicht pfändbar.

II. Der Gläubiger der Höchstbetragshypothek. OLG. **18** 186 (KG.). Die Möglichkeit des Vorbehalts bezieht sich nicht auf die Person des Gläubigers, die auch in den Fällen des § 1190 nach § 1113 mit derjenigen Person, zugunsten deren die Belastung des Grundstücks erfolgen soll, identisch sein muß.

III. Die Forderung der Höchstbetragshypothek und ihre Feststellung. 1. BayObLG. **9** 353 (BayObLG.). Als genügende Bezeich-

nung der Forderungen, welche durch die Bestellung der Höchstbetragshypothek gesichert werden sollen, ist die Angabe zu erachten, daß die Höchstbetragshypothek „zur Deckung aller Ansprüche" bestimmt sein solle, die dem Gläubiger aus dem zwischen ihm und dem Eigentümer des Grundstücks bestehenden „Kreditverhältnis" oder aus sonstigem Rechtsgrund entstanden sind und künftig entstehen werden.

2. LG. Straßburg, ElsLothNotZ. **09** 95. Zur Sicherung der Ansprüche aus einem Unterhaltsvertrage kann eine Sicherungshypothek auf ein Grundstück für einen Höchstbetrag bestellt werden.

3. LG. Flensburg, SchlHolstAnz. **09** 281. Soll an die Stelle einer Forderung, für die eine Höchstbetragshypothek eingetragen ist, eine andere Forderung gesetzt werden (§ 1180 BGB.), so ist außer der Einigung des Gläubigers und des Eigentümers noch die Zustimmung desjenigen, der zur Zeit der Eintragung der Hypothek Eigentümer war, erforderlich.

4. OLG. **18** 182, ElsLothJZ. **09** 374 (Colmar). Die Verurteilung des Schuldners, der für die Gewährung eines Kredits eine Höchstbetragshypothek bestellt hat, zur Zahlung einer aus der Kreditbewilligung sich ergebenden bestimmten Schuldsumme führt eine Änderung des rechtlichen Inhalts der eingetragenen Höchstbetragshypothek und dadurch eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht herbei, sondern tritt nur an Stelle einer Abrechnung unter den Beteiligten über die Höhe des in Anspruch genommenen Kredits.

IV. Die Abtretung der Höchstbetragshypothek. 1. OLG. **18** 184 (KG.). Die Abtretung eines bestimmten Teilbetrags der Höchsthypothek ist zulässig, sobald die Forderung, deren Feststellung bei der ursprünglichen Eintragung vorbehalten wurde, zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner und Eigentümer in der abzutretenden Höhe festgestellt ist, während vor dieser Feststellung eine einseitige Abtretung der Hypothek nur unter Wahrung des Charakters als Höchstbetragshypothek möglich ist (vgl. KGJ. **24** 253, **28** 269, **35** 317).

2. OLG. **18** 185 (Dresden). Allerdings kann auch die Höchstbetragshypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden (§ 1153 Abs. 2 BGB.). Das dingliche Recht aber, das dem Gläubiger mit ihrer Eintragung von vornherein und bereits vor der Entstehung darunter fallender Forderungen zusteht, ist übertragbar, falls sich die Abtretung mit auf die künftigen Forderungen erstreckt, also daran nichts geändert wird, daß die Hypothek zur Sicherung der vorher dem Rahmen nach bezeichneten Ansprüche weiter zu dienen hat. Zulässig ist also eine Übertragung der Hypothek oder eines Teiles davon, die vor der Entstehung einer Forderung bewirkt wird, falls sie unter dem Vorbehalt erfolgt, daß eine solche demnächst entsteht und solchenfalls auf den Erwerber der Höchstbetragshypothek übergehe. Es gilt dann die entstehende Forderung als abgetreten, und es vollzieht sich unmittelbar mit ihrer Entstehung infolge der Zulässigkeit und Wirksamkeit der Abtretung künftiger Ansprüche ihr Übergang auf den Zessionar. Das gilt auch für den Fall, daß eine unter die Hypothek fallende Forderung bereits entstanden ist, diese jedoch den Höchstbetrag nicht erreicht und der Hypothekgläubiger den überschießenden Teil unter dem Vorbehalte des Entstehens weiterer Forderungen abtritt (OLG. **4** 321, **15** 388).

3. Herold, ZBlFG. **10** 177 ff. Nach Ansicht des RG. — vgl. ZBlFG. **8** 68 — ist es nicht nötig, daß die möglichen Forderungen, für die die Höchsthypothek haften soll, bei der Bestellung bestimmt bezeichnet werden, es genügt vielmehr die allgemeine Angabe des Rechtsgrundes. Darum würde die vielfach angenommene Abtretbarkeit der Höchstbetragshypothek als solcher nur dann angängig sein, wenn sie lediglich mit der bei der künftigen Schlußabrechnung sich ergebenden, endgültigen Forderung des abtretenden Gläubigers geschehen soll. Eine Abtretung dieser künftigen, den verschiedensten, vom Willen des Erwerbers unabhängigen Untergangsmöglichkeiten ausgesetzten Forderung hätte aber nur sehr geringen wirtschaft-

lichen Wert. Vor allem aber würde sie nicht etwa, wie wohl von den Beteiligten meist vorausgesetzt wird, dem Erwerber die Befugnis geben, nun selbst aus der Sicherungshypothek für eigene Forderungen Deckung zu nehmen, mit anderen Worten, verursachen, daß an Stelle des einen Kreditverhältnisses ein solches mit einem anderen Geldgeber tritt. Dies wird vielmehr nur auf dem Wege der Umwandlung nach § 1180 BGB., also durch Einigung des Eigentümers mit dem neuen Gläubiger und Zustimmung des alten Gläubigers und Eintragung der neuen Forderung ins Grundbuch herbeigeführt. S. auch oben zu § 1180 BGB.

4. Altmann, ZBlFG. **10** 398 handelt über die rechtliche Bedeutung der Abtretung einer der Sicherungshypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung nach § 1190 Abs. 4 BGB. ohne Abtretung der Hypothek.

V. Die Umwandlung der Höchstbetragshypothek. OLG. Colmar, R. **09** Ziff. 993, ElsLothJZ. **09** 374, ElsLothNotZ. **09** 115, OLG. **18** 182. Zur Umwandelung einer Höchstbetragshypothek in eine gewöhnliche Sicherungshypothek für einen bestimmten Betrag ist, weil sie eine Änderung des Rechtes im Sinne des § 877 BGB. bewirkt, die Einwilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks erforderlich. Die Bewilligung wird nicht ersetzt durch dessen rechtskräftige Verurteilung zur Zahlung der Summe, bis zu welcher ihm der Gläubiger Kredit eröffnet und bis zu deren Höhe er die Höchstbetragshypothek hat eintragen lassen.

§ 1191. KGJ. **37** A 293 (KG.). Hat der Eigentümer eines Grundstücks beantragt, auf dieses eine verzinsliche Grundschuld für seine Frau einzutragen und den Grundschuldbrief ihm zuzustellen, so kann ein Bedenken gegen die Eintragung nicht daraus hergeleitet werden, daß eine Belastung des Grundstücks mit dem Zinsrecht infolge des ehemännlichen Nutznießungsrechts des Eigentümers nicht vorliege.

§ 1192. MecklZ. **27** 236 (Rostock). Nach dem gemäß § 1192 BGB. auf Grundschulden entsprechend anzuwendenden § 1157 BGB. kann eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden, wenn diesen nicht die Vorschriften der §§ 892, 894 bis 899, 1140 über den guten Glauben schützen. Die Vorschrift des § 1157 bezieht sich nicht nur auf die Einreden gegen die Hypothek bzw. Grundschuld als solche, sondern auch auf Einreden, die sich gegen deren Geltendmachung durch den bisherigen Gläubiger richten (Prot. 5, 584). Dies ist gerade für die Grundschuld von besonderer Bedeutung, weil sie von einer Forderung nicht abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 BGB. zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen. Zu den Einreden aber, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger einer Grundschuld bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Geltendmachung der Grundschuld vor der Übertragung an den Sondernachfolger zustehen, gehört auch die Einrede, daß wegen Nichtbestehens der Forderung, zu deren Deckung die Grundschuld vom Eigentümer hingegeben wurde, der Empfänger zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet sei. Ebenso **RG.** 4. 4. 08, SeuffA. **64** 196.

§ 1195. *Siber, Buchrechtsgeschäft. Die Bestellung einer Inhabergrundschuld ist entsprechend der der Eigentümergrundschuld (§ 1196), nicht der Inhaberhypothek zu beurteilen (57 f.). Bei Eintragung ohne vorgängige Staatsgenehmigung entsteht eine Eigentümergrundschuld (61 f.).

§ 1196. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1141, JW. **09** 219. Zur Bestellung der Grundschuld ist die dem Grundbuchamte gegenüber abgegebene Erklärung des Eigentümers erforderlich, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden solle. Diesem Erfordernisse wird nicht dadurch genügt, daß der Eigentümer die Ein-

tragung einer Hypothek für einen anderen bewilligt, dabei aber den Willen hat, es solle eine Grundschuld für ihn entstehen.

2. *Siber, Buchrechtsgeschäft 54 f. Die Erklärung bedarf als amtsempfangsbedürftige der Form der liquiden Eintragungsbewilligung. Sie ist im Falle der Eintragung wirksam, auch wenn ein ernstlicher materieller Verfügungswille nicht vorliegt.

§ 1198. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1121, WarnE. **2** 135. Zu der Umwandelung der dem Eigentümer zustehenden Grundschuld in eine neue Hypothek des früheren Gläubigers für die anderen Forderungen und also zum Wiedererwerbe des Hypothekenteils seitens des früheren Gläubigers als Hypothek für die anderen Forderungen ist, abgesehen von der schriftlichen Abtretung der Grundschuld, die nach § 1154 Abs. 2 BGB. durch ihre Eintragung in das Grundbuch ersetzt werden konnte, und abgesehen von der Übergabe des Hypothekenbriefs, die allerdings, da der frühere Gläubiger im Besitze des Briefes über die ganze Post war, nach § 1154 Abs. 1, §§ 1117, 929 Satz 2 BGB. durch die Einigung über den Rechtsübergang ersetzt wurde, vor allem gemäß §§ 1198, 877, 873 BGB. eine betreffende Eintragung in das Grundbuch erforderlich, und zwar dahin, daß der zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothekenteil in eine Hypothek für die anderen Forderungen des Beklagten umgewandelt worden sei.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist besonders auf Emmerichs Pfandrechtskonkurrenzen hinzuweisen. Von diesem Werke, das theoretische wie praktische Fragen gleich gründlich behandelt, glaubte die Redaktion zu den verschiedenen Paragraphen eine größere Anzahl von Selbstberichten aufnehmen zu können, um so mehr, als das Institut des Pfandrechts in den letzten Jahren nur wenig behandelt worden ist.

Literatur: Bein, Die Zwangsvollstreckung in fremde Sachen. Die Stellung des Pfändungspfandgläubigers. Berlin 1908. — Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen nach bürgerlichem, Handels- und Prozeßrechte. Berlin 1909.

§ 1204. 1. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 19 ff. Für mehrere selbständige Forderungen mehrerer Gläubiger kann ein gemeinschaftliches Pfandrecht bestellt werden. Ein gemeinschaftliches gesetzliches Pfandrecht entsteht aber nur für eine gemeinschaftliche Forderung. — 219 ff. Die Anteile bestimmen sich nach der Höhe der Forderungen, die Besitzverhältnisse nach den Regeln über die Gemeinschaft. Der Sicherungsverkauf des § 1219 kann von jedem Gemeinschafter erzwungen werden. — 282 ff. Bei Übertragung eines Anteils greifen die Rechtssätze über die Gemeinschaft ein. Das Ablösungsrecht des § 1249 steht den Gemeinschaftern untereinander nicht zu. — 471. Der Pfandverkauf durch einen einzelnen Gemeinschafter ist unrechtmäßig. — 472 ff., 478 f. Nach Fälligkeit einer Forderung kann jeder Gemeinschafter den Pfandverkauf erzwingen. Die Auseinandersetzung erfolgt stets durch Pfandverkauf. — 474 ff. Der Erlös wird nach Verhältnis der Anteile verteilt, soweit er nicht in Pfandhaft verbleibt. Nach § 805 ZPO. kann jeder Gemeinschafter vorgehen. — 40 ff. Für einen Gläubiger kann an einer Sache für eine Forderung stets nur ein bürgerliches Pfandrecht bestehen (für das Vollstreckungsrecht s. zu § 804 ZPO.). — Über Pfandrechte an bedingtem Eigentum s. o. zu § 455 Ziff. I 1.

2. OLG. **18** 193 f. (München). Der Pfandschein ist unzweifelhaft nicht Träger eines Schuldverhältnisses, sondern ein qualifiziertes Legitimationspapier, an dem die Bestellung eines Pfandrechts oder auch nur dinglichen Zurückbehaltungsrechts begrifflich ausgeschlossen ist. An solchen Papieren kann dem Gläubiger nur ver-

träglich ein Besitz- und Zurückbehaltungsrecht eingeräumt werden, womit er aber kein „Recht auf Befriedigung aus dem Gegenstande seiner Sicherstellung", sondern nur die Befugnis erlangt, dem Schuldner die Herausgabe des Papiers bis zu seiner Befriedigung vorzuenthalten.

§ 1205. 1. *Emmerich 3 f. Eine Sache kann in den Formen des § 1205 auch mehrfach gleichzeitig oder nacheinander verpfändet werden. — 13. Auch gepfändete Sachen kann der Schuldner noch verpfänden. — 142 ff. Bei der Verpfändung ohne Übertragung des unmittelbaren Alleinbesitzes liegt ein je nach den Umständen bis zur Verkaufsberechtigung dauernder oder nur vorübergehender Verzicht auf das volle Besitzrecht des Pfandgläubigers vor.

2. **RG.** 26. 1. 09, **70** 232. An einem Handelsgeschäft als Ganzem kann ein einheitliches dingliches Recht nicht bestehen. Es ist deshalb auch eine Verpfändung des Handelsgeschäfts als Ganzes nicht möglich.

3. PosMSchr. **09** 46 (Posen) über Verpfändung eines Holzlagers durch Anbringung von kennzeichnenden Tafeln am Eingange der Lagerräume, während die Schlüssel zu diesen Räumen die zum Pfandhalten bestimmte Persönlichkeit erhielt. Der ausschließliche Pfandbesitz des Gläubigers wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß die Schlüssel zeitweilig tagsüber, wenn die Bestände Kunden vorgewiesen werden, dem Verpfänder anvertraut und nachts in dessen Kontor aufbewahrt worden sind. Vgl. auch JDR. **6** und **7** Ziff. 2.

§ 1206. *Emmerich 4 ff. Eine Sache kann auch nach § 1206 mehrfach verpfändet werden. Der Mieter kann dem Vermieterpfandrecht unterliegende Sachen anderen Gläubigern auch dann verpfänden, wenn die Sachen in seiner Wohnung bleiben müssen.

§ 1207. *Emmerich 109 ff. Werden mehrere Vertragspfandrechte gemäß § 184 wirksam, so richtet sich die Rangordnung bei gleichzeitiger Genehmigung nach der Reihenfolge der Bestellung, sonst nach der Zeit der Genehmigung. Auch bei Wirksamkeit gemäß § 185 Abs. 2 ist die Reihenfolge der Bestellung maßgebend. Da § 185 auf gesetzliche Pfandrechte keine Anwendung findet, stehen diese den gemäß § 185 Abs. 2 wirksam gewordenen Vertragspfandrechten nach.

§ 1208. *Emmerich 73 ff. Die „Rangordnung" ist das allgemeine Verhältnis der Rechte mehrerer dinglich Berechtigter zueinander. — 142, 205. Für die Rechtsverhältnisse im einzelnen ist sie nur dispositives Recht, kann also insoweit abgeändert werden. — 73 ff., 90. Der Rang eines Pfandrechts ist ein Teil seines Rechtsinhalts. Er ist stets ein einheitlicher. — 83 ff. Guter Glaube wird nur bei Begründung, nicht bei Übertragung von Pfandrechten geschützt, dort aber auch bei Verpfändung durch Übertragung des Mitbesitzes. Der gute Glaube ist auch gegenüber Pfändungspfandrechten wirksam. — 88 f. Er wird auch insoweit geschützt, als der neue Pfandgläubiger nur über den Inhalt eines alten Pfandrechts, z. B. seinen Umfang, im Irrtum ist.

§ 1209. *Emmerich 94 ff. Der Rang der bedingten und befristeten Pfandrechte und der Rang der Pfandrechte für bedingte und befristete Forderungen richtet sich gemäß § 161 BGB. nach der Zeit der Bestellung. Insoweit ist § 1209 überflüssig. Dagegen ist § 1209 ein Sonderrechtssatz betr. der Pfandrechte für künftige Forderungen. Der Verpfänder kann das Pfandrecht regelmäßig nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. — 150 f., 168. Die genannten Pfandrechte verleihen volles Besitzrecht, aber kein Nutzungsrecht.

§ 1210. *Emmerich 103 ff. Die rechtsgeschäftliche Erweiterung einer Pfandforderung erhält gegenüber den nachstehenden Gläubigern regelmäßig den Rang der Hauptforderung. Bei Verpfändung einer Sache für fremde Schuld haftet das Pfand für die im § 1210 Abs. 2 bezeichneten Erweiterungen der Hauptforderung, u. U. trotz § 1210 Abs. 1 Satz 2 auch für rechtsgeschäftliche Erweiterungen.

§ 1211. *E m m e r i c h 166 f. Bei Streitigkeiten der Pfandgläubiger untereinander steht die Geltendmachung der Einreden des Schuldners den einzelnen Pfandgläubigern nicht zu.

§ 1212. *E m m e r i c h 135 f. Trotzdem alle Pfandrechte an den Früchten gleichzeitig (mit der Trennung) entstehen, gilt für die auch an der Hauptsache bestehenden Pfandrechte die alte Rangordnung. Die an den Früchten allein bestehenden Pfandrechte stehen allen auf die Früchte erstreckten Hauptsachpfandrechten nach. — 205. § 1212 ist ein dispositiver Rechtssatz. — S. auch o. zu § 956.

§ 1213. *E m m e r i c h 204 ff. Das Nutzungsrecht ist dinglicher Natur. Die Reihenfolge der Nutzungsrechte richtet sich i. Z. nach der Rangordnung. Die Nutzungen, die nicht Erzeugnisse sind, erwirbt der Berechtigte stets pfandfrei; die Erzeugnisse erwirbt er pfandfrei, soweit die Pfandrechte erst nach Entstehung seines Nutzungsrechts begründet sind. — 209. Für gesetzliche Pfandrechte gilt § 1213 Abs. 2 nicht.

§ 1214. *E m m e r i c h 208 f. Die Pflicht des § 1214 Abs. 1 besteht auch gegenüber den nicht nutzungsberechtigten Pfandgläubigern.

§ 1215. *E m m e r i c h 187 ff. Die Verwahrungspflicht liegt bei mehreren Pfandrechten dem best b e s i t z e n d e n Pfandgläubiger ob. Sie besteht auch gegenüber dem Eigentümer und den anderen Pfandgläubigern (anders die gem. Meinung). Duldung der Pfändung ist keine Verletzung der Pflicht.

§ 1216. *E m m e r i c h 211 ff. Das Pfand haftet auch für die gemäß §§ 994 bis 999 BGB. entstehenden Verwendungsansprüche. Die Verwendungen rufen unter Umständen Ersatzansprüche gegen andere Pfandgläubiger und ein Zurückbehaltungsrecht gegen sie hervor.

§ 1217. *E m m e r i c h 217 f. § 1217 gibt den Pfandgläubigern untereinander keine Rechte. Verlangt der Verpfänder Hinterlegung, so können die dem schuldigen Gläubiger nachstehenden Gläubiger ihre Besitzrechte nicht geltend machen.

§ 1218. *E m m e r i c h 213 f. An der Sicherheit sind die Pfandrechte in der alten Rangordnung wieder zu begründen. — Die Pflicht aus § 1218 Abs. 2 liegt nur dem unmittelbar besitzenden Pfandgläubiger ob.

§ 1219. *E m m e r i c h 215. Jeder Pfandgläubiger hat ohne Rücksicht auf Rang und Besitzstellung das Recht zum Sicherungsverkauf. § 1232 findet hier keine Anwendung. Für den Erlös gilt n u r das Surrogationsprinzip.

§ 1220. *E m m e r i c h 216. Die Verletzung des § 1220 Abs. 1 macht den Verkauf ungültig, doch ist § 1244 analog anzuwenden. Ebenso sind die §§ 1236, 1238, 1242, 1243 Abs. 2 analog anzuwenden.

§ 1222. *E m m e r i c h 506. Der Gläubiger kann die Pfandhaftung auf die einzelnen Sachen verteilen.

§ 1223. *E m m e r i c h 147 ff., 155 f. Der Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB. geht im Zweifel dem des Verpfänders aus § 1223 vor. S. a. o. zu § 868 Ziff. 1.

§ 1225. 1. *E m m e r i c h 277. Bei Teilbefriedigung geht das Pfandrecht z. T. über. — 514 ff. § 1225 verweist auf § 774, auch auf § 774 Abs. 2, dieser auf § 426. Nach § 426 (dessen Konstruktion wenig glücklich ist), erhält der leistende Schuldner zwei Ansprüche gegen die Mitschuldner, einen Ausgleichungsanspruch und die Gläubigerforderung. Deshalb erhält auch ein Mitbürge stets von selbst ohne besonderen Grund einen Ausgleichungsanspruch, i. Z. in Kopfteilshöhe, jedoch nicht über die Haftungsgrenze eines Mitbürgen hinaus. Somit erlangt auch ein Verpfänder, aus dessen Pfand sich der Gläubiger befriedigt, ohne daß ein besonderer Grund vorzuliegen braucht, einen Ausgleichungsanspruch gegen die Mitverpfänder. Mit diesem Anspruch erhält er auch die Forderung und das Pfandrecht des Gläubigers an jeder Sache, i. Z. zu einem Kopfteil. Der Wert eines Pfandes und die Be-

grenzung seiner Haftung kommen bei der Verteilung nicht in Betracht, soweit der Anteil unter dieser Begrenzung liegt. Ein Ausfall ist weiter zu verteilen.

2. **RG. 71** 329, R. **09** Ziff. 2662. Wenn eine Ehefrau an einem ihr gehörigen Gegenstand ein Pfandrecht für eine Schuld ihres Mannes bestellt, so kann darin, wenn auch nicht ein Verzicht auf ihre Rechte an dem zum Pfande gestellten Gegenstande selbst, so doch eine Willensäußerung dahingehend gefunden werden, daß ihr ein Rückgriffsrecht aus § 1225 nicht zustehen soll.

§ 1227. *Emmerich 23. Ein Zurückbehaltungsrecht ist auch gegenüber später entstehenden vertragsmäßigen und gesetzlichen Pfandrechten wirksam, es sei denn, daß die Sache dem Pfandgläubiger freiwillig zum Alleinbesitze herausgegeben wird. — 158 ff. Der Besitzer kann sich gegenüber der Herausgabeklage eines Pfandgläubigers i. Z. nicht auf das bessere Besitzrecht eines anderen Gläubigers berufen. Der Eigentümer hat regelmäßig kein Widerspruchsrecht gegen die Änderung der Besitzverhältnisse der Pfandgläubiger untereinander. Für den Pfandverkauf ordnet § 1232 die Besitzrechte genau nach der Rangordnung. Sonst ist aber der im Range nachstehende Gläubiger, der ohne Verletzung der Rechte des vorgehenden eine bessere Besitzstellung erlangt hat, diesem gegenüber auch entsprechend besitzberechtigt. — 167 f. Eine Besitz pflicht der Pfandgläubiger besteht nicht. — 177 f. Bei Mitbesitz eines Pfandgläubigers finden die Rechtssätze über den Alleinbesitz entsprechende Anwendung. S. auch o. zu § 868 Ziff. 1.

§ 1228. *Emmerich 300 ff. Die Durchführung des Pfandverkaufs erfordert, daß der Pfandgläubiger Verkaufsrecht und Verkaufsmöglichkeit hat. Das Verkaufsrecht ist dinglicher Natur und ein notwendiger Bestandteil des Pfandrechts. In einzelnen Fällen wird es durch Widerspruchsrechte außer Kraft gesetzt. Verkaufsrecht und Verkaufsmöglichkeit bestehen ohne Rücksicht auf Rang und Besitz, also auch für den nachstehenden nichtbesitzenden Gläubiger (arg. §§ 1244, 934, 936; anders die gem. Meinung). — 325 f. Wird das Pfand mit Zustimmung des Eigentümers vor Fälligkeit der Forderung verkauft, so liegt kein Pfandverkauf vor, die Pfandrechte nichtbetreibender Gläubiger erlöschen nicht. — 359 ff. Beim Pfandrecht an Geld besteht ein dingliches einseitiges Aneignungsrecht jedes Gläubigers zum Erwerbe des ihm gebührenden Betrags zu Alleineigentum. Dieses Recht entspricht dem Verkaufsrechte.

§ 1229. *Emmerich 330. Eine Vereinbarung mit Inhalt des § 1229 bedeutet keinen Pfandverkauf. S. aber zu § 1245.

§ 1230. *Emmerich 248. § 1230 Satz 2 verleiht keine Einrede gegen den Herausgabeanspruch eines Pfandgläubigers aus §§ 1227, 1231, 1232. — 507. Er beschränkt auch nicht das Wahlrecht des Satz 1, sondern nur das Verkaufsrecht nach Erzielung ausreichenden Erlöses. Er ist ein zwingender Rechtssatz (anders **RG.** JW. **08** 142). Dagegen ist es zulässig, aber nur bei Vereinbarung gemäß § 1245, einen Sachinbegriff ohne Einzelausgebot einheitlich zu verkaufen, auch wenn der Erlös einzelner Stücke voraussichtlich zur Befriedigung der Gläubiger ausreichen würde, da hier eine Abänderung des § 1230 Satz 2 nicht vorliegt. Verkauft ein Pfandgläubiger unzulässigerweise mehrere Sachen gemeinschaftlich, so ist der ganze Verkauf stets ungültig.

§ 1231. *Emmerich 145 ff., 178. Der Anspruch aus § 1231 ist dinglicher Natur. Er besteht zunächst nur für den mit dem Verpfänder oder dem Eigentümer mitbesitzenden Pfandgläubiger. Ist der Verpfänder oder der Eigentümer Alleinbesitzer, so ist § 1227, evtl. aber auch § 1231 analog anzuwenden. Die Einwendungen des § 1211 sind zulässig. — 169. § 1231 bezieht sich nicht auf die Beziehungen der Pfandgläubiger untereinander. — 307. Auch im Falle des Satz 2 kann nur der Pfandgläubiger, nicht der Verwahrer, den Pfandverkauf betreiben.

§ 1232. *Emmerich 163 ff. § 1232 besagt entgegen § 1227, daß der im Range vorgehende Gläubiger vom nachstehenden auch dann, wenn dieser ein besseres Besitzrecht hat, Herausgabe zwecks Verkaufs, d. h. an den Käufer im Termin, verlangen kann. Ob der nachstehende Gläubiger den Verkauf ebenfalls betreibt, ist gleichgültig. — 181 ff. § 1232 findet auch bei Mitbesitz mehrerer Pfandgläubiger Anwendung. — 184 ff., 308 ff. Ebenso unter mehreren Pfandgläubigern gleichen Ranges. Nur wenn die Pfandgläubiger gleichen Ranges Mitbesitzer sind und alle verkaufen wollen, findet ein gemeinschaftlicher Pfandverkauf statt. — 322 f. Hier besteht dann ein selbständiges Recht jedes Gläubigers, das Verkaufsverfahren zu betreiben. — 303. Das Widerspruchsrecht ist ein dingliches Recht, das das fortbestehende Verkaufsrecht außer Kraft setzt. — Der Anschluß an das Verkaufsverfahren eines Gläubigers seitens anderer Gläubiger ist grundsätzlich unzulässig (anders die gem. Meinung).

§ 1233. *Emmerich 329 f. Abs. 2 ist nur eine Verfahrensvorschrift. Der Pfandverkauf ist ein solcher des BGB., nicht der ZPO. Die Sache kann aber auch für die Pfandforderung gepfändet werden (s. zu § 804 ZPO.).

§ 1238. *Emmerich 362 ff. Für die Forderung gegen den Pfandgläubiger aus § 1238 Abs. 2 gilt § 1247 analog. An der Forderung gegen den Ersteher oder an dem von ihm gezahlten Betrag erlangt nur der betreibende Gläubiger Rechte. — 366 ff. Die Fiktion des § 1238 tritt mit dem Verkaufe bzw. mit dem Schlusse des Versteigerungstermins ein, nicht erst mit der Übereignung. In diesem Zeitpunkte fällt die verkaufte Sache dem betreibenden Gläubiger als lastenfreies Eigentum zu (anders die gem. Meinung).

§ 1239. *Emmerich 370 f. Ersteht der nachstehende betreibende Gläubiger, so greift § 1239 Abs. 1 Satz 2 ein. Ersteht der nichtbetreibende vorgehende Gläubiger, so gilt § 1238.

§ 1242. *Emmerich 331 ff. Der Eigentümer hat auch nach einer dinglichen Belastung seines Eigentums noch das Recht, ein dingliches Recht auf lastenfreie Eigentumsübertragung zu begründen. Auch bei dem Pfandverkaufe, der nur durch Abtretung des Herausgabeanspruchs vollzogen wird, erlöschen alle Pfandrechte (anders die gem. Meinung, s. oben zu § 1228).

§ 1243. *Emmerich 333 f. Die Formulierung des § 1243 Abs. 1 ist nicht ganz genau.

§ 1244. *Emmerich 335 ff. Auch im Falle des § 1244 erlöschen die dem sonst gutgläubigen Ersteher bekannten Pfandrechte. Beim Pfandverkauf ohne Sachübergabe bleiben aber hier die Rechte der Besitzer ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Erstehers gemäß § 936 Abs. 3 BGB. erhalten.

§ 1245. *Emmerich 323 ff. Die Vereinbarung kann die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs oder die Ordnungsvorschriften erschweren oder erleichtern. Ist die Vereinbarung nur als Ordnungsvorschrift geschaffen, so beeinflußt ihre Verletzung die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs nicht (streitig). Dagegen wirkt die Vereinbarung stets dinglich, also auch gegen die Rechtsnachfolger der Beteiligten. — 330. Gemäß § 1245 kann Anfall des Pfandes an den Gläubiger ohne Pfandverkauf, aber nur unter Untergang aller Rechte am Pfande vereinbart werden (s. zu § 825 ZPO.). — 335. Nach Vornahme des Pfandverkaufs ist die Anwendung des § 1245 ausgeschlossen. — 362 f., 371 f. Ist § 1238 Abs. 1 abgeändert, so ist die Forderung gegen den Ersteher Erlös. Für sie gilt nur das Surrogationsprinzip. Ist die Aneignung seitens des betreibenden Gläubigers als Verfahren vereinbart, so ist mangels anderer Vereinbarung die Aneignung nicht von vorheriger Zahlung abhängig. Vielmehr gilt § 1239 Abs. 1 Satz 2 entsprechend.

§ 1246. *Emmerich 326 ff. § 1246 gibt einen materiellen Anspruch, dessen Verletzung u. U. den Pfandverkauf unrechtmäßig macht. § 1245 Abs. 2 gilt auch hier.

§ 1247. 1. Bein, Zwangsvollstreckung in fremde Sachen. Der § 1247 durchbricht das sonst geltende Traditionsprinzip; er gilt nicht nur für den rechtmäßigen Pfandverkauf, sondern auch für die im § 1244 näher geregelten Fälle. Wenn also ein Gläubiger eine Sache, an der er kein Pfandrecht besitzt, im Wege der Versteigerung veräußern läßt, so erwirbt nicht er, sondern der bisherige Eigentümer der Sache das Eigentum am Versteigerungserlöse. Letzterer kann den Gläubiger, dem das Geld ausgehändigt worden ist, mit der Eigentumsklage in Anspruch nehmen. Die sich aus der Bestimmung des § 1247 ergebenden Folgen treten jedoch nicht auch im Zwangsvollstreckungsverfahren bei der Versteigerung fremder Sachen ein (so Staudinger zu § 1247 und Wolff, JDR. **4**), weil dem die Spezialvorschrift des § 819 ZPO. entgegensteht. Der Eigentümer der versteigerten Sache hat gegen den Vollstreckungsgläubiger nur einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

2. *Emmerich 348 ff. Für den Erlös gilt in Höhe der Forderung des betreibenden Gläubigers, falls dieser der rangerste ist, das Traditionsprinzip, für den Rest das Surrogationsprinzip. Die Surrogation erfolgt nicht vor dem Eigentumserwerbe des Erstehers. — 348 ff., 356 ff. Betreibt ein nachstehender Gläubiger den Verkauf, so gilt nur das Surrogationsprinzip; der betreibende Gläubiger erhält keine Befriedigung (anders die herrschende Meinung). — 372 ff. Auf mehrere Gläubiger gleichen Ranges wird der Erlös nach Köpfen verteilt. — Ob der Pfandverkauf rechtmäßig ist, ist für die Erlösverteilung grundsätzlich unerheblich (anders die gem. Meinung). Nur erlangen die Gläubiger, deren Pfandrechte nicht erlöschen, keine Rechte am Erlöse. Beim ungültigen Pfandverkauf erhält der betreibende Gläubiger lastenfreies Alleineigentum am Erlöse. — 378 f. Erlischt ein nicht erststelliger Nießbrauch (§ 1242 Abs. 2) und erhält der Nießbraucher den Nießbrauch am Erlöse, so bedeutet dies keine Befriedigung der nachstehenden Pfandgläubiger.

§ 1249. 1. *Emmerich 265 ff. Jeder Pfandgläubiger hat gegen jeden anderen das Ablösungsrecht. Die Ablösung kann auch noch nach der Versteigerung erfolgen. Erst nach der Ablösung kann der leistende Gläubiger Herausgabe verlangen. — 268 ff. Als die Rechtslage des befriedigten Gläubigers, die der leistende nicht beeinträchtigen darf, ist die vor der Ablösung für die dem befriedigten Gläubiger erhaltenen Rechte bestehende Rechtslage, nicht die durch die Ablösung eintretende Rechtslage anzusehen (anders die gem. Meinung). — 487 ff. Der leistende Gläubiger kann sich deshalb für sein neues Pfandrecht aus dem Erlöse befriedigen, auch wenn der befriedigte Gläubiger für ein ihm verbliebenes nachstehendes Pfandrecht nicht zum Zuge kommt (anders die gem. Meinung). — 487 ff., 276 ff. Bei Teilablösung entsteht ein gemeinschaftliches Pfandrecht. Das Nutzungsrecht steht auch dem leistenden Gläubiger für Zinsen und Kosten zu; den Erlös erhält er erst nach Vollbefriedigung des Mitpfandgläubigers. — 272 ff. Wird die Ablösung zurückgewiesen, so kann der leistende Gläubiger nach Hinterlegung auf Herausgabe des Pfandes klagen. Beim Angebote mehrerer Gläubiger entscheidet der zu befriedigende über die Ablösung. — 289 f. Die Ablösung nur eines von mehreren Pfandrechten ist gegen den Willen des Gläubigers nur für die ideelle Hälfte des Rechtes zulässig. — 280. Pfändungspfandgläubiger haben kein Ablösungsrecht.

2. **RG.** 17. 3. 09, **70** 409. Das gesetzliche Eintrittsrecht setzt nicht voraus, daß derjenige, der durch Befriedigung des Pfandgläubigers die Forderung erwerben will, nicht selber dafür haftet. Auch von der Willensrichtung des Zahlenden — animus emendi oder solvendi — hängt das Eintrittsrecht nicht ab.

3. **RG.** 17. 3. 09, **70** 405 ff., R. **09** Ziff. 1517. Der Anspruch des Fiskus gegen den Zollschuldner ist durch ein Pfandrecht an der zollpflichtigen Ware gesichert. Wenn ein Spediteur, der als solcher an der Ware ein gesetzliches Pfandrecht hat

(§ 410 HGB.), den Zoll bezahlt, so erwirbt er damit auch die persönliche Zollforderung des Fiskus (**RG. 67** 214, JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1257).

§ 1250. *Emmerich 259 ff. Durch die Teilübertragung der Forderung wird das Pfandrecht zum gemeinschaftlichen Rechte. Ebenso bei Teilpfändung; der Pfändungspfandgläubiger geht dem alten Gläubiger nicht im Range vor.

§ 1251. *Emmerich 251 f. Gegen den neuen Pfandgläubiger können die aus § 1217 gegen den alten entstandenen Rechte nicht geltend gemacht werden; er haftet aber für die Kosten eines bereits anhängigen Rechtsstreits.

§ 1253. 1. *Emmerich 460. Auf die Vermutung des § 1253 Abs. 2 kann sich auch jeder Pfandgläubiger berufen. — 485. Ist der Eigentümer auf Grund eines Eigentümerpfandrechts Besitzer, so gilt § 1253 nicht. S. a. zu § 1258.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1143. Der Pfandgläubiger hatte die ihm verpfändete Ware in einem von ihm gemieteten Lagerraume gelagert. Bei Ablauf der Mietzeit ließ er, weil der Schuldner die Ware bald einlösen wollte, die Ware dort unter seinem Verschlusse weiter lagern, während der Schuldner sich zur Zahlung der weiteren Miete an den Vermieter verpflichtete. In solchem Falle erlischt das Pfandrecht nicht, auch wenn der Vermieter dem Pfandgläubiger das weitere Betreten des Lagerraums untersagt.

§ 1254. *Emmerich 461. Gegenüber dem Anspruch aus § 1254 kann ein dritter unbeteiligter Pfandgläubiger sein besseres Besitzrecht nur beschränkt geltend machen, z. B. nicht durch Hauptintervention.

§ 1256. *Emmerich 27 ff. Das Eigentümerpfandrecht ist ein selbständiges dingliches Recht, ein vollkommenes Pfandrecht des Eigentümers. § 1256 Abs. 2 ist keine Fiktion. — Der Eigentümer kann Gemeinschafter eines gemeinschaftlichen Pfandrechts sein, ein Miteigentümer Vollsachpfandgläubiger. — 36 f. Das Eigentümerpfandrecht berechtigt zur Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. — 228 ff. Es verleiht dieselben Besitzrechte wie ein gewöhnliches Pfandrecht. (§§ 1227, 1232, § 1253 findet dann keine Anwendung.) Auch die übrigen Rechtsverhältnisse sind im allgemeinen die gleichen. — 288. So liegt das Recht zur Pfandrechtsübertragung und -ablösung vor. — 484. Ferner das Verkaufsrecht (anders die gem. Meinung). Weiter das Vorzugsrecht aus § 805 ZPO. Bei Untergang der Forderung erlischt auch das Eigentümerpfandrecht.

§ 1257. 1. *Emmerich 5 ff. An einer Sache können mehrere gesetzliche Pfandrechte bestehen. — 53, 89 ff. Auf sie finden auch die Vorschriften über die Entstehung der Vertragspfandrechte Anwendung. Trotzdem wird der gute Glaube nie geschützt. — 216, 243. Auf die gesetzlichen Pfandrechte ohne Besitz des Gläubigers finden §§ 1218—1221 und § 1258 Abs. 1 keine Anwendung, wohl aber § 1258 Abs. 2—4.

2. Bein, Zwangsvollstreckung in fremde Sachen. (Vgl. JDR. **1** und **3** Ziff. 1, **7** Ziff. 2.) Der § 1257 betrifft nur das schon entstandene gesetzliche Pfandrecht, nicht dagegen den Entstehungsvorgang oder dessen Ursache. Die Vorschriften über die Bestellung des Pfandrechts finden auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts keine entsprechende Anwendung. — Durch Pfändung fremder Sachen wird daher kein Pfandrecht erzeugt, auch wenn der Pfandgläubiger sich in gutem Glauben befand.

§ 1258. *Emmerich 56 ff. Am Anteil eines Miteigentümers können vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrechte entstehen. Bei Alleineigentum können gesetzliche Pfandrechte nicht an einem Sachteil entstehen, wohl aber bestehen. Alle diese Pfandrechte sind Sachpfandrechte. — 239 ff. Der Pfandgläubiger übt die Verwaltungs- und Besitzrechte aus; die Nutzungsrechte i. Z. nicht. Die §§ 1212, 1216 ff. finden Anwendung, die § 1215, 1219 nicht. — Das Recht aus § 1258 Abs. 1 richtet sich i. Z. nach der Rangordnung. Das Recht aus § 1258 Abs. 2 steht jedem Pfandgläubiger zu. — 291 ff. Das Ablösungsrecht ist nur beschränkt gegeben. — 491 ff.

Für den Pfandverkauf gelten die allgemeinen Regeln. Die §§ 1253, 560 finden bei einem Beschluß auf Besitz des Eigentümers oder Wegbringung der Sachen keine Anwendung.

§ 1260. OLG. **18** 188 f. (Hamburg). Einen gutgläubigen Schiffspfanderwerb gibt es nicht. (Vgl. Mittelstein, Binnenschiff. I 493).

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. *Emmerich 19 f. Das Afterpfandrecht ist ein Pfandrecht an einem Rechte.

§ 1275. **RG.** R. **09** Ziff. 1518. Ist eine Hypothekenforderung verpfändet, so kann der Pfandgläubiger, wenn im übrigen die Voraussetzungen dazu vorliegen, auch die Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben.

§ 1287. *Emmerich 137 f. Ist ein Sachleistungsanspruch mehrfach verpfändet, so gilt für die Pfandrechte nach Eintritt der Surrogation die alte Rangordnung. Alle Pfandrechte, die vor der Leistung an der Sache selbst entstanden sind, gehen den früheren Anspruchspfandrechten vor. Der Drittschuldner ist evtl. schadensersatzpflichtig. — 294 f. Wird dem Anspruchspfandgläubiger ein Sachpfandrecht übertragen oder umgekehrt (§ 1250 BGB.), so verwandelt sich das Anspruchspfandrecht erst dann in ein Sachpfandrecht, wenn der Drittschuldner damit einverstanden oder entsprechend verurteilt ist. — 502 f. Die Verwertung der Sache durch einen Sachpfandgläubiger erfolgt auch hier wie gewöhnlich. Am Erlös erlangen die Anspruchspfandgläubiger keine Rechte.

§ 1289. Satz 2. Über Zurücknahme der Gläubigeranzeige *Klein, ABürgR. **33** 266. Vgl. auch JDR. **7** zu § 1289.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

Vorbemerkung zu Titel 1—5. Zu den einzelnen Titeln sind mehrfach Auszüge aus dem Eheschließungs- und Ehescheidungsrechte von Sauer aufgenommen worden, das viele praktische Fragen berührt. Ferner sei auf die Selbstberichte von Gaupp und Rietschel zu § 1333 hingewiesen.

Literatur: Koch, Zuständigkeit für eine Klage aus § 1300 BGB., JW. **09** 35—36.

§ 1297. Genehmigung des Verlöbnisses durch den gesetzlichen Vertreter. (JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. II c.) HansGZ. **09** Beibl. 63 (Hamburg). Die zur Verlobung mit einer Minderjährigen erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann auch stillschweigend erklärt werden, und zwar genügt es, wenn es nur der Minderjährigen gegenüber geschehen ist.

§ 1298. 1. OLG. **18** 249 (KG.). Aufwendungen (Kost), die in Erwartung der demnächstigen öffentlichen Verlobung, nicht aber der noch in weiter Ferne stehenden Eheschließung gemacht sind, können nicht ersetzt verlangt werden. Vor der Verlobung gemachte Aufwendungen sind daher in der Regel nicht erstattungsfähig.

2. WürttRpflZ. **2** 307 (Stuttgart). Gemäß § 1298 kann ein Verlobter nicht Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er zum Zwecke der Anschaffung von Verlobungsgeschenken gemacht hat. Die Behandlung der Verlobungsgeschenke ist vielmehr im § 1301 ausschließlich geregelt.

3. Kausalität des Schadens. OLG. **18** 249 (KG.). Der § 1298 spricht zwar nicht ausdrücklich aus, daß der Schaden, um dessen Ersatz es sich dort handelt, mit dem zum Schadenersatze verpflichtenden Ereignis ursächlich zusammenhängen müsse. Dies ist aber im BGB. nirgends, wo von Schadensersatz die Rede ist, ge-

schehen, weil jener Kausalzusammenhang eine so selbstverständliche Voraussetzung jeden derartigen Anspruchs ist, daß es überflüssig ist, jenes Erfordernis ausdrücklich aufzustellen. Um etwas anderes als einen, wenn auch in manchen Beziehungen besonders geregelten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung handelt es sich bei § 1298 nicht. Die allgemeinen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs müssen also neben den besonderen, im § 1298 enthaltenen vorliegen. Dazu gehört aber die Kausalität. Beteiligung an einem — später verlustbringenden — Geschäft, um diesen Anteil als Mitgift zu geben, stellt den Kausalzusammenhang nicht her.

§ 1300. 1. Zuständigkeit für den Anspruch aus § 1300. (JDR. **1** Ziff. 4, **4** Ziff. 1a zu § 1298 u. Ziff. 1 zu § 1300, **5** Ziff. I a, **6** Ziff. 1.) Koch, JW. **09** 35 ff. Der Anspruch aus § 1300 ist nicht ein Anspruch aus einem außerehelichen Beischlafe, sondern ein Anspruch aus einem grundlos aufgelösten Verlöbnis, in dem es zum Beischlafe zwischen den Verlobten gekommen ist. Die Klage aus § 1300 ist lediglich nach dem Werte des Streitgegenstandes entweder beim Amtsgericht oder beim Landgerichte zu erheben.

2. Beweislast (JDR. **4** Ziff. 2 a, **6** Ziff. 2). OLG. **18** 250 f. (Königsberg). Nach der Fassung des § 1300 liegt der Verlobten der Beweis ihrer Unbescholtenheit ob; man wird diese aber so lange ohne weiteres anzunehmen haben, als nicht gegenteilige Umstände dargetan sind. Behauptet der Gegner solche Umstände, so liegt ihm der Beweis ob.

3. Begriff der Bescholtenheit (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. II, **6** Ziff. 3). OLG. **18** 250 ff. (Königsberg). Wenn ein Geschlechtsverkehr der Braut nachzuweisen ist, ist diese in der Regel auch dann als bescholten anzusehen, wenn die Beiwohnung keinem Dritten bekannt geworden ist.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

Literatur: Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München 1909.

§ 1303. Sauer 23. Die der Frau erteilte Befreiung vom Ehehindernisse der Eheunmündigkeit kann sich nur auf die Eingehung der Ehe mit einer bestimmten Person beziehen.

§ 1305. Sauer 36. Das elterliche Einwilligungsrecht bleibt selbst bei Verwirkung der elterlichen Gewalt, bei Entziehung der Sorge für die Person des Kindes, bei Ruhen der elterlichen Gewalt, bei Wiederverheiratung der Mutter und bei Scheidung der Ehe bestehen (vgl. JDR **5** Ziff. II b). — Ein Verzicht auf das Einwilligungsrecht ist, weil gegen die guten Sitten verstoßend, als nichtig zu erachten.

§ 1311. Sauer 63. Die Ehe zwischen dem Annehmenden und einem unehelichen Kinde des angenommenen Sohnes ist nicht verboten. Es greift hier die gesetzliche Regel des § 1589 Abs. 2 BGB. durch: „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt." Eine Ausnahme von dieser Regel, wie sie für das Ehehindernis der Verwandtschaft, Schwägerschaft und Geschlechtsgemeinschaft nach § 1310 BGB. besteht, ist hinsichtlich des Begriffs „Abkömmlinge" des Angenommenen nicht vorgesehen. Vgl. Sartorius, JDR. **1** und Haidlen, JDR **6**.

§ 1312. 1. Sächs. Min. d. Innern, FischersZ. **35** 197 ff. Schweizerische Staatsangehörige, die im Deutschen Reiche ihren Wohnsitz haben, bedürfen gegebenenfalls der Befreiung von dem Ehehindernisse des § 1312, wenngleich die schweizerische Bundesgesetzgebung das Ehehindernis des Ehebruchs nicht kennt. (Wegen großbritannischer Staatsangehöriger vgl. JDR. **7**.)

2. Anwendbarkeit des § 1312 beim Bruche einer nichtigen Ehe (vgl. Sartorius, JDR. **1**, **6** Ziff. 2.) Sauer 65. Ist Ehescheidung wegen Ehebruchs erfolgt, so ist das Ehehindernis des § 1312 selbst dann gegeben, wenn es

sich um eine wegen eines Formfehlers nichtige und in das Heiratsregister nicht eingetragene Ehe handelt. Es ist gleichgültig, ob die Scheidung wegen Ehebruchs auf die Klage oder Widerklage hin erfolgt ist oder ob auch noch andere Scheidungsgründe maßgebend waren. Ist ohne Erhebung einer Widerklage auch der Kläger für schuldig erklärt, so kommt dies der Scheidung nicht gleich.

3. Sauer 671 Wird wegen Ehebruchs auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt, so besteht das Ehehindernis nach § 1312 nicht (aM. Francke, JDR. 5).

§ 1313. Sauer 68. Für den Fall der Todeserklärung des Mannes besteht für die Frau das Ehehindernis der Wartezeit nicht. (Anders z. B. Sartorius, JDR. **1**, Staudinger, Engelmann und die herrschende Meinung.) — Mit Rücksicht auf den Grund des Ehehindernisses der Wartezeit muß angenommen werden, daß auch eine Fehlgeburt des Eheverbot beseitigt.

§ 1315. OLG. Hamburg, JDR. **7** Ziff. 3 jetzt eingehend HansGZ. **09** Beiblatt 11 ff.

§ 1322. Sauer 130. Die Befreiung von den Ehehindernissen der mangelnden Ehemündigkeit und der Wartezeit, sowie von dem Ehehindernisse des Ehebruchs kann nur Deutschen gegenüber eintreten (aM. Planck z. § 1321). Die Bewilligung der Befreiung vom Aufgebote hingegen steht Deutschen wie Ausländern gegenüber demjenigen Bundesstaate zu, in dessen Gebiet die Ehe geschlossen wird.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Literatur: Gaupp, Der § 1338 BGB. und die dabei in Betracht kommenden Krankheitszustände, ABürgR. **104** 365—387. — Rietschel, Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten, ACivPr. **104** 339—364. Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München 1909.

§ 1325. Sauer 181. Personen, welche geisteskrank, aber deswegen nicht entmündigt sind, können in lichten Zwischenräumen eine gültige Ehe schließen. Ebenso Erler, Ehescheidungsrecht, JDR **1** zu § 1325.

§§ 1330 ff. *Herbert Meyer, Publizitätsprinzip s. o. Ziff. 2 zu §§ 119 ff.

§ 1332. Nowomiejski, Willenserklärung im Scherze 52 ff. Sollte ein Fall der Eheschließung im Scherze vorkommen, so wäre das die Anfechtbarkeit begründende Moment nicht der Scherz, sondern der Irrtum über den Akt, der vorgenommen werden soll (vgl. o. Ziff. 1 zu § 118).

§ 1333. I. 1. * R. Gaupp, ACivPr. **104** 365 ff. Persönliche Eigenschaften sind auf medizinischem Gebiet ernste, langdauernde oder völlig unheilbare Gebrechen und Krankheiten, die auf die gesamte Persönlichkeit und ihren Fortbestand von Einfluß sind. Es sind vier Gruppen zu unterscheiden: a) Schwere körperliche und psychische Erkrankungen, die eine Eheschließung fraglos unvernünftig erscheinen lassen, weil das Leiden unheilbar ist, entweder zum baldigen Tode oder doch zum schweren Siechtum führt (Tuberkulose, Krebs, Nierenleiden, Tabes, Paralyse, Dementia praecox, manisch-depressives Irresein, Epilepsie, hochgradige Trunksucht, schwerer Morphinismus, angeborener Schwachsinn). b) Körperliche Zustände, die eine Ehe im biologischen Sinne unmöglich machen (Impotenz, Vaginismus, selten Homosexualität, Unfähigkeit zur Fortpflanzung bei erhaltener Beischlafsfähigkeit). c) Krankheiten, die für den anderen Ehegatten und eventuell für die Nachkommen ernste Gefahren für Leben und Gesundheit bringen können (Geschlechtskrankheiten, Lepra, schwere Trunksucht, Morphinismus und Kokainismus, manche Geisteskrankheiten mit Neigung zu Gewalttaten). d) (fragwürdige Gruppe) Körperliche oder geistige Mängel, deren Wahrnehmung nach Abschluß der Ehe den anderen Ehegatten aufs schwerste enttäuscht, mit Widerwillen oder Ekel erfüllt, so daß eine körperliche und sittliche Gemeinschaft erschwert

oder unmöglich gemacht wird (ekelerregende Hautleiden, Ozaena, hysterischer Charakter). Selten wird schwere hereditäre Belastung einen Anfechtungsgrund bilden können. Zu fordern ist namentlich, daß die impotentia generandi ebenso gewertet werde, wie die impotentia coeundi, weil der erste und wichtigste Zweck der Ehe die Fortpflanzung ist.

2. *Rietschel, ACivPr. **104** 339. Unter persönlichen Eigenschaften sind nur immanente Eigenschaften, nicht Beziehungen zur Außenwelt (persönliche Verhältnisse) zu verstehen. Im übrigen sind die Versuche Hölders und anderer, das Wort in einem noch engeren Sinne zu interpretieren, abzulehnen; persönliche Eigenschaften sind, ebenso wie in ALR. II. 1 § 40, alle immanenten Eigenschaften einer Person. Dagegen ist bei der Entscheidung, ob jemand „bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" die betr. Ehe geschlossen hätte, die Frage, was „verständige Würdigung" ist, nicht nach der individuellen Anschauung des Eheschließenden, sondern nach der seiner Gesellschaftsklasse zu beurteilen, und nur dann das Anfechtungsrecht zu gewähren, wenn nicht nur der Eheschließende, sondern jeder normale Mensch aus seinen Kreisen bei Kenntnis der Sachlage eine derartige Eheschließung verständigerweise unterlassen hätte.

II. Aus der Praxis. 1. Vorehelicher Geschlechtsverkehr. (JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 3c, **4** Ziff. 2c, **6** Ziff. II 1, **7** Ziff. 1.) a) **RG.** 4. 10. 09, R. **09** Ziff. 3373. Vorehelicher Geschlechtsverkehr der Braut ist ein Anfechtungsgrund, ohne Rücksicht auf etwaige weniger strenge Anschauungen am Wohnorte der Parteien. Vgl. jedoch **RG.** JDR. **7** Ziff. 1. **b) RG.** 7. 10. 09, R. **09** Ziff. 3085. Ist dem Kläger bekannt, daß die Beklagte früher als Sängerin von Wirtschaft zu Wirtschaft gegangen ist und mehrere Jahre mit einem Manne in außerehelichem Geschlechtsverkehre gestanden hat, so kann er die Ehe nicht anfechten, weil die jetzt 41jährige Beklagte als Mädchen von 17 bis 18 Jahren unter sittenpolizeilicher Aufsicht gestanden hat. **c) RG.** 10. 6. 09, R. **09** Ziff. 2272. Früherer Geschlechtsverkehr der Frau mit mehreren Männern berechtigt zur Anfechtung, auch wenn der Ehemann den jahrelangen Verkehr der Frau mit einem Manne gekannt und selbst mit ihr vor der Ehe geschlechtlich verkehrt hat.

2. Beischlafsvermögen. (JDR. **5** Ziff. 1). **RG.** R. **09** Ziff. 3084, PosMSchr. **09** 9. Entspricht die Beiwohnungsfähigkeit des Mannes seinen Lebensjahren, so kann die irrtümliche Annahme einer dieses Maß übersteigenden Beiwohnungsfähigkeit die Anfechtungsklage nicht begründen.

3. Geistige Erkrankung. (JDR. **7** Ziff. 2.) **a)** OLG. **18** 253 (KG.). Bloße Veranlagung zur Geisteskrankheit (Hysterie), auch wenn sich daraus in der Ehe Geisteskrankheit entwickelt hat, berechtigt nicht zur Anfechtung. **b)** Wohl aber berechtigt geistige Minderwertigkeit zur Anfechtung OLG. **18** 252 (Marienwerder). **c)** OLG. **18** 252 (Marienwerder). Die Eigentümlichkeiten, welche den Paranoiden von geistig gesunden Menschen unterscheiden, sind „persönliche Eigenschaften". Wer das Wesen der Ehe objektiv verständig würdigt, wird von der Eingehung der Ehe mit einem Paranoiden, wenn er diese Eigenschaft kennt, absehen.

4. Vor der Ehe verübte strafbare Handlung. (JDR. **1** Ziff. 4c). R. **09** Ziff. 3374 (Hamburg). Zwar kann eine vor der Verheiratung liegende Bestrafung und der hieraus sich ergebende Makel des einen Ehegatten den anderen zur Anfechtung der Ehe berechtigen, doch genügt dazu nicht, wenn die beklagte Ehefrau als vierzehnjähriges Kind eine sechswöchige Gefängnisstrafe wegen Diebstahls erlitten und sich dann 13 Jahre bis zur Verheiratung tadellos geführt hat.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3565. Die Frage, ob in der Person des einen Ehegatten ein Umstand vorliegt, der bei Kenntnis der Sachlage den anderen Ehegatten von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde, ist Tatfrage, bei deren Beurteilung auch das spätere Verhalten des Ehegatten zu berücksichtigen ist.

§§ 1333, 1334. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 353. Der erblichen Belastung allein ist eine Bedeutung im Sinne des § 1333 oder § 1334 nicht beizumessen.

§ 1334. Gegenseitige Aufklärungspflicht (IDR. **1** Ziff. 2, **6** Ziff. 1). Sauer 216 ff. Zur Annahme einer arglistigen Täuschung genügt die vorsätzliche Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums, der kausal für den Eheabschluß war. Die arglistige Täuschung kann sowohl durch Vorspiegelung falscher, wie durch Unterdrückung wahrer Tatsachen erfolgen. Eine allgemeine Pflicht der Verlobten, sich ihr ganzes Vorleben mitzuteilen, läßt sich aus § 1334 nicht herleiten; ein Verlobter handelt jedoch arglistig, wenn er sich bewußt ist, daß der andere auf den verschwiegenen Umstand Wert legen könne, oder wenn dieser nach der Verkehrsauffassung oder nach Treu und Glauben ein Offenbaren des ihm unbekannten Umstandes erwarten konnte.

§ 1335. Sauer 224. Die Drohung muß in einer dem Urheber derselben bewußten Weise erfolgt sein; eine Beeinflussung des den Willen Erklärenden durch Einbildung, Aufregung, Charakterschwäche allein kann hierbei nicht maßgebend sein. Die Drohung muß auch, wenn nicht ausschließlichen, so doch den entscheidenden Einfluß auf den Bedrohten ausgeübt haben; der letztere muß zur Eingehung der Ehe durch die Drohung bestimmt worden sein.

§ 1337. Abs. 2. **RG.** 12. 11. 08, **69** 410 ff., JW. **09** 19 f., R. **09** Ziff. 79. Die Bestätigung erfordert, daß der Bestätigende den Gegenstand, den er durch seine Willenskundgebung preisgibt, übersieht, daß er also entweder das Anfechtungsrecht kennt oder doch zum mindesten von der Vorstellung aus handelt, es könne ihm möglicherweise ein Recht zustehen, dessen er sich für den Fall seines Bestehens begebe. In gewissen Fällen ist jedoch mit der Kenntnis von der die Anfechtung begründenden Tatsache ohne weiteres auch die Kenntnis von der Anfechtbarkeit gegeben. Dies gilt insbesondere aber, wo es sich um die Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums handelt. Denn jeder Irrtum, der nach § 1333 BGB. einen geeigneten Grund zur Anfechtung der Ehe bildet, ist von so schwerwiegender Art, daß, wer eine Ehe eingeht. bei Entdeckung des Irrtums sich mindestens bewußt sein muß, es bestehe nach der Rechtsordnung irgendein Mittel, vermöge dessen er sich von der Fessel einer unter solchen Umständen eingegangenen Ehe zu befreien vermöchte. Daß dieses Bewußtsein sich bereits zu einer genaueren Vorstellung von dem Wesen, dem Inhalt und den gesetzlichen Bedingungen der Anfechtung entwickelt habe, ist nicht erforderlich. Legt daher ein Ehegatte, nachdem er einen derartigen Irrtum entdeckt hat, ein Verhalten an den Tag, worin der Wille, die Ehe fortzusetzen, unzweideutig zum Ausdrucke kommt (Fortsetzung des ehelichen Verkehrs), so bestätigt er damit die Ehe. Mag immerhin die Entdeckung einer Tatsache, die den Eheschließungswillen entscheidend zu beeinflussen geeignet gewesen wäre, noch nicht in allen Fällen ihm auch volle Klarheit über die sich aus dem Irrtum ergebenden Rechte verschaffen, so entspricht es doch dem allgemeinen sittlichen Empfinden, daß ein Ehegatte bei einer derartigen Handlungsweise sich nicht darauf berufen kann, er habe ohne das Bewußtsein und ohne die Absicht gehandelt, seine Rechte, worin immer sie bestehen möchten, aufzugeben.

§ 1339. 1. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 347. Die Anfechtungsfrist wird unterbrochen, wenn der zur Anfechtung berechtigte Ehegatte in seiner Vermutung oder bereits gebildeten Überzeugung erschüttert wird, ohne fahrlässig zu sein, wenn also z. B. ein anderer Sachverständiger eine mildere, nicht zur Anfechtung berechtigende Auffassung der Sachlage überzeugend dartut oder wenn der andere Ehegatte alle Bedenken des Anfechtungsberechtigten durch glaubwürdige Versicherungen des Gegenteils zerstreut.

2. Entdeckung des Irrtums (JDR. 5 zu b). **RG.** JW. **09** 689 f. Die Tatsache, daß dem die Ehe anfechtenden Ehegatten ein Gerücht zu Ohren gekommen ist, kommt rechtlich einer Entdeckung des Irrtums nicht gleich. Diese erfordert, daß er das, was er gehört, auch für wahr gehalten hat; früher kann ihm die Unrichtigkeit seiner bisherigen gegenteiligen Meinung nicht zum Bewußtsein gekommen, er also seines Irrtums nicht gewahr geworden sein.

3. **RG.** JW. **09** 689 f., PosMSchr. **09** 169. Wenn die klagende Partei im Laufe des Ehescheidungsprozesses von der Scheidungsklage zur Anfechtungsklage übergeht oder die Anfechtungsklage nachträglich neben der Scheidungsklage erhebt, wird die Frist des § 1339 schon durch die Erhebung der Scheidungsklage gewahrt (vgl. **RG.** JW. **03** 70 ff.). Die gleiche Wirkung einer Wahrung der für den Widerkläger geltenden Klagefrist ist der von seinem Gegner ausgehenden Klagerhebung nicht beizumessen. In dem Urteile **RG. 57** 192 ff. ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Lauf der Frist für die Erhebung der Scheidungswiderklage gemäß § 1574 Abs. 3 in Verbindung mit § 203 BGB. während der Zeit von der Erhebung der gegnerischen Scheidungsklage bis zur ersten mündlichen Verhandlung in dem anhängigen Prozeß aus dem Grunde gehemmt ist, weil während dieses Zeitabschnitts dem Beklagten die Möglichkeit verschlossen ist, den ihm entstandenen Scheidungsgrund außerhalb des Prozesses geltend zu machen (§§ 614 ff. ZPO.). Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der erhobenen Scheidungsklage gegenüber die Anfechtungswiderklage zu erheben ist.

§ 1345. Sauer 255. Neben dem im § 1345 Abs. 1 bezeichneten Rechte kann dem Ehegatten, insbesondere bei Anfechtung der Ehe, wegen arglistiger Täuschung auch ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung zustehen.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: Scheppler, Die Alimentationspflicht der Ehegatten. München 1909.

§ 1353. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 691. Der Einwand des Rechtsmißbrauchs kann einem die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft fordernden Ehegatten gegenüber auch dann begründet sein, wenn dem Ehemanne z. B. wegen Geistesschwäche ein Verschulden nicht zur Last fällt. Zwar geben nicht schon auf einer geistigen Beeinträchtigung beruhende Sonderbarkeiten des Mannes der Frau das Recht zum Getrenntleben; sie hat dieses Recht jedoch dann, wenn der Zustand des Mannes ein solcher ist, daß der Frau die eheliche Lebensgemeinschaft mit dem Manne, das Verbleiben in der ehelichen Wohnung zur Unmöglichkeit gemacht wird.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 280. Ist ein Ehegatte wegen der ihm von dem anderen Teile widerfahrenen Kränkungen zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt, so ist das Verlangen des anderen Teiles, die Gemeinschaft wieder herzustellen, so lange mißbräuchlich, als er nicht die Gewähr der Sinnesänderung gibt. Hierzu ist aber nicht der Ablauf eines längeren Zeitraums erforderlich, schon **RG.** 19. 10. 08, BayRpflZ. **09** 71, JDR. **7** Ziff. 2 b.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3567. Begründen die der Frau zugefügten Mißhandlungen und Beschimpfungen zwar keinen Scheidungsgrund, aber die Befürchtung, daß sie bei Herstellung der häuslichen Gemeinschaft einer Fortsetzung der Unbilden ausgesetzt bleibe, so kann sie getrennt leben.

§ 1355. Sächs. JustizM., FischersZ. **35** 36 ff. Der Mann darf die Frau nicht hindern, seinem Namen ihren Mädchennamen hinzuzufügen, wenn sich sein Verlangen, dies zu unterlassen, als Mißbrauch seines Rechtes darstellt, d. h. wenn die Frau an der Verbindung der beiden Namen ein berechtigtes Interesse hat (zu vgl. auch Planck [3] IV 98 Anm. 1 a zu § 1355, Staudinger [3/4] IV 140 Anm. 3 zu § 1355). Hierdurch aber wird an sich der Doppelname nicht zum Namen

der Frau im Rechtssinne, wohl aber kann der Mann durch Vertrag mit der Frau insofern für die Dauer auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verzichten, als er ihr die Führung eines Doppelnamens zugesteht, wenn die Frau an der Führung des Doppelnamens als ihres Namens im Rechtssinn ein erhebliches Interesse hat. (Im vorliegenden Falle war der Frau ein Vermächtnis unter der Bedingung zugefallen, daß sie dem Familiennamen ihres Gatten einen bestimmten Namen beifügt.)

§ 1356. Endemann, R. **09** 6 ff. Eine durch unerlaubte Handlung verletzte Ehefrau kann stets wegen der Aufhebung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit Schadensersatz aus eigenem Rechte begehren. Ihr Schaden ist mindestens auf den wirtschaftlichen Wert der Arbeit zu bemessen, die sie im Hauswesen und Geschäft des Mannes geleistet hat; denn sie ist dieses Gutes beraubt worden. Dazu kommt in Ansatz der Gewinn, den sie aus selbständiger lohnbarer Arbeit gezogen hätte. Der an die Frau zu leistende Geldersatz tritt, soweit er ihre Unfähigkeit zur Verrichtung der häuslichen Dienste entgilt, dem Manne gegenüber nach Art der dinglichen Surrogation an die Stelle der Arbeitsleistung der Ehefrau; insoweit konsumiert der Anspruch der Ehefrau aus §§ 823, 842 den des Ehemanns aus § 845. Andererseits kann der Ehemann selbständig den Schaden geltend machen, der ihm daraus entsteht, daß er der Hilfe der Ehefrau im Hause und Geschäft entbehren muß. Vgl. hierzu auch Endemann, R. **09** 286.

§ 1357. I. 1. Baumann, BayRpflZ. **09** 107 ff. Die Schlüsselgewalt der Frau dauert so lange als die Ehe. Der Ehemann kann die Schlüsselgewalt seiner Frau lediglich nach Maßgabe des § 1357 BGB. beschränken. Gutgläubigen Dritten gegenüber ist die Beschränkung nur wirksam nach Maßgabe des § 1435 BGB. Die Frau kann auf Geltendmachung ihrer Schlüsselgewalt verzichten. Es wird das im allgemeinen anzunehmen sein, wenn sie sich vom Manne trennt, namentlich auch im Falle des § 627 ZPO.

2. Bezold, SeuffBl. **09** 167 f. Die Aufnahme von Darlehen zum Einkaufe der für den Haushalt erforderlichen Waren oder zur Bestreitung anderer Ausgaben für diesen fällt nicht in den Bereich der Schlüsselgewalt.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** JW. **09** 415. Die Beleuchtung der außerhalb der Wohnung der Eheleute belegenen Treppe gehört nicht ohne weiteres zu den Geschäften, die die Führung des gemeinschaftlichen Hauswesens mit sich bringt, und nur auf diese bezieht sich § 1357.

2. a) OLG. **18** 254 (Celle). Die Mittellosigkeit eines Mannes kann nicht ohne weiteres als ein Umstand angesehen werden, der den Willen der Frau, ihren Mann durch die an sich in den Rahmen der Schlüsselgewalt fallenden Geschäfte zu verpflichten, ausschließt. Besitzt der Mann auch kein eigenes Vermögen, so hat er doch eine Einnahmequelle in der ehemännlichen Nutznießung vom eingebrachten Frauengute, dessen Erträgnisse er zur Bestreitung der Kosten des ehelichen Lebens zu verwenden hat. b) LG. III Berlin, KGBl. **09** 88. Nimmt die Ehefrau eines seit längerer Zeit zahlungsunfähigen Mannes, mit dem sie dauernd in häuslicher Gemeinschaft lebt, eine für den Hausstand erforderliche Bestellung vor, so entspricht es nicht den im Verkehre herrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben, diese Handlung als ein innerhalb ihrer Schlüsselgewalt bestätigtes „Geschäft des Mannes" oder als ein ausschließlich seiner ehelichen Aufwandpflicht obliegendes Rechtsgeschäft anzusehen und für diesen Fall die §§ 1357 und 1389 BGB. heranzuziehen.

3. OLG. **18** 254 (Frankfurt). Unter die Schlüsselgewalt fallen nur solche Rechtsgeschäfte der Frau, welche zur Erfüllung ihrer häuslichen Aufgaben nötig sind und zugleich nach der Auffassung des Lebens zu dem häuslichen Wirkungskreise der Frau gehören. Alles, was darüber hinausgeht, fällt aus dem Bereiche der Schlüsselgewalt

heraus. Die Vornahme von Abrechnungen und die Abgabe von Schuldanerkenntnissen gehört nicht zum häuslichen Wirkungskreise der Frau.

§§ 1360, 1361. 1. Scheppler, Alimentationspflicht der Ehegatten 18. Bei begründetem Getrenntleben der Ehegatten erfährt das Grundprinzip des § 1360 nur insoweit Änderungen, als diese im § 1361 besonders vorgesehen sind. Die Abweichungen beschränken sich auf die Art und den Umfang der Unterhaltsleistung, während für die Beurteilung der Voraussetzungen und des Maßes der Alimentation § 1360 maßgebend bleibt.

2. **a)** OLG. **18** 256 (München). Ist die Frau nicht berechtigt, getrennt zu leben, so hat der Mann die Kosten ihrer ärztlichen Behandlung während eines zur Erholung oder Heilung nötigen Aufenthalts in einem Bade zu tragen. **b)** OLG. **18** 257 (Naumburg). Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn die Ehefrau im Laufe des Alimentationsprozesses ihren Unterhaltsanspruch nicht mehr auf Grund von §§ 1360, 1361, sondern, wegen der inzwischen erfolgten Ehescheidung, auf Grund von § 1578 geltend macht.

§ 1360. I. 1. Scheppler, Alimentationspflicht der Ehegatten 11. Voraussetzung des Unterhaltsanspruchs der Frau ist nur die Leistungsfähigkeit des Mannes, nicht aber, wie beim Unterhaltsanspruche der Verwandten, die Bedürftigkeit. Der Mann muß der Frau auch dann Unterhalt gewähren, wenn die Frau eigenes Vermögen besitzt und davon ihren Unterhalt bestreiten könnte. Die Unterhaltspflicht der Frau setzt voraus, daß der Mann außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Keine Rolle spielt es, auf welche Weise die Unfähigkeit des Mannes, sich selbst zu unterhalten, entstanden ist; ohne Belang ist es insbesondere, ob sittliches Verschulden den Grund hierzu bildet. Die Frau muß, wenn sie unterhaltspflichtig ist, alles, was sie besitzt, mit dem Manne teilen und unter Umständen den Stamm ihres Vermögens angreifen. — Für die Frage, ob die minderjährige Frau dem Manne gegenüber zur Unterhaltsgewährung imstande ist, kommt die dem Vater nach § 1661 allenfalls noch zustehende Nutznießung am Vermögen der Ehefrau nicht in Betracht.

2. Scheppler, Alimentationspflicht der Ehegatten 9. Die Beerdigungspflicht hängt mit der Unterhaltspflicht aufs innigste zusammen. Es erscheint nicht nur die Sorge für die Existenz des ohne Unterstützung dem Untergange Verfallenen als ein Gebot der Sittlichkeit, sondern die aus dem Familienbande resultierende sittliche Pflicht erstreckt sich noch über den Tod des Bedürftigen hinaus. Es finden daher auf die Bestattungspflicht die Regeln des wahren Unterhaltsanspruchs Anwendung; demnach wäre beispielsweise ein Verzicht des Berechtigten wirkungslos.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **18** 256 (München). Allerdings ist nach § 1360 Abs. 3 der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren, doch erscheint diese Gemeinschaft nicht durch eine vorübergehende Trennung der Ehegatten, die durch einen Aufenthalt zur Erholung oder zur Behebung einer Krankheit geboten ist, aufgehoben. Die aus solchem Anlaß erforderlichen Unterhaltskosten sind naturgemäß in Form einer Geldleistung aufzubringen.

2. LG. Halle, NaumbAK. **09** 13. Lebt die Ehefrau von dem Ehemanne getrennt und erhält sie nach § 1360 eine Unterhaltsrente, so ist der Ehemann zur Bezahlung von Arztkosten für die Behandlung seiner Ehefrau nicht noch besonders verpflichtet. Denn da die Unterhaltspflicht aus § 1360 auch die Kosten für ärztliche Behandlung umfaßt, so hatte der Ehemann bereits durch Zahlung dieser Rente seiner Verpflichtung genügt.

§ 1361. I. 1. Scheppler, Alimentationspflicht der Ehegatten 8. Rückständige, nicht erhobene Alimente können abgetreten, gepfändet, verpfändet werden. Die Aufrechnung gegen dieselben ist statthaft. (AM. Staudinger, Wieruczowski 116 und die dort Zitierten.)

2. Conrades, R. **09** 30 f. Der Sinn des Allegats von § 760 BGB. im ersten Satze des § 1361 ist nicht der, daß dadurch auch die Wirkung der rechtskräftigen Scheidung auf die Unterhaltspflicht auf das Ende des gerade laufenden Vierteljahrs hinausgeschoben wird; es bezieht sich nur auf den Fall der Beendigung des Rechtsverhältnisses durch Tod.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** WarnE. **2** 138 f. Die Ehefrau begründet ihren Unterhaltsanspruch schon damit, daß der Ehemann nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsstellung die verlangte Unterhaltsrente zu gewähren habe. Demgegenüber hat der beklagte Ehemann verteidigungsweise nachzuweisen, daß unter Berücksichtigung der Bedürfnisse, der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Ehegatten der Wegfall oder die Beschränkung seiner Unterhaltspflicht der Billigkeit entspreche.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 281. Hat eine Ehefrau während des Getrenntlebens es unterlassen, behufs Regelung ihres Unterhalts für jene Zeit und behufs Erlangung von Prozeßkostenvorschüssen die geeigneten Schritte gemäß § 1361 zu tun, so kann sie nach rechtskräftig eingetretener Scheidung der Ehe nicht alles, was sie für sich an Unterhalt und Prozeßkosten während des Getrenntlebens aus den Einkünften ihres Vermögens verbraucht hat, ohne weiteres von den dem Ehemanne gebührenden Einkünften in Abzug bringen. Inwieweit eine Erstattung von Prozeßkosten einzutreten hat, richtet sich nach § 1387 Nr. 1 Halbs. 2 BGB.

3. **RG.** PosMSchr. **09** 15. Abs. 1 Satz 2 ist nicht analog anwendbar, wenn der Ehemann Herausgabe von Einrichtungsgegenständen verlangt. Die Bestimmung ist nur gegeben, weil die Trennung der Ehegatten als solche auf den Güterstand keinen Einfluß hat und daher auch nach der Trennung über die Einrichtungsgegenstände nur der Mann verfügen kann und infolgedessen eine Bestimmung zum Schutze der Frau und um ihr das richterlicherseits gestattete Getrenntleben zu ermöglichen, notwendig war.

4. Der Mann verweigert ohne Grund die eheliche Gemeinschaft (vgl. JDR. **4** Ziff. II 2 b zu §§ 1360, 1361, **5** Ziff. 4). SeuffA **64** 152, OLG. **18** 255 (Posen). Der Mann ist aus § 1361 zur Zahlung einer Geldrente auch dann verpflichtet, wenn er das gemeinschaftliche Leben ohne Grund verweigert; es würde sich sonst — was nach dem Wortlaute des § 1361 allerdings möglich wäre — der Widersinn ergeben, daß die berechtigte Weigerung des Mannes seine Unterhaltspflicht weiter bestehen ließe, die unberechtigte ihm aber das Recht gewähren würde, der Frau den Unterhalt zu versagen.

5. Abs. 2. **RG.** R. **09** Ziff. 3086. Will ein Ehemann sein von ihm allein bewohntes, ca. 30000 M. wertes Haus nicht verkaufen, so hat er durch geeignete Maßnahmen, insbesondere durch Aufnahme einer Hypothek, sich die Mittel zu verschaffen, um den berechtigten Unterhaltsansprüchen seiner Frau zu genügen.

6. OLG. Posen, JDR. **7** Ziff. 3, jetzt auch SeuffA. **64** 207.

§ 1362. 1. Abs. 1. *Strasser, Vorbehaltsgut 87 ff. Die Frau soll grundsätzlich keine Haftung für Mannesschulden übernehmen. Gemäß § 1362 Abs. 1 trifft sie aber die Beweislast für ihr Eigentum, wenn die Mannesgläubiger die in seinem Besitze befindlichen Sachen pfänden. Mißlingt ihr der Beweis, so trägt sie de facto doch die Haftung für Mannesschulden.

2. Abs. 2. *Strasser, Vorbehaltsgut 85 ff. Der Unterschied des § 1366 zum § 1362 Abs. 2 besteht darin, daß der § 1366 Gegenständen, die dem Frauenvermögen bereits angehören, Vorbehaltseigenschaft beilegt, während § 1362 Abs. 2 für Gegenstände des ehelichen Vermögens, deren Eigentumsverhältnisse unklar sind, eine Eigentumsvermutung zugunsten der Frau aufstellt. § 1362 Abs. 2 hat praktisch nur für Nutzwaltung und Gütertrennung Bedeutung, da für die vertragsmäßigen Güterstände die §§ 1438, 1527, 1549 durchgreifende Vermutungen aufstellen. In den

beiden gesetzlichen Güterständen liegt die Bedeutung der Vermutung des § 1362 Abs. 2 darin, daß die bezeichneten Sachen mit Rücksicht auf § 1366 Vermögen der Frau sind.

II. a) R. **09** Ziff. 3784 (Braunschweig). Hochzeitsgeschenke gehören im Zweifel beiden Ehegatten und können dann nur nach den Grundsätzen über Miteigentum gepfändet werden. b) PosMSchr. **12** 74 (Königsberg). Die §§ 1362, 1383 sind bei nichtigen Ehen unanwendbar.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an Entscheidungen und das Ergebnis der Literatur ist noch geringer als im Vorjahre.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1363, 1366, 1367. 1. Die Ansprüche der beschädigten Frau auf Ersatz der Arztkosten und auf Schmerzensgeld fallen in das eingebrachte Vermögen und können vom Manne eingeklagt werden. So OLG. **18** 75 (Kiel), OLG. **18** 257 (Naumburg) wegen der Arztkosten. Dagegen erklärt OLG. **18** 75 (KG.) beide Ansprüche für Vorbehaltsgut.

2. Endemann, R. **09** 6 und 286. Eine durch schuldhafte Beschädigung seitens eines Dritten verletzte und in ihrer Erwerbsfähigkeit geminderte Ehefrau ist als die persönlich Verletzte stets aktiv legitimiert für den Schadensanspruch, auch soweit die Minderung die Rechte und Einkünfte ihres Ehemanns berührt, weil sie im Hauswesen und Geschäfte des Ehemanns Dienste leistet. Wenn dem Ehemann auch die Einkünfte des Geschäfts gehören, ihn die Ausgaben des Hauswesens treffen, so kann die Ehefrau doch selbständig klagen. Die Ehegatten haben danach die Wahl: a) Die Ehefrau kann den wirtschaftlichen Wert der geminderten Arbeitsleistung neben dem Gewinne, den sie aus selbständiger Arbeit gezogen hätte, ersetzt verlangen. b) Der Ehemann kann selbständig denjenigen Schaden ersetzt beanspruchen, der ihm aus dem Verluste der Tätigkeit der Frau im Geschäft und Haushalt erwächst. Da aber derselbe Schaden nicht doppelt ersetzt werden darf, empfiehlt Endemann in Übereinstimmung mit den von ihm mitgeteilten Entscheidungen des RG. eine Verbindung der Klage des Ehemanns und der Ehefrau.

§ 1365. *Strasser, Vorbehaltsgut der Ehefrau 6 ff. Die Grundsätze, die das BGB. für ein Vermögen überhaupt aufstellt, gelten auch für das Vorbehaltsgut als Sondervermögen, mit Ausnahme des § 1922, dessen Anwendung zwar nicht aus dem Begriffe des Sondervermögens, wohl aber aus dem Zwecke und der Bedeutung des Vorbehaltsguts als solchen ausgeschlossen ist.

§ 1369. RG. ZBlFG. **9** 730, R. **09** Ziff. 1334. Auch der Ehemann, der durch die letztwillige Verfügung bezüglich seines Verwaltungs- oder Nießbrauchrechts beschränkt wird, ist selbständig zur Anfechtung solcher Verfügungen legitimiert.

§ 1370. *Strasser aaO. 55 ff. Der Rechtserwerb umfaßt den Erwerb aller Vermögensgegenstände, die zum Vorbehaltsgut überhaupt gehören können, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um körperliche oder unkörperliche Gegenstände, bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt. Die Unterstützungsgelder bei Unglücksfällen, die auf freiwilligen Beiträgen beruhen, fallen in das Vorbehaltsgut, soweit sie zum Ersatze von Vorbehaltsgegenständen bestimmt oder bereits verwendet sind. (Gegen Mayer-Reis, Grundzüge 21 Note 6.) Bei dem Erwerb auf Grund eines Rechtsgeschäfts muß ein wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Vorbehaltsgute bestehen.

§ 1373. SeuffA. **64** 416 (Augsburg). Gegenüber der Klage des Ehemanns auf Herausgabe des eingebrachten Gutes kann ein Dritter aus Ansprüchen gegen die Frau ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1375. 1. OLG. **18** 262 (KG.). Verlängerung der Rückzahlungsfrist ist eine Verfügung im Sinne dieser Bestimmung.

2. OLG. **18** 264, ZBlFG. **9** 736 (KG.). Entgegennahme der Auflassung eines Illatengrundstücks ist keine Verfügung im Sinne dieser Bestimmung, weil erst der Eigentumsübergang die Qualität des Eingebrachten erzeugt.

§ 1377. **RG.** JW. **09** 497, PosMSchr. **09** 145, R. **09** Ziff. 2419, 2420. Klage auf mündelsichere Anlegung ist ausgeschlossen, wenn die Ehefrau einmal ihre Zustimmung zu der vorhandenen Anlegung gegeben hatte. Sie läßt sich dann auch nicht aus § 1391 rechtfertigen.

§§ 1379, 1375. KG., KGJ. **37** A 286, R. **09** Ziff. 1597, ZBlFG. **10** 54. Die Zustimmung der Ehefrau zu der vom Manne bewilligten Eintragung der Hypothek auf Illatengrundstück muß notariell beglaubigt sein.

§ 1380. 1. OLG. **18** 258 (Breslau). Die Abweisung des mit Zustimmung der Ehefrau klagenden Ehemanns schafft keine Rechtskraft gegen die später allein klagende Frau.

2. SeuffA. **64** 102 (Cassel). Auch die Ehefrau kann gegen den Ehemann eine zum eingebrachten Gute gehörige Forderung (eine Lohnforderung) nur mit der Maßgabe einklagen, daß die Zinsen der Forderung dem Ehemanne zustehen, und daß der Ehemann zur Zahlung zum eingebrachten Gute verurteilt wird.

§ 1381. 1. OLG. **18** 258 (Breslau). Dem Surrogationserwerbe sind unterworfen Rechte, zu deren Übertragung der formlose Abtretungsvertrag ausreicht, bewegliche Rechte und Rechte an Mobilien, nicht dagegen Grundstücke, Namenspapiere, Geschäftsanteile einer GmbH.

2. PosMSchr. **09** 74 (Königsberg). § 1381 BGB. findet auf nichtige Ehen keine Anwendung.

§§ 1385, 1388. 1. PrOVG. **53** 117. Das OVG. läßt in Gemäßheit der Schultzensteinschen Ausführungen (vgl. JDR. **5**, **6** und **7**) den nicht evangelischen Ehemann als Schuldner der Kirchensteuer der evangelischen Ehefrau haften. (Vgl. auch Schultzenstein DJZ. **09** 645).

2. KGJ. **36** B 8 (KG.). Der Ehemann haftet für die Gerichtskosten der Eintragung eines Illatengrundstücks auf den Namen der Frau.

3. OLG. **19** 250 (Hamburg). Nach Rechtskraft haftet der Ehemann nicht mehr für die Kosten der Frau, die er im Verhältnisse zu ihr nicht zu tragen hat.

§ 1387. 1. OLG. **18** 260 (Hamburg). Vorschuß des Ehemanns an die Ehefrau ist nur in der Höhe zu gewähren, in der der Rechtsstreit nicht von vornherein aussichtslos ist.

2. OLG. **18** 261 (Posen). Die Vorschußpflicht erstreckt sich nicht auf die Verfolgung eines Sonderanspruchs, einer vor der Verheiratung versprochenen Grundstücksverpfändung.

3. NaumburgAK. **09** 76 (Hamburg). Schon die Armenrechtserteilung befreit den Mann von der Vorschußpflicht. — ElsLothJZ. **09** 778 (Kolmar). Erst die Bestellung eines Armenanwalts befreit den Ehemann. Vgl. JDR. **6**, **7**.

4. BreslauAK. **09** 34 (Brieg). Der Ehemann haftet nicht für Kosten des Gegners der mit der Privatklage angeklagten Ehefrau, die diese im Vergleich übernommen hat.

§ 1389. OLG. **18** 261 (Braunschweig). Anspruch auf Unterhalt der Kinder kann die Ehefrau gegen den Mann nicht verfolgen.

§§ 1391, 1392. **RG.** JW. **09** 165, PosMSchr. **09** 27, BayRpflZ. **09** 255. Die Ehefrau kann an dem ihr durch nichtigen Rechtsakt zurückerstatteten, wegen der Nichtigkeit vom Ehemanne zurückgeforderten Illatengut auch ohne Urteil aus § 1418 ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die objektiven Voraussetzungen des § 1391 gegeben sind.

§ 1395. KGJ. **37** A 290 (KG.). War die Hypothek seitens der Ehefrau vor dem Eheschlusse bewilligt, soll aber nach dem Eheschluß eingetragen werden, so ist eine Einwilligung des Ehemanns in beglaubigter Form notwendig.

§§ 1400, 1402. 1. KGJ. **37** A 10, R. **09** Ziff. 1521, ZBlFG. **10** 47 (KG.). Die Zustimmung des Ehemanns kann nicht durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden.

2. OLG. **18** 265 (KG.). Persönliche Angelegenheiten sind alle nicht rein vermögensrechtlicher Natur. Ob eine solche Angelegenheit vermögensrechtliche Folgen erzeugt, ist gleichgültig.

§ 1405. R. **09** Ziff. 848, 849 (Naumburg). Rechtskräftige Verurteilung der Ehefrau ist dem Manne gegenüber nur dann bindend, wenn sie auf Grund einer Verbindlichkeit aus dem Betriebe des konsentierten Erwerbsgeschäfts erfolgt. Dann darf der Mann aber auch der Zwangsvollstreckung in das in seinem Besitze befindliche Eingebrachte überhaupt nicht widersprechen.

§ 1411. LeipzZ. **09** 488 (Naumburg). Der Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Ehefrau kann die Herausgabe des eingebrachten Gutes vom Manne verlangen, soweit sein Wert durch die Forderungen derjenigen Konkursgläubiger, denen auch das eingebrachte Gut haftet, der Vollgläubiger, erschöpft wird. Insoweit hat der Mann eine Pflicht zur Rechnungslegung, Auskunft und Offenbarung.

§ 1412. 1. OLG. **18** 266 (Hamburg). Der Mann ist nicht Kostenschuldner. Nach rechtskräftiger Scheidung haftet er nicht mehr.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 31. Verfällt der Ehemann in Konkurs, so tritt Gütertrennung ein, und die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung muß dann abgewiesen werden.

4. Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1418, 1391. 1. OLG. **18** 267 (Breslau). Die Verurteilung auf Sicherheitsleistung steht der Klage auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung nicht entgegen. Bis zur Sicherheitsleistung hat die Frau das Wahlrecht zwischen Anspruch auf Kaution und Anspruch auf Aufhebung.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 697. Die Herausgabe erledigt nicht den Anspruch aus 1418.

§§ 1418, 1422. **RG. 70** 61, JW. **09** 51, R. **09** Ziff. 282, 283. Die Scheidung erledigt den Anspruch aus 1418 in der Hauptsache, jedoch kann der Anspruch auf Herausgabe in demselben Prozesse weiter verfolgt werden, wenn auch die Bestimmung des § 1422 sich nur auf den Regelfall, den Anspruch auf Grund des nach § 1418 ergangenen Urteils, bezieht.

5. Gütertrennung.

§ 1429. 1. **RG.** JW. **09** 160, R. **09** Ziff. 2960 ff. a) Die Bestimmung, daß im Zweifel die Absicht auf Ersatz der zur Verwaltung überlassenen Werte fehle, enthält nur eine Auslegungsregel, keine Vermutung (gegen das KG.). b) Die Absicht bedarf keiner ausdrücklichen Erklärung, ist aus der Würdigung des ganzen Sachverhalts zu entnehmen. c) Die Auslegungsregel findet auf die Überlassung eingebrachten Vermögens keine analoge Anwendung.

2. *Strasser 109 ff. Die Frau hat die Absicht, Ersatz zu fordern, zu beweisen; falls die Aufwendungen zur Deckung von Manneschulden gegeben sind, hat der Mann die Unentgeltlichkeit zu beweisen.

§ 1430. Junghanns SächsRpflA. **09** 187 ff. Die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Frau kann die Übertragung der Verwaltung des Eingebrachten mit der Rechtswirkung des § 1430 nicht ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bewirken.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. Ullmann, LeipzZ. **09** 442 ff., verteidigt gegen Wieruszowski, JDR. **6** Ziff. 3A, seine frühere Rechtsanschauung, daß die Umwandlung des gesetzlichen Güterrechts in Gütertrennung gegenüber den Gläubigern des Ehemanns nicht anfechtbar sei, weil der künftige Fruchterwerb kein pfändbares Vermögensrecht darstellt, an der Hand der Entstehungsgeschichte des § 1408 BGB.

2. Gärtner, HessRspr. **10** 134. Ein Ehevertrag kann formell allerdings mit rückwirkender Kraft geschlossen werden. Diese Zurückbeziehung hat aber nur obligatorische Wirkungen zwischen den Ehegatten und keine dinglichen, ist daher auch nicht eintragungsfähig.

3. SächsRpflA. **09** 636, ZBlFG. **10** 416 (Dresden). Die Bestellung des Nießbrauchs für die Ehefrau an einem Grundstücke des Mannes mit der Wirkung, daß das gesetzliche Nutzungsrecht des Mannes ausgeschlossen sein soll, bedarf zur Wirksamkeit des Ehevertrags.

4. *Strasser aaO. 63 ff. Die Gläubiger der Ehegatten können der Umwandlung von Eingebrachtem oder Gesamtgut in Vorbehaltsgut nicht widersprechen. Der Inhalt des Ehevertrags kann sich nur auf den Ausschluß bestimmter einzelner Vermögensstücke von der Verwaltungsbefugnis des Mannes oder dem Miteigentume beider Ehegatten richten.

§ 1435. *Strasser aaO. 95 ff. Die Eintragung des Frauengeräts im Güterrechtsregister erübrigt sich, weil diese Gegenstände infolge der gesetzlichen Vermutung des § 1362 Abs. 2 auch Dritten gegenüber als Vorbehaltsgut gelten (gegen Planck § 1435 Bem. 9). Im Falle des § 1367 empfiehlt sich die Einzeleintragung des Arbeitserwerbes der Ehefrau. Bei der dauernden Gewinnquelle der Frau genügt eine generelle Eintragung (gegen Planck aaO.). Da die Vorbehaltseigenschaft der Surrogationsstücke aus den Vorbehaltsgegenständen, für die sie erworben, resultiert, so genügt deren Eintragung, um die Eigenschaft auf die Surrogationsstücke zu erstrecken. Dagegen ist eine Einzeleintragung jedes Gegenstandes, der durch ein auf das Vorbehaltsgut bezügliches Rechtsgeschäft erworben wird, am Platze. (Gegen Staudinger § 1371 Bem. 2.)

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. BayObLG., BayObLG. **10** 135, ZBlFG. **10** 166, R. **09** Ziff. 88. Zur Umwandlung von Sondergut in Gesamtgut ist Ehevertrag und Übereignung notwendig.

§ 1439. Martin, BadNotZ. **09** 123. Das Recht des Nutz-(Unter-)eigentümers beim Erbbestande (Erblehen) des Badischen Landrechts fällt, da dasselbe wegen des Erfordernisses der Zustimmung des Obereigentümers zur Veräußerung nicht als unübertragbar zu erachten ist, bei Eintritt einer Gütergemeinschaft ins Gesamtgut.

§ 1443. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2963. Eine Feststellungsklage, gegründet auf einen bedingten Erbanspruch gegen die gütergemeinschaftliche Ehefrau, kann gegen beide Eheleute erhoben werden, weil zur Zeit der Entstehung des Anspruchs die Gemeinschaft aufgelöst sein kann, und das Feststellungsinteresse damit begründet ist.

2. **RG.** PosMSchr. **09** 68, R. **09** Ziff. 2422. Ob die Ehefrau bei einem von den Eheleuten geschlossenen Vertrag als persönliche Gesamtschuldnerin oder nur als Gütergemeinschaftsgenossin haftet, ist Auslegungsfrage.

§ 1445. 1. BayObLG. **10** 766, SeuffBl. **09** 638, R. **09** Ziff. 2123, BayRpflZ. **09** 337, BayNotZ. **09** 350. Das BayObLG. tritt in der Streitfrage, ob der Ehemann die Eintragung von Kaufgeldhypotheken allein bewilligen kann, jetzt dem RG. bei.

2. OLG. **18** 267, HansGZ. **09** Beibl. 164, BayNotZ. **09** 756, R. **09** Ziff. 1325, ZBlFG. **9** 741 (Hamburg). Bewilligung höherer Zinsen für eine bestehende Hypothek, Umwandlung von Briefhypotheken in Buchhypotheken fällt nicht unter § 1445.

§ 1446. Schmidt, BayRpflZ. **09** 171, polemisiert gegen BayObLG. **8** 474 (vgl. JDR. **7**). Wenn die Annahme einer Schenkung möglich ist, kann der Grundbuchrichter stets den Nachweis der Nichtexistenz der Schenkung oder Zustimmung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau resp. der Abkömmlinge verlangen. Solche Möglichkeit ist dann stets gerechtfertigt, wenn einem Dritten seitens des Ehemanns oder parens superstes für die Kreditgewährung an einen anderen eine Hypothek verpfändet ist.

§ 1456. **RG.** JW. **09** 690. Auskunftsverpflichtung des Ehemanns über die Verwaltung besteht nicht. Denkbar ist allerdings, daß die Unterlassung der Auskunft sich als Verletzung der ehelichen Gesinnung und als Scheidungsgrund darstellt. Erzwingbar ist die Auskunft nicht.

§ 1459. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1055, PosMSchr. **09** 74. Die Bestimmung des § 1459 Abs. 2 Satz 1 bedeutet, daß der Gläubiger der Frau aus einer Gesamtgutsverbindlichkeit auch aus dem vorhandenen Sonder- ode rVorbehaltsgute des Mannes Befriedigung verlangen kann. Wird der Mann nur verklagt auf Zahlung aus dem Gesamtgute, so wird damit diese persönliche Haftung mit seinem eigenen Gute nicht begehrt. Wird der Mann in solchem Falle nicht verurteilt zur Zahlung aus dem Gesamtgute, sondern nur verurteilt zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut, so ist diese einschränkende Fassung für den Anspruch des Gläubigers unwesentlich, denn das Urteil macht den Mann zum Vollstreckungsgegner des Klägers und nötigt ihn, den Kläger aus den Gegenständen der Haftung zu befriedigen, gewährt dem Kläger also eine vollwirksame Vollstreckung ohne Umwege, wie Ullmann, Güterrecht 242, Manthei, R. **05** 365, annehmen.

§ 1474. **RG.** ZBlFG. **10** 165, R. **09** Ziff. 1889. Der Ehegatte kann innerhalb der Auseinandersetzung auch Ansprüche aus der Verwaltung des gütergemeinschaftlichen Vermögens geltend machen.

§ 1480. OLG. **18** 267 (Marienwerder). Die nach § 1480 haftende Ehefrau kann nur solche Einreden erheben, die sich gegen die Existenz einer Gesamtgutsverbindlichkeit richten, nicht aber solche, die ihr persönlich zustehen, oder die sich auf Umstände stützen, die nach der rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs gegen den Ehemann als Vertreter der Gütergemeinschaft entstanden sind.

§ 1484. 1. BayObLG., BayObLG. **10** 208, R. **09** Ziff. 1891, BayRpflZ. **09** 277, BayNotZ. **09** 274. Auf die Ablehnungsfrist findet der Satz 1 Abs. 2, nicht der Satz 2 Abs. 2 des § 1944 Anwendung. Der Ablauf der Frist wird durch die Rechtsunkenntnis über den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, insbesondere durch die Unkenntnis der Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung, durch welche die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden sollte, gehemmt. Dagegen läßt Engelmann, SeuffBl. **09** 451, die Ablehnungsfrist stets schon mit der Kenntnis vom Todesfall, Ziegler, SeuffBl. **09** 306, mit der Verkündung solcher letztwilligen Verfügung beginnen.

§ 1487. ZBlFG. **10** 261, BayNotZ. **09** 452 (BayOLG.). Wird die Zustimmung der verheirateten Tochter, die mit dem überlebenden Elternteil in fortgesetzter Gütergemeinschaft sich befindet, ersetzt, so bedarf es einer Ersetzung der Zustimmung des Ehemanns dieser Tochter nicht.

§ 1491. 1. KGJ. **36** A 200, RheinNotZ. **09** 208 (KG.). Die Übernahme des Gesamtguts gegen Abfindung des Kindes hat keine dingliche Wirkung, erfordert zur Vollendung Auflassung des Gesamtgutsgrundstücks. Dagegen Markus, ZBlFG. **10** 383. Er nimmt dingliche Wirkung und Übergang des Eigentums am Grundstück ohne Auflassung an.

2. OLG. **18** 270 (Hamburg). § 1491 Abs. 3 ist zwingend.

§ 1507. KGJ. **36** A 125 (KG.). Auch der erste Ehewohnsitz, die Nichtexistenz von Eheverträgen und letztwilligen Verfügungen müssen für die Erlangung des Zeugnisses über fortgesetzte Gütergemeinschaft eidesstattlich versichert werden. Vgl. auch OLG. **18** 271 (KG.).

§ 1512. Wäntig, JW. **09** 406 ff., verteidigt seinen DNotV. **03** 160 ff. vertretenen Standpunkt, wonach andere Beschränkungen als die in den §§ 1512—1515 bezeichneten dadurch erreicht werden können, daß der Erstversterbende die Herabsetzung und Einziehung bedingt anordnet für den Fall, daß der Abkömmling sich solchen Beschränkungen nicht unterwirft, gegen Zelter, JW. **04** 250 ff.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1526. ElsLothNotZ. **09** 92, ZBlFG. **9** 634. Eine in Errungenschaftsgemeinschaft verheiratete Ehefrau, die Vorerbin zur Hälfte des Nachlasses ihres Vaters ist und bei der Teilung ein Nachlaßgrundstück erwirbt, erwirbt dies nicht zum Vorbehaltsgute sondern zur Errungenschaftsgemeinschaft.

III. Güterrechtsregister.

§ 1560. KG., KGJ. **37** A 206, OLG. **19** 35, R. **09** Ziff. 2421, ZBlFG. **10** 263. a) Der Registerrichter hat das Recht zur materiellen Prüfung der Eintragungsfähigkeit einer durch das Gericht getroffenen Entscheidung über güterrechtliche Veränderung. b) Eine einstweilige Verfügung gibt kein Eintragungsrecht. c) Eine nicht durch das Gesetz für eintragungsbedürftig erklärte, durch den Prozeßrichter festgesetzte Änderung ist nicht eintragungsfähig.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Von dem großen Werke über Eheschließung und Ehescheidung von Sauer sind auch zu diesem Titel zu zahlreichen Paragraphen beachtenswerte Ausführungen aufgenommen worden. Der Mediziner Schultze hat sich über verschiedene Fragen zur Ehescheidung wegen Geisteskrankheit geäußert. — Die zu berücksichtigende Judikatur ist — namentlich zum § 1568 — jetzt nicht mehr so umfangreich wie in den Vorjahren.

Literatur: Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie (2). Berlin 1909. — Hochschild, Die Kosten des Scheidungsverfahrens nach vorangegangener Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. JW. **09** 384—386. — Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. München 1909. — Scheppler, Die Alimentationspflicht der Ehegatten. München 1909.

§ 1564. 1. a) **RG.** 6. 5. 09, BayRpflZ. **09** 356, R. **09** Ziff. 2002. Wenn die Partei nicht allgemein Scheidung begehrt, sondern einen bestimmten Scheidungsgrund geltend macht, so ist der Ehescheidungsrichter nicht befugt, aus einem anderen Grunde die Scheidung auszusprechen. b) HansGZ. **09** Beibl. 16 (Hamburg). Zu einem zur Einlegung der Berufung berechtigenden Interesse für den unschuldigen Ehegatten reicht nicht aus die allgemein menschliche, dem schuldigen Ehegatten ungünstigere Charakterisierung, welche in der Feststellung liegen würde, daß er mit mehreren Unbekannten die Ehe gebrochen habe, wenn feststeht, daß überhaupt die Ehe, wenn auch nur mit einem Unbekannten, gebrochen ist.

2. KGBl. **09** 16 (KG.). Die Scheidung von Ehen russischer Untertanen durch deutsche Gerichte ist unzulässig, da Scheidungsurteile inländischer Gerichte in Rußland nicht anerkannt werden (§ 606 Abs. 4 ZPO.). Vgl. auch JDR. **6** Ziff. II 2. und HansGZ. **09** Beibl. 161 (Hamburg).

§ 1565. 1. Zustimmung zum Ehebruche (JDR. **5**, **6**, **7** Ziff. 1). **a)** Sauer 471. Die Zustimmung zum Ehebruche wird dadurch nicht wirkungslos, daß sie nur zu dem Zwecke erteilt wurde, um einen gesetzlichen Ehescheidungsgrund zu haben. **b) RG.** R. **09** Ziff. 850. Billigung anstößigen Verhaltens ist nicht gleichbedeutend mit Zustimmung zum Ehebruche.

2. **a)** Horchler, BayRpfl.Z. **09** 431. Wegen des ihm durch den Ehebruch des anderen Ehegatten entstandenen Schadens kann der verletzte Ehegatte keinen Ersatzanspruch geltend machen. **b) RG.** 22. 4. 09, **71** 85 ff., JW. **09** 362 f. Bei ehebrecherischen Verfehlungen eines Ehegatten ist bei bestehender Ehe dem anderen Ehegatten ein Weg zur gerichtlichen Verfolgung durch privatrechtliche Unterlassungsklage weder gegen den schuldigen Ehegatten noch gegen den mitschuldigen Dritten gegeben. Dem verletzten Ehegatten bleibt nur die Möglichkeit, die Ehescheidung wegen des Ehebruchs zu betreiben und nach Lösung der Ehe die Bestrafung des schuldigen Ehegatten wie des Dritten herbeizuführen.

3. **a)** Sauer 465. Setzen Personen, die in gutem Glauben eine Doppelehe geschlossen haben, nach erlangter Kenntnis von dem Bestehen der früheren Ehe des einen Gatten das geschlechtliche Verhältnis fort, so machen sie sich des Ehebruchs schuldig.

§ 1566. Nach dem Leben trachten (vgl. JDR. **1**, **2**, **6**, **7**). OLG. **18** 272, SächsOLG. **30** 271 (Dresden). Nach dem Leben eines anderen trachtet jemand schon dann, wenn sein entsprechender ernstlicher Wille erkennbar wird. Daß das gewählte Mittel tauglich oder das Unternehmen im Sinne des Strafrechts von der Vorbereitung bis zum Versuche fortgeschritten ist, ist nicht erforderlich. Ebenso ist ein Rücktritt vom Versuche nach dem Wortlaute des § 1566 und nach der ihm zugrunde liegenden Rücksicht auf das Wesen der Ehe nicht von Erheblichkeit. Dann aber kann schließlich in Hinsicht auf § 1566 nichts darauf ankommen, daß ein Ehegatte zu dem Entschlusse, dem anderen nach dem Leben zu trachten, etwa durch das eigene schuldhafte Verhalten des anderen getrieben worden ist; es handelt sich bei der Lebensnachstellung nicht um einen nur relativen Scheidungsgrund. (Vgl. Planck zu § 1566, Dernburg IV § 26.)

§ 1567. 1. Sauer 479. Für einen geschäftsunfähigen Ehegatten kommt der Scheidungsgrund der Quasidesertion nach § 1567 Abs. 2 Nr. 1 nicht in Betracht, da der gesetzliche Vertreter zur Erhebung der erforderlichen Vorklage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft nicht befugt ist. Ebenso Davidson, JDR. **1** Ziff. 5.

2. Sauer 478. Die Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens, d. h. zur Erfüllung der aus dem persönlichen Verhältnisse der Ehegatten sich ergebenden Pflichten, umfaßt die Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft namentlich dann, wenn sich dieses aus den Gründen des Urteils ergibt. Bezieht sich das Urteil aber nur auf eine bestimmte, aus der Ehe erwachsende persönliche Verpflichtung (z. B. Leistung der ehelichen Pflicht), so kann es nicht als Urteil im Sinne des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 aufgefaßt werden.

3. **a) RG.** R. **09** Ziff. 1523. Hat die zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft verurteilte Ehefrau sich bereit erklärt, zum Manne zurückzukehren, hat dieser die Wiederaufnahme aber von einer unzulässigen Bedingung — schriftliche Erklärung der Ehefrau, daß er von ihren Verwandten nicht belästigt werde — abhängig gemacht, so ist, solange der Ehemann diese Bedingung aufrechterhält, die Ehefrau zur Rückkehr nicht verpflichtet. Während dieser Zeit läuft daher auch nicht die Frist des § 1567 Nr. 1. Das RG. läßt dahingestellt, ob, nachdem der Ehe-

mann jene Bedingung fallen gelassen hat, wieder ein volles Jahr des böslichen Fernbleibens ablaufen muß, oder ob die Zeit der Unterbrechung nur in das Jahr nicht einzurechnen ist (**RG. 60** 195). **b)** OLG. **18** 272 f. (Breslau). Die Worte des § 1567 Nr. 1 „gegen den Willen des anderen Ehegatten"" machen es dem Richter zur Pflicht, die Scheidung nur dann auszusprechen, wenn er die Überzeugung erlangt hat, daß der klagende Teil während der ganzen einjährigen Frist den Willen gehabt hat, die häusliche Gemeinschaft mit dem Beklagten herzustellen. **c) RG.** R. **09** Ziff. 1522. Die Voraussetzung, daß der Ehegatte während eines vollen Jahres in böslicher Absicht dem Herstellungsurteile nicht Folge geleistet hat, liegt nicht vor, wenn während des in Betracht kommenden Jahres auch der andere Teil eine Zeitlang die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigert hat. Denn während dieser Zeit ist der verurteilte Ehegatte mit dem Willen des anderen von diesem ferngeblieben.

§ 1568. 1. Allgemeines. **a) RG.** 23. 11. 08, JW. **09** 52. Es ist zwar die Frage, ob das Verhalten eines Ehegatten sich als eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten darstellt, innerhalb gewisser Grenzen Tatfrage. Wenn jedoch der Tatrichter eine schwere Eheverfehlung und eine Sittenwidrigkeit annimmt, während bei objektiver Würdigung, gleichviel um welche Eheleute und um welche Begleitumstände es sich handelt, eine schwere Pflichtverletzung oder ein unsittliches Verhalten überhaupt nicht vorliegen können, so verletzt er damit die Rechtsbegriffe der schweren Eheverfehlung und des unsittlichen Verhaltens in dem besonderen ihm zukommenden Sinne einer erheblichen, zur Gefährdung des ehelichen Verhältnisses an sich geeigneten Sittenwidrigkeit. **b) RG.** 25. 2. 09, R. **09** Ziff. 1145. Das Gesetz verlangt zwar objektiv einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Verfehlung und der eingetretenen Ehezerrüttung. Dagegen ist nach der subjektiven Seite nicht erforderlich, daß gerade dieser Erfolg gewollt oder aus Fahrlässigkeit nicht bedacht sei. Es kommt somit nicht darauf an, ob der schuldige Ehegatte sich der Möglichkeit einer ehezerrüttenden Wirkung seines Verhaltens auf den anderen Teil bewußt gewesen ist, oder daß er sich doch bei gehöriger Überlegung dessen hätte bewußt werden müssen. **c) RG.** 4. 11. 09, R. **09** Ziff. 3788. Erweist sich das Scheidungsbegehren des klagenden Eheteils als gerechtfertigt, so ist bei gleichzeitigem Scheidungsbegehren des beklagten Ehegatten zu prüfen, ob, wenn die Ehe nicht wegen der Verfehlungen des letzteren geschieden werden müßte, mit Rücksicht auf die auch in seiner Person durch Verfehlungen des klagenden Teiles verschuldete Tiefe der Ehezerrüttung ihm gleichfalls eine Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könnte.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2429. Über die Frage, ob und inwieweit die Zurechnungsfähigkeit der Ehefrau durch Hysterie gemindert ist, braucht der Richter keinen Sachverständigen zu vernehmen.

3. Sauer 522. Der Religionswechsel eines Ehegatten ist als relativer Scheidungsgrund nicht anzuerkennen. Näheres hierüber Schmidt, JDR. **7** Ziff. I 2.

4. Trunksucht (JDR. **1** Ziff. 7 d am Ende, **2** Ziff. 2, **4** Ziff. II e, **5** Ziff. 3 e). OLG. **18** 273 (Rostock). Beharrliche Trunksucht ist an sich ein Verhalten, das im allgemeinen zur völligen Zerrüttung der ehelichen Gesinnung des anderen Ehegatten geeignet erscheint. Der die Ehescheidung begehrende Ehegatte braucht darum nicht zu beweisen, daß das Verhalten des Beklagten ihm die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht hat. Ist bei dem trunksüchtigen Ehegatten eine geistige Minderwertigkeit vorhanden, die sein Verhalten in einem Maße beeinflußt, daß es ihm nicht als ehrlos oder unsittlich angerechnet werden kann, so hat er die tiefe Zerrüttung der Ehe, wie sie tatsächlich durch seine Trunksucht herbeigeführt ist, nicht voll verschuldet.

Dem klagenden Ehegatten muß daher die Fortsetzung der Ehe mit ihm zugemutet werden.

5. Eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten wurde in folgenden einzelnen Fällen

a) angenommen:

RG. R. **09** Ziff. 3089. Die jahrelange Nichtgewährung des Unterhalts ist auch dann eine schwere Eheverfehlung, wenn sie nicht auf Vorsatz, sondern auf Mangel an gutem Willen und tatkräftigem Vorgehen beruht.

b) nicht angenommen:

α. **RG.** R. **09** Ziff. 2426. Die Aufnahme einer Bestimmung in den Mietvertrag der getrennt lebenden Frau, daß der Mann nicht berechtigt sei, die Wohnung zu betreten, enthält keine schwere Eheverfehlung, wenn sich der Mann selbst von der Frau losgesagt hatte. β. **RG.** R. **09** Ziff. 2425. Der einem Beamten von seiner Frau während einer gerichtlichen Verhandlung in der Erregung gemachte Vorwurf, er sei Sozialdemokrat, enthält keine schwere Eheverfehlung.

6. Ein unsittliches Verhalten wurde in folgenden Fällen angenommen: **RG.** 28. 6. 09, R. **09** Ziff. 2428. Gewohnheitsmäßige Selbstbefleckung des Mannes stellt ein unsittliches Verhalten dar, auch wenn er dabei „unter einem unwiderstehlichen psychologischen Zwange" gehandelt zu haben behauptet.

7. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 1 a jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 1079 ff., BayRpflZ. **08** 43.

§ 1569. 1. Geistige Gemeinschaft. (JDR. **1** u. **2** Ziff. 1, **5**, **6** u. **7**). **a)** Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 361 ff. definiert geistige Gemeinschaft als die bei jedem Ehegatten vorauszusetzende Fähigkeit, die durch die sittlichen Grundlagen der Ehe begründeten beiderseitigen Pflichten und Rechte zu erfassen, zu empfinden und zu betätigen. — Auch die Bildung, Herkunft, Stellung und Umgebung der Ehegatten müssen bei der Frage nach dem Vorliegen geistiger Gemeinschaft eine Rolle spielen. — Die Notwendigkeit einer dauernden Anstaltspflege hebt an sich die geistige Gemeinschaft nicht auf; der kranke Ehegatte kann auch dann noch vermögensrechtliche Angelegenheiten erledigen oder doch zum mindesten Fürsorge für das Wohlergehen des Gatten oder der Kinder bekunden, mag auch nur der schriftliche Verkehr zulässig sein (363). **b)** HansGZ. **09** Beibl. 193 (Hamburg). Zu der Feststellung, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist, genügt nicht die Tatsache, daß die Geisteskrankheit unheilbar ist, und daß die häusliche Gemeinschaft durch sie völlig aufgehoben ist, vielmehr ist erforderlich eine völlige Umnachtung des Geistes, ein „geistiger Tod", welcher dem kranken Ehegatten das Bewußtsein nimmt, von dem anderen Teile lieblos verlassen zu sein.

2. Geisteskrankheit (vgl. JDR. **2** Ziff. 2, **4** Ziff. 2 b). **a)** Sauer 564 f. Bei der Geisteskrankheit im Sinne des § 1569 muß der Vernunftgebrauch nicht völlig aufgehoben sein. Die Geisteskrankheit des § 1569 hat auch nicht zur Voraussetzung, daß die freie Willensbestimmung, wie in den Fällen der §§ 104 Nr. 2 und 827 BGB., ausgeschlossen sein muß. — Sogenannte „lichte Zwischenräume", während deren die Geisteskrankheit wirklich geschwunden war, kennzeichnen eine Unterbrechung der Krankheitsdauer; die dreijährige Frist läuft hierbei erst von dem Rückfall an. **b)** Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 358. Der Wortlaut des § 1569 „in Geisteskrankheit verfallen" widerspricht nicht der Annahme, daß auch Psychosen, die schon vor der Eheschließung eingesetzt haben, die Ehescheidung nach sich ziehen können. — Wenngleich das Gesetz von einer Dauer spricht, so wird die Frist nicht gehemmt durch zeitweilige, noch so erhebliche Besserungen, wenn nur eine und dieselbe Krankheit während des genannten Zeitpunkts bestanden hat. Der Wechsel in dem Verhalten des Kranken muß im Wesen der Krankheit begründet sein.

§ 1571. 1. a) **RG.** 11. 10. 09, JW. **09** 690 f., PosMSchr. **09** 170. Bei einem Scheidungsgrund aus § 1568 beginnt die Frist für die Erhebung der Scheidungs-

klage mit der Kenntnis des verletzten Ehegatten von dem äußeren Tatbestande des Scheidungsgrundes, nicht erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Ehegatte den vorliegenden äußeren Tatbestand als ehezerrüttend zu empfinden anfängt. Dasselbe gilt, wenn sich der Scheidungsgrund aus mehreren einzelnen, an sich nicht schweren Verfehlungen zusammensetzt, die nur im Zusammenhalt eine schwere Pflichtverletzung darstellen. Auch in diesem Falle kommt es auf die Kenntnis der den Scheidungsgrund bildenden Tatsachen, nicht auf den Eintritt der ehezerrüttenden Wirkung an. **b)** BadRpr. **09** 146 (Karlsruhe). Bei fortgesetztem pflichtwidrigen Verhalten eines der Ehegatten entsteht der Scheidungsgrund mit jedem Momente der Fortdauer neu.

2. **RG.** 26. 4. 09, BayRpflZ. **09** 374. Die Einhaltung der Dreimonatsfrist des § 1571 Abs. 3 Satz 2 ist nicht formelle Voraussetzung der einstweiligen Verfügung aus § 627 ZPO. Vgl. auch ElsLothZ. **34** 466.

§ 1573. 1. **RG.** WarnE. **2** 105. Tatsachen, die im Prozeß über die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft zur Darlegung eines Scheidungsgrundes geltend gemacht sind oder geltend gemacht werden konnten, können nach Rechtskraft des auf Herstellung erkennenden Urteils im Scheidungsprozesse nur insoweit verwendet werden, als sie in Verbindung mit neuen später eingetretenen Ereignissen den Tatbestand eines Scheidungsgrundes vervollständigen.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 851. Die Anwendung des § 1573 erfordert nicht ein äußeres Auseinanderhalten der von der Verzeihung betroffenen Verfehlungen von den späteren, wenn nur das Verhalten in seiner Gesamtheit gewürdigt wurde, und auch von diesem Gesichtspunkt aus eine die Tatbestandserfordernisse des § 1568 voll erfüllende Feststellung sich nicht ermöglichte.

§ 1574. 1. a) **RG.** 25. 2. 09, **70** 334 ff., JW. **09** 192 f., R. **09** Ziff. 1147. Die Fassung des § 1574 Abs. 3 gibt den Willen des Gesetzgebers insofern nicht genau wieder, als sie lediglich auf die Zeit des „Eintritts" und nicht vielmehr auf die Zeit des Bestehens des vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgrundes abstellt. Aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung ist aber zu erkennen, daß es zur Anwendung des § 1574 Abs. 3 genügt, wenn die beiderseitigen Scheidungsgründe sich während gewisser Zeit noch unverziehen und unverjährt einander gegenübergestanden haben. Ebenso **RG.** 27. 5. 09, JW. **09** 417. **b)** **RG.** 4. 11. 09, R. **09** Ziff. 3789. Kann der Kläger als die Zeit, in welche die die Scheidung begründenden Verfehlungen des Beklagten fallen, nur einen bestimmten Zeitraum angeben, so genügt zur Anwendung des § 1574 Abs. 3, daß dem Beklagten auch nur während eines Teiles dieses Zeitabschnitts wegen Verfehlungen des Klägers das Recht, die Scheidung zu verlangen, zustand.

2. OLG. **18** 273 f. (Naumburg). Der Antrag des die Ehescheidung begehrenden Klägers, den Beklagten für den Fall der Abweisung der Klage und des Durchgreifens der Widerklage gleichfalls für schuldig zu erklären, ist unzulässig.

§ 1575. 1. Rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (s. zunächst JDR. **1, 2, 3, 4, 5, 6** u. **7** zu § 1586). Sauer 616 f. Der Unterschied, der zwischen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des § 1575 und zwischen der ständigen Trennung von Tisch und Bett im Sinne der Gesetzgebung des Auslandes gemacht wird, ist nicht gerechtfertigt. Mit der Scheidung der Ehe kann dieses Rechtsinstitut keinesfalls auf die gleiche Stufe gestellt werden. Es treten zwar die mit der Scheidung im allgemeinen vertretenen Wirkungen ein, die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen, auch finden die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe Anwendung, wie wenn das Aufhebungsurteil nicht ergangen wäre, die Ehe wird daher als fortbestehend angesehen; ferner fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg, und es tritt lediglich Gütertrennung ein, wenn die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt ist. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auch nicht

deshalb als eine nur suspensiv noch bedingte Scheidung betrachtet werden, weil sie jederzeit auch die Möglichkeit gewähre, die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen; denn einerseits besteht nach § 1587 auch die Möglichkeit, ohne weiteres durch Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen in Wegfall zu bringen, andererseits besteht auch in den Gesetzgebungen des Auslandes, welche wahlweise die Trennung und Scheidung der Ehe zulassen, die Möglichkeit, die Trennung in Scheidung umzuwandeln. Für den Geltungsbereich des Haager Abkommens über die Ehescheidung ist die deutschrechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ein der séparation de corps im Sinne des Abkommens analoges Institut. (Anders **RG. 55** 345.) — Auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bedarf bei einer Annahme an Kindesstatt der Annehmende der Einwilligung seines Ehegatten (§ 1746), der verheiratete Vater zur Ehelichkeitserklärung eines Kindes der Einwilligung seiner Frau (§ 1726). — Das Angehörigenverhältnis im Sinne des StGB. ist als fortbestehend anzusehen (aM. Seckel). — (670).

2. Sauer 610. In der Revisionsinstanz kann der Antrag aus § 1575 Abs. 1 Satz 2 nicht mehr gestellt werden. (Vgl. jedoch Davidson, JDR. **1** Ziff. 4 und **Haidlen**, JDR. **6** Ziff. 1.)

3. Ehebruch während aufgehobener ehelicher Gemeinschaft (JDR. **6** Ziff. 2, **7** Ziff. 3). Sauer 671 meint, daß Ehebruch nicht mehr begangen werden könne.

§ 1576. Kosten des nachträglichen Scheidungsverfahrens (JDR. **1** u. **6** Ziff. 2). Hochschild, JW. **09** 384 ff. Die Kosten des Scheidungsverfahrens nach vorangegangener Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sind dem Ehegatten aufzuerlegen, der im Scheidungsurteil als der schuldige Teil bezeichnet wird. AM. die herrschende Ansicht, nach welcher immer der Beklagte im Umwandlungsprozeß, auch wenn er der schuldlose Teil ist, die Kosten zu tragen hat.

§ 1577. Sauer 623. Sich das Prädikat „Frau" neben ihrem eigenen Familiennamen beizulegen, ist der Geschiedenen nicht verwehrt. Der Mann kann aber der geschiedenen und allein für schuldig erklärten Frau verbieten, sich neben ihrem Familiennamen als „geschiedene N. N." zu bezeichnen. AM. Neustadt, JDR. **6** Ziff. 1.

§§ 1578 ff. 1. **RG.** 26. 4. 09, R. **09** Ziff. 1892. Eine Vereinbarung der Ehegatten über die mit der Schuldigerklärung verknüpften Wirkungen ist ungültig, auch wenn sie nur darauf gerichtet ist, das Verhalten des beklagten Ehegatten zu beeinflussen und hierdurch die Scheidung in wesentlichen Beziehungen zu erleichtern. Es ist nicht notwendig, daß die Verpflichtung zur Einwilligung in die Ehescheidung von dem Manne als Gegenleistung für den Unterhaltsverzicht der die Scheidung betreibenden Ehefrau übernommen wird. (Vgl. auch unten zu § 1580.)

2. **RG.** 26. 4. 09, R. **09** Ziff. 1893 läßt es dahingestellt, ob, wenn ein Scheidungsurteil durch unwahre Behauptungen der Partei erschlichen ist, sich gleichwohl ohne weiteres für den obsiegenden Teil, insbesondere auf vermögensrechtlichem Gebiete, die Rechte ergeben, die der familienrechtlichen Stellung eines bei der Scheidung für den unschuldigen Teil erklärten Ehegatten entsprechen.

§ 1578. 1. Sauer 635. Der Anspruch der Frau auf Unterhalt fällt weder fort, noch wird er gemindert, wenn nach den Verhältnissen während der Ehe Erwerb durch Arbeit der Frau nicht üblich war, die geschiedene Frau sich aber gleichwohl durch Arbeit Verdienst erwirbt. (AM. Davidsohn, JDR. **1** Ziff. 3.)

2. OLG. **18** 274 f. (Braunschweig). Während der Unterhaltsanspruch des Ehegatten für die Dauer der Ehe Schwankungen nach oben und unten durchmacht, ist der des geschiedenen Ehegatten nach oben festgelegt. Letzterer muß sich zwar gefallen lassen, daß der Unterhalt infolge einer Verminderung der Leistungsfähigkeit des anderen Ehegatten herabgesetzt wird; er nimmt aber an deren Steigerung nicht

teil, vielmehr ist nach oben schlechthin die Leistungsfähigkeit des anderen zur Zeit der Ehescheidung maßgebend (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 1). Es kommt nicht auf das Einkommen an, welches der Unterhaltspflichtige zur Zeit der Scheidung wirklich gehabt hat, noch weniger ist es statthaft, die positiven Sondervorschriften über die Veranlagung zur Einkommensteuer anzuwenden, wonach unbestimmte oder schwankende Einnahmen nach dem Durchschnitte der vorangegangenen abgeschlossenen Jahre zu berechnen sind. Entscheidend ist dasjenige, was der Unterhaltspflichtige nach den zur Zeit der Scheidung bestehenden Verhältnissen bei Anspannung seiner Kräfte erzielen konnte.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 82. Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau kann nicht mit dem der getrennt lebenden Frau in allen Beziehungen auf eine Linie gestellt werden. In beiden Fällen ist jedoch die Frau auf den Erwerb durch Arbeit zu verweisen, sofern solcher nach den Lebensbedingungen der Ehegatten üblich ist.

4. Vgl. OLG. **18** 257 (Naumburg) oben zu §§ 1360, 1361 Ziff. 2b.

§ 1580. **RG.** R. **09** Ziff. 1894. Die Bestimmung des § 1614 Abs. 1 über die Unzulässigkeit des Verzichts auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch ist auf den Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegatten nicht anwendbar; diese haben vielmehr die Freiheit, die Unterhaltspflicht, und zwar schon im voraus für den Fall der Ehescheidung durch Vertrag zu regeln. Ein solcher Vertrag ist jedoch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. ungültig, wenn er auf die Erleichterung der Scheidung abzielt (vgl. auch oben Ziff. 1 zu §§ 1578 ff.).

§ 1582. **RG.** 21. 1. 09, **70** 213 ff., JW. **09** 138 f. Unter den Einkünften, die der Verpflichtete zur Zeit des Todes aus seinem Vermögen bezogen hat, sind die Einkünfte zu verstehen, die das Vermögen des Erblassers zur Zeit des Todes abwirft. Die Fassung des Gesetzes ist schon aus dem Grunde ungenau, weil darauf nichts ankommen kann, ob der Erblasser Einkünfte, die sein Vermögen abwarf, *tatsächlich bezogen hat*. Für die Berechnung der Einkünfte ist — von Fällen der Arglist des Unterhaltspflichtigen abgesehen — maßgebend die Art und Weise, *wie der Erblasser das Vermögen angelegt hat*. Dabei kommt es nicht darauf an, welche Einkünfte das Vermögen gerade am *Todestage* des Verpflichteten abwarf (vgl. auch **RG.** JW. **96** 719). Hat der Verpflichtete ein Miethaus fertiggestellt, das zur Zeit seines Todes noch nicht vermietet ist, so sind auch die Mieteinnahmen, die demnächst aus dem Hause erwachsen, bei der Berechnung der Einkünfte, die das Vermögen zur Zeit des Todes abwarf, voll in Ansatz zu bringen.

§ 1584. *Sauer* 650 f. Dem Widerrufe nach § 1584 unterliegen auch Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. (Vgl. *Schmidt*, JDR. **7** und **RG. 58** 382 (JDR. **3**).— Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so trifft das im § 1584 eingeräumte Widerrufsrecht nicht zu (ebenso *Schmidt*, JDR. **7**). Ebenso ist diese Gesetzesstelle nicht anwendbar bei Scheidung wegen Geisteskrankheit.

§ 1586. *Scheppler*, Alimentationspflicht 33. Bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft finden auf die Unterhaltspflicht der Ehegatten die §§ 1578 ff. analoge Anwendung. Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so bestimmt sich die Unterhaltspflicht von der Herstellung an nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1360, 1361.

§ 1587. *Sauer* 672. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ist nicht einer erneuten Eheschließung gleichzuachten; die Einwilligung der Eltern oder des gesetzlichen Vertreters ist daher nicht erforderlich. Vgl. auch *Haidlen* und *Schmidt*, JDR. **6** u. **7**.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

Vorbemerkung: Der vom RG. entschiedene Rechtsfall, in dem es sich um die Frage der künstlichen Befruchtung handelte, hat Juristen und Mediziner lebhaft interessiert. (Vgl. JDR. 7 § 1591 Ziff. 1.) Die Arbeiten von Eisinger und v. Winckel legen Zeugnis davon ab.

Literatur: Eisinger, Die „künstliche Befruchtung" im geltenden Zivil- und Strafrecht, ÖstZBl. **09** 369—378. — v. Winckel, Über die Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung mit Bezug auf § 1591 DBGB., ÖstZBl. **09** 492.

§ 1591. 1. a) Eisinger erörtert im Anschluß an **RG.** JW. **08** 485 (JDR. 7 § 1591 Ziff. 1) die Frage der „künstlichen Befruchtung". Er gelangt zu folgendem Ergebnis: a) Die Vaterschaft zum Kinde feststellen, heißt physiologisch den Vater (Erzeuger) suchen. Was an Beweis- und Gegenbeweisthemen physiologisch relevant ist, ist zuzulassen, sofern nicht das Gesetz klar und deutlich dies einschränkt oder gar ausschließt. — b) Dritte, die ohne Ermächtigung beider Teile (Eheleute) am Befruchtungsakte selbständig mitwirken, sind dem nicht zustimmenden Teile ersatzpflichtig. — c) Die gleiche Ersatzpflicht trifft auch den eigenmächtigen Gatten, der sich der juristisch relevanten Zustimmung des anderen Gatten zum Befruchtungsakte nicht versichert. Kriminelle Straflosigkeit schließt zivilrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus. **b)** Traumann, R. **09** 761 ff. Die vom **RG.** JW. **08** 485 zum mindesten bedingt eingeführte Unterscheidung zwischen rechtlicher und künstlicher und damit rechtlich bedeutungsloser Vaterschaft erscheint unhaltbar. Da der Beiwohnung der Charakter eines selbständigen Rechtsgrundes für die Vaterschaft nicht beigelegt werden kann, wird man die künstliche Befruchtung als Surrogat der Beiwohnung unbedenklich an deren Stelle setzen können. Hiernach ist sowohl dann, wenn beide Elternteile bewußt die künstliche Befruchtung durch einen diese Befruchtung vermittelnden Eingriff herbeigeführt haben, als auch bei künstlicher Befruchtung ohne Wissen und gegen den Willen des Mannes, der physiologische Erzeuger auch Vater im Rechtssinne.

2. v. Winckel untersucht die Frage vom medizinischen Standpunkt und gibt die Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung beim menschlichen Weibe unter gewissen Bedingungen zu, die jedoch nur von einem Frauenarzt erfüllt werden können.

3. RheinA. **106** I 11 (Düsseldorf). Ein während der Ehe seiner Mutter geborenes, aber nicht von deren Manne erzeugtes Kind wird durch spätere Ehe der Mutter mit dem Vater ehelich. Die Klage des Vaters auf Feststellung der Ehelichkeit des Kindes ist nur möglich, wenn zur Zeit der Geburt der lebende Mann der Mutter gestorben ist, ohne das Recht der Anfechtung der Ehelichkeit verloren zu haben.

§ 1593. 1. Klage eines Kindes auf Feststellung seiner Unehelichkeit, vgl. §§ 640 ff. ZPO.

2. SeuffBl. **09** 476 (München). Die Klage, die von dem seine Ehelichkeit bestreitenden Kinde auf Feststellung seiner Unehelichkeit gegen die ältere Schwester erhoben wird, hat nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn es ein Interesse daran hat, daß seine Unehelichkeit, wenn auch nicht gegen alle, so doch gegen die Schwester festgestellt werde.

§ 1594. 1. R. **09** Ziff. 2124 (Hamburg). Es ist nicht Sache des die Ehelichkeit eines Kindes anfechtenden Klägers, sondern Sache der Gegenpartei, nachzuweisen, daß bei Erhebung der Klage die einjährige Ausschlußfrist verstrichen ist, daß insbesondere der Kläger die Geburt schon früher erfahren hat, als von ihm in der Klage behauptet wird.

2. HansGZ. **09** Beibl. 189 (Hamburg). Die Frist des § 1594 beginnt nicht schon zu laufen, wenn der Vater eine unbestimmte Nachricht über die uneheliche Geburt

erhält. Die Vermutung, daß ein Kind von der Ehefrau unehelich geboren sei, genügt nicht.

§ 1596. Grohmann, SächsRpflA. **09** 129 s. u. § 1720 Ziff. 2.

Dritter Titel. Unterhaltungspflicht.

Literatur: Wittmaack, Der Erstattungsanspruch der Armenverbände wegen geleisteter Unterstützungen gegenüber dem Unterstützten, SchlHolstAnz. **09** 273—276, 289—292.

§ 1601. Hoffmann, PrVerwBl. **30** 411. Zu den in § 27 LwUVG. erwähnten Vorschriften gehören die §§ 1601 ff. nicht. Vgl. PrOVG. **33** 399.

§ 1606. **RG.** R. **09** Ziff. 1326, BayRpflZ. **09** 190. Wenn auch mehrere gleich nahe Verwandte aufsteigender Linie grundsätzlich zu gleichen Teilen haften, so muß doch dieser Grundsatz, wie auch § 1607 Abs. 1 anerkennt (**RG. 52** 195), notgedrungen dann eine Ausnahme erleiden, wenn die mehreren Verwandten in verschiedenem Grade leistungsfähig sind. Er ist auch dann nicht rein durchzuführen, wenn der eine Teil den Unterhalt in Form der Geldrente gewährt, während ihn der andere Teil nur in Natur leistet und zu leisten vermag. Zwar ist auch in solchen Fällen auf eine gleichmäßige, d. h. dem Leistungsvermögen der Verpflichteten entsprechende Verteilung der Unterhaltslast Bedacht zu nehmen. Allein, das Gesetz steht nicht entgegen, wenn diese Verteilung in der Weise erfolgt, daß einem Großelternteile der Unterhalt des einen Enkels in Natur, dem anderen Großelternteile der Unterhalt eines oder mehreren anderen Enkel in Geld auferlegt wird.

§ 1610. **RG.** R. **09** Ziff. 3790. Der Sohn eines dem gebildeten höheren Bürgerstand angehörigen Vaters kann die Mittel zum Studium an einer technischen Hochschule verlangen, auch wenn er nach seiner Vorbildung in der mittleren Ingenieurlaufbahn sich selbständig den Unterhalt erwerben könnte.

§ 1612. 1. R. **09** Ziff. 3091 (BayObLG.). Die Bestimmung des Vormundschaftsgerichts besitzt keine rückwirkende Kraft und schließt die spätere Abweisung der Unterhaltsklage mangels Vermögens des Beklagten nicht aus.

2. HansGZ. **09** Beibl. 111 (Hamburg). Das Recht des Vaters, dem unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren, ist dahin zu begrenzen, daß er nur eine solche Art des Unterhalts bestimmen darf, welche zu beziehen dem Kinde nach Sachlage möglich ist, da er sonst durch sein Bestimmungsrecht seine Pflicht illusorisch machen könnte. Sind kleine Kinder in der tatsächlichen Gewalt der Mutter, so ist die Bestimmung des Vaters, daß die Kinder den Unterhalt in seiner Wohnung naturaliter beziehen sollen, so lange nicht berechtigt, als der Vater nicht die Herausgabe der Kinder von der Mutter erzwingt.

§ 1613. 1. Wittmaack. Aus dem Reichsrechte läßt sich ein Erstattungsanspruch der Armenverbände gegen den Unterstützten nicht herleiten. Für Preußen kommt § 68 AGUWG. in Betracht, der einen solchen Anspruch gewährt.

2. PrVerwBl. **30** 237 (Hamm). Bei dem Rückgriffsrechte des § 62 UWG. handelt es sich um einen kraft gesetzlicher Zession erfolgenden Eintritt des Armenverbandes in die Rechte des von ihm Unterstützten, auf den auch die Vorschrift des § 1613 Anwendung findet.

3. OLG. **18** 49 Anm. (Düsseldorf) s. JDR. **7** § 1613 Ziff. 2.

4. BadRpr. **09** 113 (Karlsruhe). § 1613 gilt auch für die Unterhaltspflicht getrennt lebender Ehegatten.

§ 1614. SeuffBl. **09** 475 (München). Der Anspruch des geschiedenen unschuldigen Ehegatten auf Unterhalt hat keinen familienrechtlichen Charakter; es sind deshalb die Bestimmungen des § 1614 auf ihn nicht übertragbar, und es ist eine vertragliche Regelung des Unterhalts für den unschuldigen Teil nicht ausgeschlossen;

ist dies aber ohne Rücksicht auf den § 1614 zulässig, so steht auch einem Verzichte des letzteren auf zukünftigen Unterhalt nichts entgegen.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

Literatur: Neubecker, Wesen des Mitgiftversprechens. Leipzig 1909.

§ 1620. I. Aussteuer in natura oder in Geld? Anwendbarkeit des § 242 BGB. 1. a) **RG.** WarnE. **2** 280. Ist der Vater mit der Gewährung der Aussteuer in Verzug gekommen, so kann an Stelle der Zuwendung der erforderlichen beweglichen Sachen eine angemessene Geldsumme gefordert werden. Zu einem Verzicht auf die Aussteuer ist der Ehemann der Tochter ohne deren Zustimmung nicht berechtigt, da er lediglich als Verwalter des eingebrachten Gutes einen zu diesem Gute gehörenden, seiner Ehefrau kraft Gesetzes zustehenden Anspruch geltend macht (§§ 1373 ff.). Den Ehemann trifft auch nicht der Vorwurf der Arglist, wenn er einen von einem rechtswirksamen Verzichte nicht betroffenen Anspruch seiner Ehefrau auf Grund seines Verwaltungsrechts geltend macht. Der Anspruch aus § 1620 wird in besonderem Maße von dem Grundsatze des § 242 BGB. beherrscht (JW. **06** 458). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Angemessenheit des Aussteuerbetrags ohne näheres Eingehen auf die einzelnen Sachen nach den gesamten Verhältnissen der Beteiligten festgestellt wird. Wenn hiernach bei der Annahme eines Vermögens von 100 000 M. der Aussteuerbetrag auf 9000 M. bestimmt worden ist und hierbei alle für den einzelnen Fall erheblichen Umstände berücksichtigt sind, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen. **b)** Ähnlich SächsRpflA. **09** 192 (Dresden).

2. **RG.** WarnE. **2** 389, R. **09** Ziff. 1895, JW. **09** 393, ZBlFG. **10** 32, PosMSchr. **09** 77, GruchotsBeitr. **53** 1059. Der Grundsatz des § 242 BGB. gilt auch für die Erfüllung der gesetzlichen Aussteuerpflicht. Bei Gewährung einer Aussteuer handelt es sich um eine gewisse Fürsorge für die künftigen Eheleute und um eine verständnisvolle Berücksichtigung ihrer persönlichen Bedürfnisse. Ohne gegenseitiges Vertrauen ist die ordnungsmäßige Erfüllung einer solchen Pflicht nicht zu erwarten. Fehlt ein solches Vertrauen (z. B. wegen Feindschaft der Parteien), so erscheint das Verlangen einer Geldsumme an Stelle der Naturalleistung gerechtfertigt. Für die Bemessung der Aussteuer ist zwar im allgemeinen die Zeit der Eheschließung maßgebend, doch wird dadurch nicht ausgeschlossen, bei Beurteilung der Lebensstellung eines jungen Mannes dessen berufsmäßige Ausbildung und die dadurch gewonnene Fähigkeit, eine wirtschaftlich bessere Stellung einzunehmen, zu berücksichtigen.

3. **RG.** WarnE. **2** 390, JW. **09** 393. Hat eine Tochter eine völlig ausreichende Aussteuer in Natur gewährt erhalten, verlangt sie aber, weil sie mit ihrem Manne auswandern wolle und deshalb das Bedürfnis nach einer größeren Aussteuer eingetreten sei, noch die Zahlung einer Geldsumme, so ist dies Verlangen unbegründet, da es die gesetzliche Verpflichtung aus § 1620 nicht mehr berührt, wenn nach der Verheiratung die Verhältnisse der Eheleute sich geändert haben und nunmehr erst das Bedürfnis nach einer Erweiterung der Einrichtung sich eingestellt hat.

II. OLG. **18** 286 (Dresden). Hat ein Vater, um seiner Tochter für den Fall ihrer Verehelichung eine Aussteuer zu gewähren, eine Versicherung auf den Erlebensfall genommen, so spricht die Vermutung dafür, daß er vor allem sein dadurch gegebenes eigenes Interesse decken, nicht aber seiner Tochter eine Schenkung machen wollte, selbst wenn diese in der Police als die Bezugsberech-

tigte genannt ist. Der Fall liegt ähnlich wie bei den Einlagen von Eltern in Sparkassenbüchern auf den Namen ihrer Kinder (PucheltsZ. **35** 619, **37** 587).

III. **RG.** R. **09** Ziff. 2430. Wenn Eltern sich durch das unlautere Verhalten eines Dritten dazu bestimmen lassen, eine ihren Vermögensverhältnissen nicht entsprechende Erhöhung der Mitgift für ihre Tochter zu bewilligen, so steht ihnen dieserhalb selbst ein Schadensersatzanspruch gegen den Dritten zu (BGB. § 826).

§ 1621. Abs. 2 Strauß, R. **09** 398 — gegen Planck Anm. 2 zu § 1621 —. Einer Tochter, die gegen den Willen der Eltern längere Zeit einen unsittlichen Lebenswandel geführt, sich von diesem aber dauernd wieder abgewendet hat, steht bei ihrer Verheiratung kein Anspruch auf Gewährung einer angemessenen Ausstattung zu. § 2336 Abs. 4 findet im Falle des § 1621 Abs. 2 (vgl. dagegen §§ 1513, 2297 Satz 2) keine entsprechende Anwendung.

§ 1624. 1. Die Entsch. des OLG. Braunschweig — JDR. **7** Ziff. 3 c zu § 1624 —, auch SeuffA. **64** 21.

2. *Haymann, Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft, JheringsJ. **56** 99 ff. § 6. Das Mitgiftversprechen. — Einer Vermögenszuwendung an den einen oder anderen der Ehegatten vor der Eheschließung bleibt der Charakter der Unentgeltlichkeit so lange gewahrt, als der Zweck der Leistung, die Ermöglichung oder Förderung der Ehe, als nur dem eigenen Interessenkreise des Empfängers angehörig in dem Geschäfte selbst gekennzeichnet wird. Hingegen ist der Bereich der unentgeltlichen Zuwendung überschritten, sobald in dem Geschäfte selbst zum Ausdrucke gelangt, daß der Zuwendende nicht nur im Interesse des Empfängers, sondern um hiervon unabhängiger selbständiger Interessen willen die künftige Eheschließung von dem Empfänger begehrt. In diesem Falle handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, auch wenn der Zuwendende keinen obligatorischen Anspruch auf die Eheschließung des Empfängers erlangt, sondern nur durch eine condictio ob rem geschützt ist. Unsittlich (BGB. § 138) ist eine solche Zuwendung nur, wenn die Mitgift von den Parteien nicht mehr als Entschädigung des Bräutigams für die mit der Ehe verknüpften Aufwendungen, sondern als Reiz- und Lockmittel zum Eheentschluß angesehen wird. Wird nach der Eheschließung eine Zuwendung zur Förderung der Ehe von Eltern oder Angehörigen des einen Elternteils diesem oder dem anderen Ehegatten gewährt, so kann überall von einer entgeltlichen Leistung keine Rede mehr sein und die Möglichkeit der konkurs- oder außerkonkursmäßigen Anfechtung einer solchen Zuwendung ist ausgeschlossen.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist im vorliegenden Berichtsjahr über eine Fülle von Entscheidungen und literarischen Äußerungen zu berichten. An die im vorigen Berichtsjahre mitgeteilte Entscheidung des **RG. 69** 94 haben bedeutsame Aufsätze (von Engelmann, Josef und Crome) angeknüpft, welche eine entsprechende Anwendung des § 1636 Satz 2 auf den Fall des Getrenntlebens der Ehegatten und die hieraus hergeleitete Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Regelung der Einzelheiten des Verkehrs verneinen oder doch nur mit abweichender Begründung zulassen wollen. Wie immer, hat auch diesmal die Rechtsprechung für die Anwendung und Auslegung des § 1666 reiche Beiträge geliefert, desgleichen nimmt der Bericht über das landesgesetzliche Fürsorgeerziehungswesen (vgl. § 1666 Abschn. B) einen breiten Raum ein. Hervorzuheben ist, daß in Sachsen am 1. Febr. 1909 ein neues Gesetz über die Fürsorgeerziehung ergangen ist. Interessant sind die Versuche, das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Anstaltsleiter (vgl. zu §§ 1631, 1666) aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herzuleiten. In

der bekannten Frage, wie weit für die Armenbehörden Anordnungen, die das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 erlassen hat, verbindlich sind, hat sich das Bundesamt für das Heimatwesen in der Hauptsache auf den Standpunkt des KG. gestellt. Eine besondere Pflege läßt das neugegründete „Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung" dem Fürsorgeerziehungswesen angedeihen; der vorliegende Bericht über den Inhalt dieser Zeitschrift beschränkt sich auf die Mitteilung des für die Rechtsanwendung Wesentlichen.

§ 1626. Gimmerthal, AZivPr. **104** 388, untersucht die Unterschiede zwischen der Vormundschaft und elterlichen Gewalt und kommt im wesentlichen zu folgendem Ergebnisse: 1. Beim Vormunde wird jede einzelne Pflichtwidrigkeit geahndet, dagegen schreitet das Vormundschaftsgericht gegen den Vater erst ein, wenn das Kind gefährdet ist. 2. Aber auch bei einer Gefährdung des Kindes greift der Gesetzgeber nicht zu einer Kontrolle, wie sie gegenüber dem Vormunde geübt wird, sondern gibt dem Vater, dem es an der Fähigkeit zur selbständigen Führung der väterlichen Gewalt fehlt, bestimmte Anweisungen, bei deren Befolgung eine Gefährdung des Kindes vermieden wird. Wo diese nicht ausreichen oder wo es dem Vater an gutem Willen gebricht, kommt es auf vermögensrechtlichem Gebiete zur Anordnung der Sicherheitsleistung. Führt auch die Sicherheitsleistung nicht zum Ziele, so muß eine Einschränkung der väterlichen Gewalt eintreten, indem ihm einzelne Befugnisse oder ein ganzer Kreis von Befugnissen entzogen werden. In gleicher Weise wird auf dem Gebiete der Erziehung eingeschritten, wenn das Wohl des Kindes gefährdet erscheint, und zwar soll nicht durch einen Druck auf den Vater ein bestimmtes Handeln hervorgerufen, sondern lediglich die durch sein Handeln entstehende Gefahr beseitigt werden. Die Zulässigkeit der Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den Vater wird (entgegen **RG. 57** 134) verneint. 3. Im übrigen herrscht der Vater grundsätzlich unbeschränkt und unverantwortlich in seinem Hause über sein Kind.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. 1. BayObLG. **9** 433, OLG. **18** 278 Anm. 1, DJZ. **09** 1153 (BayObLG.). Unzulässig ist ein Verzicht des Vaters auf das Recht der Erziehung seiner Kinder während der Dauer der Ehe, da der Vater nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Kinder zu erziehen, hat.

2. PrVolksschulA. 8 139 (KG.). Nach dem BGB. ist die Übertragung der unter den Begriff der elterlichen Gewalt zusammengefaßten persönlichen Rechte und Pflichten der Eltern auf den Fall der Annahme an Kindesstatt (§ 1757 BGB.) beschränkt. Daneben kann nur der Vormund als gesetzlicher Vertreter der Eltern in Ausübung der elterlichen Gewalt (§ 1800) in Betracht kommen.

§ 1629. a) BayObLG., BayObLG. **10** 1, BayRpflZ. **09** 151, SeuffBl. **09** 358, R. **09** Ziff. 692, 725, SeuffA. **64** 383 wird das Recht des Stiefvaters eines Minderjährigen zur Beschwerde gegen eine auf Grund des § 1629 getroffene Entscheidung des Vormundschaftsgerichts verneint, da das Vormundschaftsgericht seine Interessen nicht wahrzunehmen habe (§§ 20, 57 Abs. 2 FGG.). — **b)** Vgl. auch zu § 1798.

§ 1630. I. Mangelnde Vertretungsbefugnis des Vaters. 1. R. **09** Ziff. 7 (Naumburg). Der Vater darf über ein Sparkassenguthaben seiner minderjährigen Tochter für seine persönlichen Zwecke nicht verfügen. Ebensowenig wie er sich selbst aus dem Vermögen des Kindes ein Darlehen nehmen kann, ebensowenig kann er dies Vermögen zur Sicherheit für ein von anderer Seite zu gewährendes Darlehen benutzen. Es liegt ein Kontrahieren des gesetzlichen Vertreters mit sich selbst (BGB. § 181) vor, wenn er die Abtretung des Sparkassenguthabens an den Darlehnsgeber genehmigt.

2. OLG. **18** 287 (KG.). Wenn es sich um eine Erbauseinandersetzung zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde handelt, so ist nicht nur die

Bestellung eines Pflegers (§§ 1630 Abs. 2, 1795, 181, 1909), sondern auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dieser Auseinandersetzung nötig.

3. R. **09** Ziff. 1328, HansGZ. **09** Beibl. 157 (Hamburg). Hat der Vater als Vertreter des Kindes einen Vertrag, zu dessen Abschluß er nicht befugt war, geschlossen, so ist der Vertrag nicht nichtig, sondern nach §§ 176 ff. BGB. zu behandeln.

II. Entziehung der Vertretung. 1. BadRpr. **09** 174, ZBlFG. **10** 260 (Karlsruhe). Geht das Interesse der Kinder dahin, daß geprüft werde, ob ihr Vermögen durch die Handlungen des Vaters geschädigt ist und ob er zum Ersatze des Schadens angehalten werden soll, so liegt ohne weiteres ein Interessengegensatz (§ 1796) vor.

2. OLG. **18** 304 (KG.). In der Bestellung eines Pflegers für die Kinder behufs Anstellung der Unterhaltsklage gegen ihren Vater liegt zugleich der Ausspruch der Entziehung der Vertretung der Kinder für diese Angelegenheit. Für den Pfleger handelt es sich dabei zunächst um die Entscheidung der Frage, ob eine Unterhaltsklage für die Kinder anzustellen sei, und sodann um die Anstellung dieser Klage selbst. Mit der Erhebung der Klage war jene erste Angelegenheit endgültig abgeschlossen, und insofern kann der Vater die Bestellung des Pflegers (z. B. wegen Nichtbeachtung des § 1673) nicht anfechten. In dem anhängig gewordenen Prozeß aber kann der Vater seine Kinder nach §§ 1795 Abs. 2, 181, 1630 Abs. 2 BGB. nicht vertreten, und deshalb ist sein Antrag auf Aufhebung dieser Pflegschaft ebenfalls ungerechtfertigt.

§ 1631. A. Schulpflicht. PrVolksschulA. **8** 328 (KG., Straff.). Durch das Recht des Vaters, den Aufenthalt seines Kindes zu bestimmen, werden die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der einzelnen Bundesstaaten über die Schulpflicht nicht berührt. Den Kindern preußischer Staatsangehöriger ist der obligatorische Schulunterricht an einer inländischen preußischen Schule zu erteilen. Eltern dürfen ohne Genehmigung der Schulbehörde ihre schulpflichtigen Kinder weder in eine ausländische Schule schicken, noch durch eine auf die Dauer berechnete Unterbringung im Auslande dem Unterricht an einer inländischen Schule entziehen.

B. Züchtigungsrecht, Zulässigkeit seiner Übertragung? 1. NaumburgAK. **09** 58, FürsZBl. **1** 179 (Naumburg Straff.). Aus dem Umstande, daß dem Erziehungsberechtigten das Erziehungsrecht bei Vernachlässigung im Wege Rechtens genommen werden kann, ergibt sich, daß dem Erziehungsrecht eine Erziehungspflicht gegenübersteht und die Erfüllung dieser Pflicht im öffentlichen Interesse liegt. Deshalb, und da auch eine stillschweigende Übertragung des Züchtigungsrechts anzuerkennen ist (nämlich für den Fall, daß der Züchtigende annehmen durfte, im Sinne des Erziehungsberechtigten zu handeln), steht auch einer entsprechenden Anwendung des § 679 BGB. nichts im Wege und ist daher die Züchtigung eines Kindes für geboten und straffrei zu erklären, wenn sie im öffentlichen Interesse lag, insbesondere dem Schutze der Allgemeinheit gegen Ungezogenheiten zuchtloser Straßenjugend diente. Wesentlich ist nur, ob die Unart des Kindes objektiv eine sofortige Bestrafung erforderte, ob weiter gerade für den Züchtigenden ein Grund zum Einschreiten vorlag und ob die Züchtigung der Unart und dem Züchtigungszweck angemessen war.

2. Diefenbach, GruchotsBeitr. **54** 105, 118. Das Züchtigungsrecht ist ein Ausfluß des Erziehungsrechts und letzteres selbst teils privatrechtlicher, teils öffentlichrechtlicher Natur. Das privatrechtliche Erziehungsrecht ist reichsrechtlich erschöpfend geregelt und gehört seiner Natur nach dem Familienrecht an. Es ist seiner Natur nach unveräußerlich, nur seine Ausübung kann durch (auch stillschweigend geschlossene) Verträge auf Dritte, insbesondere Pflegeeltern und Erzieher, übertragen werden. Daneben besteht die soziale Pflicht des modernen Staates,

für die Erziehung der Minderjährigen im öffentlichen Interesse dann zu sorgen, wenn die in erster Linie kraft Privatrechts zur Erziehung Verpflichteten ihrer Pflicht nicht nachkommen können (z. B. bei Armen) oder wollen (Zwangserziehung). Ob und wieweit hiernach ein Erziehungs- und Züchtigungsrecht dritter Personen anzuerkennen ist, richtet sich nach dem öffentlichen Rechte der Bundesstaaten, das teils Reichsrecht, teils Landesrecht ist.

C. Religiöse Erziehung. I. Anwendbares Recht. HansGZ. **09** Beibl. 65, SeuffA. **64** 233, SchlHolstAnz. **09** 209, BöhmsZ. **19** 255 (Hamburg). Nach der in Deutschland herrschenden Rechtsauffassung ist für die Frage, welches Recht in bezug auf die religiöse Erziehung von Kindern maßgebend ist, die Staatsangehörigkeit des Kindes als entscheidend anzusehen.

II. In Preußen. 1. KGJ. **37** A 84, R. **09** 485 (KG.). Das letzte Jahr im Sinne des § 82 II. 2 ALR. ist auch im Falle einer während dieses ganzen Jahres bis zum Tode dauernden Geisteskrankheit des Vaters nicht von dem Beginne der Geisteskrankheit, sondern von dem Tode des Vaters an zurückzurechnen. Im übrigen ist aber ausreichend, daß das Kind in diesem letzten Jahre in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter unterrichtet worden ist, und daß der Vater sein Einverständnis damit zu Beginn des Unterrichts oder zu irgendeiner Zeit während der Dauer des Unterrichts erklärt hat und bei Abgabe dieser Erklärung in der Lage gewesen ist, seinen Willen rechtsgültig zu äußern. Der spätere Verlust der Fähigkeit, einen entgegengesetzten Willen zu äußern, genügt nicht, um die Anwendbarkeit des § 82 auszuschließen, dazu ist vielmehr die tatsächlich erfolgte Äußerung eines entgegengesetzten Willens notwendig.

2. R. **09** 782 (KG.). Religionsunmündige Kinder sind nicht allein bei gemischten, sondern auch bei konfessionell einheitlichen Ehen nach dem Tode des Vaters in dessen Religion zu erziehen (KGJ. **28** A 14, **33** A 32). Die Mutter hat das Recht, zu bestimmen, an welcher Stelle die Kinder ihren Religions- und ihren Schulunterricht erhalten (KGJ. **28** A 300). Dem Vormunde steht ein derartiges Bestimmungsrecht nicht zu, er darf nur von dem bemerkten gesetzwidrigen Verhalten der Mutter dem Vormundschaftsgericht Anzeige machen, damit dieses gegen die Mutter durch Entziehung oder Einschränkung des Erziehungsrechts vorgehe. — Die allgemeine Schulpflicht in Preußen (§ 43 II. 2 ALR., Art. 21 Abs. 2 PrVerf.) erstreckt sich auch auf den Religionsunterricht (KGJ. **33** A 20). Letzterer hat sofort mit erreichtem schulpflichtigen Alter zu beginnen, es steht nicht im Ermessen der Eltern, dessen Anfang später zu legen. Es gehört nicht schlechthin zum Wesen des religiösen Unterrichts in einer bestimmten Konfession, daß ein Kind auch in sonstigen Fächern eine seiner Konfession entsprechende Schule besucht (KGJ. **25** A 24, OLG. **9** 464).

3. BreslauAK. **09** 7 (KG. Strafs.). Die Dekl. v. 21. Nov. 1803 bezieht sich nicht auf Kinder aus religiös gemischten Ehen (zwischen Christen und Nichtchristen), vgl. KGJ. **32** A 58. Wie es zu halten sei, wenn während des Bestehens einer konfessionell gemischten Ehe der Vater aus der christlichen Kirche austritt, ist in der Dekl. nicht geregelt, doch ist in entsprechender Anwendung ihrer Grundsätze der Vater für befugt zu erachten, nach dem Austritt aus der christlichen Kirche seine Kinder nach den Grundsätzen der neuen Glaubensgemeinschaft, zu der er übergetreten ist, dann zu erziehen, wenn diese Glaubensgemeinschaft auf christlicher Grundlage beruht, dagegen erlangt der Vater durch den Austritt nicht das Recht, seine Kinder ohne jede religiöse Erziehung zu lassen (v. Döming, PrVolksschulA. **4** 67). Ob der einem Kinde anderweit erteilte Schulunterricht ausreicht oder der ihm erteilte Privatunterricht den Schulunterricht zu ersetzen geeignet ist, hat die Schulbehörde zu entscheiden.

4. SeuffA. **64** 233, HansGZ. **09** Beibl. 65, SchlHolstAnz. **09** 209, BöhmsZ. **19**

255 (Hamburg). Nach dem holsteinischen Gesetze v. 14. Juli 1863 ist ein bei der Trauung dem Geistlichen über die religiöse Erziehung der zu erwartenden Kinder gegebenes Versprechen ungültig, vielmehr entscheidet der Wille des Vaters und, wenn dieser gestorben ist, der der Mutter, nach beider Tode aber, wenn deren Wille nicht mehr ermittelt werden kann, die Religion, welcher der Vater angehörte.

5. KGJ. **37** C 67, R. **09** 782, FrankfRundsch. **42** 200 (KG., Straff.). In dem vormaligen Herzogtume Nassau sind die zur deutschkatholischen freireligiösen Gemeinde gehörigen Eltern nicht befugt, ihre die Volksschule besuchenden schulpflichtigen Kinder von dem Religionsunterricht in der Volksschule eigenmächtig ohne Erlaubnis der Schulbehörde fernzuhalten. Geschieht es dennoch, so sind die genannten Eltern nach § 52 der Allg. Schulordnung für die Volksschulen im Herzogtume Nassau v. 24. März 1817 (NassVBl. 47) strafbar. ➻ Vgl. jetzt Gesetz v. 1. Aug. 1909 (GS. 734). Red. ⟵

6. Die Entsch. KGJ. **36** C 61 — JDR. **7** Ziff. III d zu § 1631 — auch R. **09** 181, PrVolksschulA. **8** 147.

7. Vgl. auch unter Ziff. A IV zu § 1666, Ziff. 1 u. 2 zu § 1801 u. Ziff. 4 zu § 1886 BGB.

III. In Bayern. BayRpflZ. **09** 238 (BayVGH.). Es ist rechtlich möglich, daß, wenn beide Eltern derselben Religionsgemeinschaft angehört haben, nach dem Tode des Vaters die Mutter über die religiöse Erziehung ihrer ehelichen Kinder selbständig Verfügung trifft; es ergibt sich in dieser Beziehung nicht etwa ein unabänderlicher Rechtszustand wie bei einem minderjährigen Kinde aus gemischter Ehe (§ 14 der II. VerfBeil.). Die Vorschrift im § 21 der II. VerfBeil., daß ein uneheliches Kind, welches von dem Vater nicht anerkannt ist, nach dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen werden soll, schließt ein Bestimmungsrecht der Mutter nicht aus, wenn ihr nach dem bürgerlichen Rechte (z. B. nach § 1707 BGB.) das Erziehungsrecht eingeräumt ist.

IV. In Württemberg. WürttJ. **21** 14 (Stuttgart). In Württemberg tritt das Unterscheidungsjahr, das die Kinder berechtigt, sich selbst dafür zu entscheiden, ob sie in der evangelischen oder katholischen Religion erzogen sein wollen, für Knaben und Mädchen mit dem Antritt des 14. Lebensjahrs ein (KultMinErl. v. 14. Sept. 1826).

V. Über die religiöse Erziehung eines nach dem Tode des Vaters geborenen ehelichen Kindes in Baden vgl. BadRpr. **10** 2 (Karlsruhe).

§ 1632. BreslauAK. **09** 34 (Breslau). Während der Dauer eines Ehescheidungsprozesses ist neben einer in diesem Prozeß ergehenden Entscheidung im Sinne des § 627 ZPO. ein anderes Gericht — abgesehen vom Vormundschaftsgerichte — zu einer Entscheidung über das Erziehungsrecht nicht berufen. Hat daher ein Ehemann gegen seine Frau auf Herausgabe der Tochter geklagt und ist in einem inzwischen anhängig gemachten Ehescheidungsprozeß eine einstweilige Verfügung gemäß § 627 ZPO. dahin ergangen, daß die Tochter für die Dauer des Scheidungsprozesses der Ehefrau zur Erziehung überlassen werde, so ist die auf Herausgabe der Tochter gerichtete Klage abzuweisen.

§§ 1632, 1634. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 699, R. **09** Ziff. 83. Mit Rücksicht auf die mit der Sorge für die Person des Kindes verknüpften Rechte und Pflichten ist ein vertragsmäßiger Verzicht des Vaters auf Ausübung der aus der elterlichen Gewalt entspringenden, der Sorge für das Kind dienenden Befugnisse ausgeschlossen. Aus der Unwirksamkeit eines solchen Verzichts wird zwar nicht zu folgern sein, daß Verträge, durch die der Vater einem anderen die Erziehung oder Ausbildung des Kindes überträgt, überhaupt ungültig sind; unzulässig würde jedenfalls eine Vertragsbestimmung sein, daß die Befugnis des Vaters, das Kind jederzeit zurückzunehmen, ausgeschlossen sein solle. Eine Einschränkung der Ab-

machung auf die Dauer des zwischen den Parteien schwebenden Scheidungsprozesses ist beim Mangel gesetzlicher Ausnahmebestimmungen nicht geeignet, eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung (vgl. JW. **03** Beil. 82 Ziff. 190) zu rechtfertigen. Dagegen kann, wenn eine von Ehegatten für die Dauer des Scheidungsprozesses über den Aufenthalt des Kindes getroffene Abmachung nach den obwaltenden Umständen gerechtfertigt war, dem Widerrufe der vertraglichen Regelung seitens des Ehemanns die Berechtigung versagt werden, wenn die in dem Widerruf enthaltene Entscheidung sich als ein Mißbrauch seines Rechtes (§ 1354 Abs. 2 BGB.) darstellt, wenn insbesondere der Entscheidung nicht sowohl die Sorge für das Kind, als vielmehr die Absicht zugrunde liegt, einen unberechtigten Zwang auf die Ehefrau auszuüben.

2. PosMSchr. **09** 48 (Posen). Wenn auch gegenüber dem Herausgabeanspruche des Mannes der Frau der Schutz des § 1354 Abs. 2 BGB. zugebilligt werden kann (**RG. 55** 418), so kann sie doch den Einwand des Mißbrauchs nicht auf Gründe stützen, die dem Gebiete der Personensorge für das Kind entnommen sind und wegen deren nur das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB. einschreiten kann (PosMSchr. **06** 154), sondern nur darauf, daß der Mann durch seine Anordnung einen unberechtigten Zwang auf seine Frau ausübe.

§ 1634. RG. R. **09** Ziff. 2673. Die Mutter eines ehelichen Kindes ist als solche zur Einklagung des Unterhaltsanspruchs ihrer Tochter nicht befugt, vielmehr kann dieses Recht bei rechtlicher Verhinderung des Vaters nur durch einen dem Kinde zu bestellenden Pfleger ausgeübt werden (JW. **03** 63 Ziff. 146). Die erst im Prozeß aufgestellte Behauptung der Mutter, der Pfleger habe sie (durch Abtretung des Unterhaltsanspruchs an sie als Inkassomandatarin) zur Einklagung beauftragt, enthält eine Klagänderung.

§ 1635. I. Anwendungsgebiet des § 1635. 1. KGJ. **37** A 13, RJA. **10** 94 (KG.). Der § 1635 ist nur anwendbar, wenn die Ehe rechtskräftig geschieden ist, nicht auch, wenn der Ehescheidungsprozeß noch schwebt (vgl. KGJ. **30** A 40).

2. WürttZ. **09** 142, ZBlFG. **10** 44 (Stuttgart). § 1635 findet auch Anwendung, wenn nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1586, 1575 BGB.) erkannt ist. Das zarte Alter eines Kindes genügt für sich allein nicht, um in Abweichung von der Regel des § 1635 der für schuldig erklärten Mutter die Sorge für das Kind zu übertragen.

3. BadRpr. **09** 55 (AG. Waldshut). Die im § 1635 getroffene Regelung der Personenfürsorge tritt nur ein, solange beide Ehegatten leben und solange sie getrennt sind. Im Falle der Wiederverbindung der Ehegatten erlangt der Vater wieder die volle elterliche Gewalt, da von da ab das besondere Schutzbedürfnis für den überlebenden Ehegatten und die Kinder nicht mehr besteht. Auch auf die Mutter trifft in diesem Falle der § 1697 BGB. nicht zu, da die Schutzvorschrift des § 1697 BGB. nur für den Fall gegeben ist, daß die Mutter sich mit einem anderen Manne verheiratet (Mot. **4** 833), vielmehr steht auch der Mutter die volle — allerdings neben der des Vaters latente — elterliche Gewalt zu.

4. **RG.** JW. **1910** 113, R. **1910** Ziff. 528. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 ist in dem Verfahren vor dem Prozeßrichter (**RG. 63** 275) auch dann maßgeblich, wenn das Vormundschaftsgericht vor seiner endgültigen Anordnung zunächst nur eine einstweilige Verfügung getroffen hat.

II. Satz 2. a) OLG. **18** 277 (Colmar). „Ein besonderer Grund" im Sinne des § 1635 Satz 2 liegt vor, wenn die bei der Scheidung für schuldig erklärte Mutter einen sittlich vorwurfsfreien Lebenswandel führt, der Vater aber, wie erst später festgestellt, sich während des Bestehens der Ehe des Ehebruchs schuldig gemacht hat

und als Ziegeleibesitzer durch den Betrieb seines Gewerbes verhindert ist, der Pflege des Kindes die erforderliche Zeit zu widmen. **b)** Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. 3 — auch BayObLG. **9** 474, OLG. **18** 278 (BayObLG.).

§ 1636. I. Entsprechende Anwendung des § 1636. 1. Der Ansicht des **RG. 69** 94 — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1636 —, wonach die Regelung der Einzelheiten des Verkehrs des einen Elternteils mit den Kindern auch während des Getrenntlebens der Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 1636 Satz 2 dem Vormundschaftsgerichte zusteht, haben sich angeschlossen: RJA. **10** 100 (KG.), BayObLG. **10** 350, R. **09** Ziff. 2823 (BayObLG.), SeuffA. **64** 230 (Posen).

2. Dagegen: **a)** Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht 666; **b)** Engelmann, R. **09** 563, unter Verneinung sowohl einer entsprechenden Anwendung des § 1636 für den Fall des Getrenntlebens der Eheleute als auch einer Beschränkung der Befugnisse des Prozeßgerichts im Falle des § 627 ZPO. darauf, den Verkehr zwischen Eltern und Kind nur im allgemeinen zu regeln; **c)** Josef, SeuffBl. **09** 121. Lebt die Mutter vom Vater getrennt, so kann sie behufs Ausübung ihres Mitsorgerechts das Kind an dessen Aufenthaltsort, insbesondere auch in des Mannes Hause beliebig aufsuchen. Dagegen besteht eine Verpflichtung des Mannes, ihr das Kind in eine andere Örtlichkeit zuzuführen, grundsätzlich nicht; eine solche Verpflichtung liegt dem Manne nur ob, wenn infolge seines schuldhaften Verhaltens die Frau berechtigt ist, die eheliche Lebensgemeinschaft mit ihm zu verweigern. Das Gericht, dem in diesem Falle die Feststellung der Zuführungspflicht nach Ort und Zeit obliegt, ist nicht das Vormundschafts-, sondern das Prozeßgericht; denn es handelt sich hier nicht um die Wahrnehmung der Interessen des Kindes, sondern lediglich um die Verfolgung der Rechte eines Ehegatten gegen den anderen, und der § 1636 Satz 2 ist eine nur das Verhältnis geschiedener Gatten regelnde Sondervorschrift, während ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts bei bestehender Ehe für den Fall bloßen Getrenntlebens der Gatten nirgends vorgeschrieben und wegen des Ausnahmecharakters jener Vorschrift auch eine sinngemäße Anwendung während bestehender Ehe ausgeschlossen ist. Schließt der Vater die Mutter ohne rechtfertigenden Grund vom Verkehre mit dem Kinde aus, so kann hierin sehr wohl eine Gefährdung des Wohles des Kindes liegen, weil diesem hierdurch der wohltätige Einfluß der mütterlichen Erziehung und Pflege entzogen, mindestens aber sein seelisches Empfinden ungünstig beeinflußt wird. Als die hiernach im Interesse des Kindes erforderliche Maßregel kann das Vormundschaftsgericht nach § 1666 dem Vater die Zuführung des Kindes an die Mutter aufgeben. **d)** Crome R. **09** 44 ff. Auch bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten ohne Scheidung steht die Regelung des Verkehres der Eltern mit den Kindern nicht dem Prozeßgerichte, sondern dem Vormundschaftsgerichte zu. Jedoch ist nicht mit **RG. 69** 94 diese ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts aus entsprechender Anwendung des § 1636 Satz 2 BGB. herzuleiten. Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde ist Ausfluß der Sorge für seine Person; es steht während bestehender Ehe der Mutter neben dem Vater zu. Verhindert der Vater den persönlichen Verkehr der von ihm getrennt lebenden Mutter mit dem bei ihm befindlichen Kinde, so liegt darin ein Mißbrauch im Sinne des § 1354 Abs. 2. Durch die tatsächliche Trennung der Ehegatten wird an dem Elternrechte der Mutter nichts geändert; sie ist nach wie vor an der Ausübung der elterlichen Gewalt beteiligt, insbesondere auf dem Gebiete der persönlichen Fürsorge (§§ 1634, 1698). Wird ihr durch die Handlungsweise des Vaters der Zutritt zu dem Kinde verwehrt, so ist sie an der Ausübung ihres Elternrechts zum mindesten tatsächlich verhindert (§ 1665); diese tatsächliche Verhinderung genügt, um das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten zu veranlassen, wenn es dies im Interesse des Kindes für erforderlich hält. **e)** Demgegenüber verneint Engelmann, R. **09** 567, die

Anwendbarkeit des § 1665, da die Beeinträchtigung der Rechte des anderen Ehegatten keine Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt bedeute und die Vorschrift des § 1665 nur im Interesse des Kindes gegeben sei, während es sich im vorliegenden Falle an erster Stelle um die Wahrung der Rechte des einen Elternteils auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde handle.

II. Rechtsweg. 1. SeuffA. **64** 230 (Posen). Ein Klagerecht der Mutter ist nur gegeben, wenn der Ehemann ihr das Recht auf Anteilnahme an der Erziehung und auf den Verkehr mit den Kindern überhaupt untersagt. Verweigert dagegen der Ehemann der Mutter nur den Verkehr in der von ihr begehrten Art, so ist zur Entscheidung hierüber nur das Vormundschaftsgericht zuständig. Die Vorschrift des § 1636 Satz 2 wird für den Fall des Getrenntlebens der Eheleute für entsprechend anwendbar erachtet. — Vgl. o. Ziff. I 1.

2. OLG. **18** 278 (München). Für eine Klage des Vaters gegen die Mutter seiner Kinder, mit der er die Rückschaffung der nach Amerika verbrachten Kinder in die Heimat verlangt, damit er mit ihnen verkehren könne, ist der Rechtsweg zulässig. Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, den Verkehr des Vaters mit den Kindern durch eine formell dahingehende oder materiell dessen Aufhebung enthaltende Verfügung auszuschließen, und eine solche Anordnung wäre im Rechtsstreit über die Befugnis zum persönlichen Verkehre des Vaters mit seinen Kindern nicht zu beachten (ZBlFG. **4** 639, 578, Keidel FGG. § 7 Anm. 3). In dem Verlangen, daß die Mutter für die Rückkehr des Kindes sorge, liegt noch nicht das Verlangen nach Regelung des Verkehrs mit dem Kinde, besonders wenn die Mutter nicht eingewendet hat, daß das Interesse des Kindes einen anderen dem Vater erreichbaren Aufenthalt erheische. Von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 226 BGB. könnte nur die Rede sein, wenn ein anderer Zweck der Rechtsausübung als der, der Mutter oder den Kindern oder beiden Schaden zuzufügen, überhaupt undenkbar wäre oder doch nur nebenbei in Betracht käme (BayObLG. **6** 149). Zu weit geht das Verlangen, zur Erzwingung der Zurückbringung eine Haftstrafe anzuordnen, da die Handlung nicht ausschließlich von dem Willen der Mutter abhängt (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1071).

III. Bedeutung des persönlichen Verkehrs. 1. KGJ. **37** A 26, SchlHolstAnz. **09** 146 (KG.). Der Ausdruck „persönlich verkehren" im § 1636 hat anders, wie der Begriff des „Zutritts" im § 101 II. 2 des früheren preußischen ALR., keine räumliche Bedeutung. Ein persönlicher Verkehr kann an sich überall da stattfinden, wo ein Zusammentreffen des Kindes mit dem sorgeberechtigten Elternteile möglich ist. Nur insofern unterliegt dieser Verkehr Beschränkungen, als durch ihn nicht die Interessen des Kindes verletzt und nicht die Rechte des nichtschuldigen Ehegatten ungebührlich beeinträchtigt werden dürfen. Eine solche Verletzung wird nicht darin gefunden, daß zwei Knaben im Alter von 10 und 8½ Jahren einmal in jedem Jahre die Reise von Flensburg nach Berlin hin und zurück machen müssen und sich je eine Woche in den Osterferien bei dem schuldigen Teile auf dessen Kosten aufhalten. Die im Anschluß an §§ 101, 102 II. 2 ALR. ergangenen Entscheidungen KGJ. **2** 64, **8** 45 treffen für das Recht des BGB. nicht zu.

2. **RG.** (Straff.) DJZ. **09** 212, JW. **09** 296. Hat das Vormundschaftsgericht angeordnet, daß ein von seiner Frau getrennt lebender Ehemann seinen Sohn täglich seiner Ehefrau zuzuführen und auf die Dauer von zwei Stunden zu belassen habe, so macht er sich nicht nach § 235 StGB. strafbar, wenn er in das Ausland reist und dorthin seinen Sohn mitnimmt, da er lediglich von den ihm durch die §§ 1634, 1627 eingeräumten Rechten Gebrauch gemacht hat und ihm diese durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht verkümmert worden sind, insbesondere ist ihm dadurch nicht verboten, seiner Frau zuliebe seinen Wohnsitz ins Ausland zu verlegen.

IV. Regelung im einzelnen. 1. a) R. **09** Ziff. 1896 (BayObLG.)

Durch die Anordnung, daß das Kind bei dem schuldigen mittellosen Ehegatten nur so lange verbleiben darf, als dieser bei seinen Eltern wohnt, ist das Gesetz nicht verletzt. **b)** R. **09** Ziff. 2005 (BayObLG.). Nicht zu beanstanden ist eine Anordnung dahin, daß die aus ihrem alleinigen Verschulden geschiedene Frau die Kinder während der Sommerferien zwei Wochen lang bei sich habe, den Aufenthalt innerhalb des Deutschen Reichs wähle und dem Vater anzeige, und daß der jetzige Ehemann der Mutter diesem Aufenthalte fernbleibe. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 60 (Hamburg). Es ist keine wesentliche Beeinträchtigung der Rechte des Vaters aus § 1631, wenn der Mutter gestattet wird, zweimal jährlich auf je 14 Tage die Tochter zu besuchen, oder wenn die Tochter zweimal jährlich auf je 14 Tage die Mutter in deren Wohnung besuchen darf.

2. **a)** KGJ. **37** A 18, R. **09** Ziff. 1525 (KG.). § 1636 gewährt dem Vormundschaftsgerichte das Recht, dem Elternteile nicht nur aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, sondern ihm auch die Verpflichtung aufzuerlegen, Handlungen vorzunehmen (z. B. das Kind zur Abholung bereitzuhalten oder dem anderen Elternteile zuzuführen). Der gegenteiligen Auffassung ZBlFG. **6** 420 (LG. I Berlin) wird nicht beigetreten. **b)** R. **09** Ziff. 1329 (KG.). Die Anordnung, daß jeder Elternteil die Kinder an einen angegebenen Ort zu führen oder führen zu lassen und für das Fahrgeld zu sorgen habe, liegt innerhalb der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. Dagegen kann die Frage, ob der eine oder der andere Elternteil endgültig die Verpflichtung hat, Kosten aufzuwenden, durch den Vormundschaftsrichter nicht mehr entschieden werden, vielmehr ist hierüber im Streitfalle durch den Prozeßrichter zu entscheiden.

V. Erzwingung der Anordnung nach Landesrecht. 1. Die Entsch. KGJ. **36** A 36 (KG). — JDR. **7** Ziff. 4 b zu § 1636 — auch OLG. **18** 280.

2. KGJ. **37** A 18, R. **09** 222 (KG.). Hat das Vormundschaftsgericht dem erziehungsberechtigten Elternteil aufgegeben, das Kind dem anderen Elternteile bereitzustellen oder zuzuführen, so ist dieser auch verpflichtet, gegenüber dem sich sträubenden Kinde seine elterliche Erziehungsgewalt ernstlich zum Zwecke der Erfüllung seiner Verpflichtung geltend zu machen, bei Vermeidung der Verhängung der in Art. 15 PrFGG. vorgesehenen Ordnungsstrafe. Die Entschuldigung, daß das Kind nicht wolle, ist, wenn es sich um ein in jugendlichem Alter stehendes Kind handelt, nicht zu beachten.

VI. Keine Anwendbarkeit auf Ausländer. KGJ. **37** A 32, RJA. **10** 1, BöhmsZ. **19** 226, R. **09** Ziff. 1538 (KG.). § 1636 hat nicht die vormundschaftliche Fürsorge für schutzbedürftige Kinder im Auge, wenn auch bei der Regelung des Verkehrs das geistige und leibliche Wohl des Kindes mitzuberücksichtigen ist, sondern dient der Wahrung elterlicher Privatrechte. Deshalb findet Art. 23 EGBGB. nicht Anwendung, vielmehr fehlt dem deutschen Vormundschaftsgerichte die Zuständigkeit, wenn es sich um die Regelung des persönlichen Verkehrs geschiedener Eltern ausländischer Staatsangehörigkeit mit ihrem Kinde handelt.

§ 1638. **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 1327. Die Verwaltungsentziehung nach § 1638 hat ohne weiteres, nicht erst von der Bestellung eines Pflegers an, die Wirkung, daß nach §§ 1909, 1917 Abs. 1 ein Pfleger an Stelle des Gewalthabers das den Kindern zugewendete Vermögen zu verwalten hat. **b)** Vgl. auch **RG.** zu § 1649.

§ 1643. I. Allgemeines. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1330. Behalten die Kontrahenten eines mehrere Rechtsgeschäfte umfassenden Vertrags ausdrücklich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vor, so ist dies im Zweifel nur auf das gesetzlich solcher Genehmigung bedürftige Rechtsgeschäft zu beziehen.

2. BayNotZ. **09** 264 (BayObLG.). Die Erteilung oder Verweigerung der Ge-

nehmigung liegt im pflichtmäßigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts, das sich dabei allerdings von einer vernünftigen Erwägung der festgestellten Tatsachen leiten lassen muß. Ausschlaggebend ist das Interesse der Kinder. Auch den Umfang der zur Feststellung erforderlichen Ermittelungen und der zu erhebenden Beweise bestimmt nach § 12 FGG. das Ermessen des Gerichts.

II. Verfügung über Grundstücke (§ 1821). 1. BayObLG. **10** 20, BayRpflZ. **09** 151, R. **09** Ziff. 853, DJZ. **10** 88 (BayObLG.). Hat ein Vater für seine Kinder ein Grundstück erworben und hierfür aus eigenen Ersparnissen eine Anzahlung geleistet, so kann die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hierzu und zu der namens der Kinder erklärten Weiterveräußerung des Grundstücks zwar auch aus Gründen, die die Zweckmäßigkeit des Kaufvertrags betreffen, nicht aber auch deshalb versagt werden, weil die Kinder der Gefahr ausgesetzt seien, daß die Gläubiger des Vaters die durch die Anzahlung an die Kinder bewirkte Vermögenszuwendung anfechten könnten. Die Versagung der Genehmigung würde nur die Folge haben, daß der Verkäufer das Grundstück zurückfordert, dann steht aber auch den Kindern der Anspruch auf Erstattung des ihnen vom Vater geschenkten und auf ihren Namen geschenkten Betrags zu, und für die Anfechtbarkeit der Schenkung ist es ohne Belang, ob sie mit dem geschenkten Betrage die Befreiung von einem Teile der Kaufpreisschuld oder den Erstattungsanspruch erlangt haben. Der Erwerb der Grundstücke ist aber dem Anfechtungsrechte der Gläubiger nicht unterworfen. Ebensowenig kann die Genehmigung versagt werden, um den Vater zu verhindern, künftighin Spekulationsgeschäfte im Namen der Kinder einzugehen.

2. R. **09** Ziff. 2483, ElsLothNotZ. **09** 376, ElsLothJZ. **09** 602 (Colmar). Hat ein Vater für sein minderjähriges Kind ein Grundstück gekauft und daran für das Restkaufgeld eine Hypothek bestellt mit der Erklärung, daß das Kind sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Hypothek gemäß § 800 ZPO. unterwerfe, so enthält jedenfalls die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine Verfügung über das Grundstück, zu der es nach §§ 1643, 1821 Ziff. 1 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

III. Sonstige Fälle (§ 1822 Ziff. 8). HessRspr. **9** 140 (Darmstadt). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann von der Vorlegung einer Quittung über die erfolgte Barzahlung (im Gegensatze zur „Geldaufnahme") nicht abhängig gemacht werden, da § 1821 Ziff. 4 BGB. auf die elterliche Gewalt nicht Anwendung findet und § 1822 Ziff. 8 nicht zutrifft.

IV. Abs. 2. KGBl. **09** 56 (KG.). Übt die Mutter im Falle der tatsächlichen Verhinderung des Vaters (§ 1685 Abs. 1) die elterliche Gewalt aus, so ist die Voraussetzung, unter der nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB. die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht bedarf, nur gegeben, wenn der Anfall der Erbschaft an das Kind erst infolge der Ausschlagung nicht der Mutter, sondern des Vaters, des eigentlichen Inhabers der elterlichen Gewalt, eintritt. Dahingestellt gelassen wird, ob in einem solchen Falle zur Ausschlagung der Erbschaft nicht auch die Zustimmung des Vaters als des Nutznießers des Kindesvermögens erforderlich ist.

§ 1649. RG. JW. **09** 145, GruchotsBeitr. **53** 1184, R. **09** Ziff. 1148, 1149. Das BGB. unterscheidet begrifflich von dem Nießbrauch an Sachen, an Rechten und an einem Vermögen, insbes. einer Erbschaft (§§ 1030 bis 1089), die dem Vater und nach dessen Tode der Mutter kraft elterlicher Gewalt zustehende „Nutznießung" am Vermögen des Kindes (§§ 1649, 1684). Mit dieser Nutznießung ist regelmäßig das Recht und die Pflicht zur Verwaltung des Vermögens des Kindes verbunden (§§ 1630, 1638). Zwar erwirbt die Mutter die Nutzungen des ihrer Nutznießung unterliegenden Vermögens nach § 1652 im allgemeinen „wie ein

Nießbraucher", es bleiben aber dennoch, wie die §§ 1653 bis 1683 ergeben, gewisse Unterschiede in den Rechten und Pflichten, die einerseits mit dem Nießbrauch, andererseits mit der elterlichen Nutznießung verbunden sind. Nach § 1661 endigt die Nutznießung der Mutter, wenn sich das Kind verheiratet, ein solcher Verlust tritt aber nicht ein, soweit ihr Recht zur Nutzung des Kindesvermögens auf einem letztwillig eingeräumten Nießbrauche beruht. Ferner kann eine Entziehung der Nutzung gemäß § 1666 Abs. 2 nicht erfolgen, wenn der Nießbrauch der Mutter letztwillig zugewendet ist, die Mutter kann vielmehr nur angehalten werden, ihre Pflicht zur Gewährung des Unterhalts des Kindes zu erfüllen. Aus § 1638 läßt sich etwas Gegenteiliges nicht entnehmen, denn § 1638 entzieht zwar gewisse Vermögensstücke der Kinder der Verwaltung der Eltern, bestimmt aber nichts über den späteren Fortfall des Nießbrauchs und der Verwaltung an dem Kindesvermögen, die den Eltern durch Vertrag oder letztwillige Verfügung eingeräumt sind. Dasselbe wie von § 1666 Abs. 2 gilt auch hinsichtlich des Verlustes der elterlichen Nutznießung im Falle des § 1680. Weitere Unterschiede zwischen den Rechten des Nießbrauchers und des elterlichen Nutznießers: Die Einschränkung des § 1037 trifft für die elterliche Nutznießung nicht zu, die Befugnisse aus §§ 1067 und 1653 decken sich nicht, für den Nießbrauch findet die Vorschrift des § 1659 nicht Anwendung.

§ 1650. *Straffer, Vorbehaltsgut 105 ff. Zu dem „Kindesgeräte" können im Gegensatze zum § 1366 auch Geld und Grundstücke gehören.

§ 1651. KGJ. **37** A 39 (KG.). Nach § 1651 ist freies Vermögen, was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 BGB. gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt. Es unterliegt aber, da der Ausnahmefall des § 1638 BGB. nicht vorliegt, der elterlichen Verwaltung. Über diesen Erwerb kann der Minderjährige nur insoweit verfügen, als diese Verfügung in den Umkreis der in den §§ 112, 113 BGB. bezeichneten Rechtsgeschäfte fällt (vgl. Schefold, AZivPr. **94** 307). Will der Minderjährige, der ein selbständiges Erwerbsgeschäft mit Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters betreibt, über den Erlös aus dem Erwerbsgeschäfte zu Geschäftszwecken verfügen, so wird man ihn allerdings hierzu für unbeschränkt geschäftsfähig halten müssen. Will er dagegen es für sich anlegen, so unterliegt das verdiente Kapital der elterlichen Verwaltung. Dagegen steht hinsichtlich des eingezogenen Lohnes (§ 113 BGB.), da es sich bei der Verfügung hierüber nicht um die Erfüllung der aus dem Dienstverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen handelt, das Verwaltungsrecht immer nur dem gesetzlichen Vertreter zu. Diese Grundsätze finden in gleicher Weise auf die Vormundschaft Anwendung.

§ 1652. Vgl. zu § 1649.

§ 1654. 1. Die Entsch. des OLG. Frankfurt — JDR. **7** Ziff. 1 b zu § 1654 — auch NaumburgAK. **09** 15.

2. a) NaumburgAK. **09** 15 (LG. Halle). Es ist nach § 1654 nicht Erfordernis, daß der Vater tatsächlich Vermögen des Kindes in Nutznießung hat. **b)** Dagegen Naumb. AK. **09** 61 (Naumburg) im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes und entsprechend OLG. **7** 73; **14** 253: Der Vater haftet für die Prozeßkosten nur dann, wenn (noch so weniges) Kindesvermögen vorhanden ist, das seiner Nutznießung unterliegt. Von seiner Verpflichtung kann er sich nach § 1662 durch Verzicht auf die Nutznießung befreien, während, wenn überhaupt kein Vermögen vorhanden ist, von einem solchen Verzichte nicht wohl die Rede sein kann.

3. *Schultzenstein, ABürgR. **33** 186 f. zu §§ 1385 Nr. 1, 1388, u. Saran, PrVerwBl. **09** 530.

§ 1666. A. **Reichsrecht.** I. Verschulden als Voraussetzung. Kochs, HessRspr. **9** 173 — gegen HessRspr. **9** 78, JDR. **7** Ziff. I 1 b zu § 1666 —.

Das Vormundschaftsgericht darf gegen die Mutter nach § 1666 auch dann einschreiten, wenn sie nicht Inhaberin der elterlichen Gewalt ist, sondern diese lediglich gemäß 1685 BGB. (wegen Verhinderung des Vaters) ausübt.

II. Gefährdung. 1. a) BayObLG. **9** 385. Eine Gefährdung des Wohles des Kindes durch schuldhaftes Verhalten der Mutter hat nicht die Folge, daß die Mutter das Recht der Sorge für die Person des Kindes, soweit es ihr zusteht, insbesondere das Recht des Verkehrs mit dem Kinde verwirkt, sondern verpflichtet nur das Vormundschaftsgericht, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Vormundschaftsgericht hat nur einzuschreiten, wenn es sich um Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr handelt, eine in der Vergangenheit liegende Gefährdung des Wohles des Kindes kommt nur in Betracht, wenn bei der Mutter eine Neigung zu dem Verhalten anzunehmen ist, das sie herbeigeführt hat, so daß Grund zu der Besorgnis besteht, die Gefährdung des Wohles des Kindes werde sich wiederholen. b) R. **09** Ziff. 1526 (BayObLG.). Bei einem dreijährigen Kinde kann ohne Rechtsirrtum eine gegenwärtige sittliche Gefährdung dadurch, daß der Vater sich Eigentumsvergehen schuldig gemacht habe, verneint werden. c) R. **09** Ziff. 1527 (BayObLG.). Erbietet sich der Vater (Witwer), sein Kind auch während der Ferien in der von ihm bezeichneten Anstalt unterzubringen und zu belassen, so besteht kein Anlaß, ihm, wenn auch sonst eine Gefährdung des sittlichen Wohles seines Kindes durch seine Lebensführung zu besorgen ist, die persönliche Fürsorge zu entziehen und das Kind anderweit unterzubringen.

2. a) WürttZ. **09** 235, ZBlFG. **10** 260 (Stuttgart). Mehr oder minder entfernt als möglich vermutete Nachteile genügen nicht, um das Vorliegen einer Gefährdung im Sinne des § 1666 zu rechtfertigen. b) BayObLG. **10** 359. Die Möglichkeit, daß der Vater künftig einmal mit dem Anspruch auf Herausgabe des bei der Mutter befindlichen Kindes hervortritt, genügt nicht, um auf Grund des § 1666 Maßregeln gegen ihn zu ergreifen.

III. Verletzung der Unterhaltspflicht. 1. BayObLG. **10** 359. Eine Verletzung der Unterhaltspflicht kann sich als Vernachlässigung des Kindes im Sinne des § 1666 auch dann darstellen, wenn der Vater durch die Verweigerung des Unterhalts die Herausgabe des Kindes erreichen will. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist aber nur gerechtfertigt, wenn das Verhalten des Vaters das Wohl des Kindes gefährdet und ihm als schuldhaft angerechnet werden kann.

2. KGJ. **37** A 44, R. **09** Ziff. 1528 (KG.). Keine Verletzung der Rechte des Kindes auf Unterhalt liegt vor, wenn und solange ein Kind den Unterhalt mit Wissen des an sich verpflichteten Vaters von der hierzu bereiten Mutter empfängt (§ 1602 Abs. 1).

3. **RG.** JW. **09** 145, GruchotsBeitr. **53** 1184 (s. o. zu § 1649). Der § 1666 Abs. 2 bezieht sich nicht auf Kindesvermögen, dessen Nießbrauch und Verwaltung den Eltern durch Vertrag oder letztwillige Verfügung eingeräumt ist. Dasselbe gilt im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt (§ 1680).

IV. Mißbrauch. Religiöse Erziehung. 1. KGJ. **37** A 78, DJZ. **09** 381, R. **09** Ziff. 181, PrVolksschulA. **8** 154 (KG.). Wenn eine Mutter ihr Erziehungsrecht durch Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die religiöse Erziehung ihres Kindes (§§ 74 ff. II. 2 ALR.; Dekl. v. 21. Nov. 1803) mißbraucht, so daß dadurch die gesetzmäßige religiöse Erziehung des Kindes gefährdet wird, so kann, auch wenn die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht vorliegen, in Anlehnung an § 28 PrVormO. zur Abwendung der Gefährdung des Kindes das Vormundschaftsgericht das Erziehungsrecht der Mutter einschränken oder ihr ganz entziehen. Ein Anlaß zu einem solchen Einschreiten liegt aber nicht schon dann vor,

wenn das Kind den ihm zukommenden Religionsunterricht erhält und die Mutter nur zum Empfange des sonstigen Schulunterrichts innerhalb der ihr durch § 33 Abs. 2 des Schulunterhaltungs-Gesetzes v. 28. Juli 1906 gezogenen Grenzen das Kind in eine Schule eines anderen Bekenntnisses schickt. Nach § 33 Abs. 2 aaO. ist den Eltern bei Einschulung ihrer Kinder ein Wahlrecht dann gegeben, wenn am Orte neben drei- und mehrklassigen Schulen des anderen Bekenntnisses nur einklassige Schulen des eigenen Bekenntnisses bestehen. Dahingestellt gelassen wird, ob auch bei dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 des erwähnten Gesetzes, wonach der Volksschulunterricht nunmehr grundsätzlich einen konfessionellen Charakter tragen soll, ebenso zu entscheiden sein würde.

2. OLG. **18** 281, R. **09** 411 (KG.). Ein Mißbrauch des Personensorgerechts und eine Gefährdung des geistigen Wohles des Kindes liegt darin, daß eine Witwe, entgegen der gesetzlichen Vorschrift, ihr Kind vor Vollendung seines 14. Lebensjahrs in einer anderen Religion als der des verstorbenen Vaters erziehen läßt und dabei geflissentlich die Anordnungen des Gerichts umgeht und die Mitwirkung des für die religiöse Erziehung des Kindes bestellten Beistandes vereitelt. Die zum Schutze des Kindes getroffene Anordnung des Vormundschaftsgerichts (Unterbringung bei dem zur unentgeltlichen Aufnahme bereiten Beistande) wird nicht ohne weiteres dadurch hinfällig, daß das Kind das 14. Lebensjahr vollendete, wohl aber, wenn dieses dann ohne Zwang von seinem religiösen Selbstbestimmungsrechte Gebrauch macht. Bis zu diesem Zeitpunkte kann immer noch der Schutz seines Bestimmungsrechts in Betracht kommen (OLG. **12** 331).

V. Unsittliches Verhalten. BayObLG. **9** 474, BayRpflZ. **09** 421 (Bay. ObLG.) Wenn auch eine im Auslande gegen das Verbot des § 1312 BGB. geschlossene Ehe nichtig ist, so ist doch das Zusammenleben der Ehegatten der nichtigen Ehe, solange die Ehe nicht für nichtig erklärt ist, als eheliche Lebensgemeinschaft im Sinne des § 1353 Abs. 1 BGB. anzusehen und läßt sich deshalb hieraus der Vorwurf unsittlichen Verhaltens im Sinne des § 1666 Abs. 1 nicht ableiten.

VI. Wirkung der Entziehung des Sorgerechts. KGJ. **37** A 13, RJA. **10** 94 (KG.). Wird dem Vater auf Grund des § 1666 die elterliche Gewalt (mit Einschluß der Vertretung) ganz oder teilweise entzogen, so tritt während des Bestehens der Ehe nicht etwa die Mutter an seine Stelle, da einer der Fälle der §§ 1684, 1685 nicht vorliegt, die Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt vielmehr auf einem rechtlichen Grunde beruht, sondern dem Kinde ist ein Vormund oder ein Pfleger zu bestellen, je nachdem dem Vater die Vertretung in den die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten oder nur die Vertretung in einer dieser Angelegenheiten entzogen ist (§§ 1773, 1909 BGB.). Diese Rechtsfolge kann durch anderweite Anordnungen des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 nicht ausgeschlossen werden. Die Übertragung des Personensorgerechts einschließlich der Vertretungsbefugnis auf die Mutter ist unzulässig, sofern die Mutter nicht als Pfleger bestellt wird. Die abweichende gelegentliche Bemerkung OLG. **6** 58 wird nicht aufrechterhalten. Anders verhält es sich, wenn das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB., ohne dem Vater das Vertretungsrecht zu nehmen, die tatsächliche Ausübung des Personensorgerechts in bestimmten Einzelbeziehungen einschränkt, wie beispielsweise durch die Anordnung, daß die Kinder während der Dauer des Ehescheidungsprozesses in der Obhut und Aufsicht der Mutter zu verbleiben haben.

VII. Kosten. BayObLG. **10** 359. Die Anordnung der Maßnahmen nach § 1666 erfolgt von Amts wegen. Demjenigen, durch dessen Anzeige das Verfahren veranlaßt ist, können die dadurch verursachten Kosten nicht auferlegt werden,

sondern sie fallen dem Minderjährigen zur Last, in dessen Angelegenheit sie entstanden sind (Art. 131 Abs.1 BayAGBGB.).

VIII. Maßregeln des Prozeßgerichts. WürttJ. **21** 14 (Stuttgart). Die Bestimmung des § 1666 schließt die Zulässigkeit von Zwangsmaßregeln des Prozeßgerichts nicht aus, insbesondere erfüllt die Weigerung des Vaters, sein Kind in einer bestimmten Religion erziehen zu lassen, nicht in jedem Falle die Voraussetzungen, unter denen nach § 1666 BGB. das Vormundschaftsgericht einschreiten kann.

B. **Fürsorgeerziehung** (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

I. Preußen.

Literatur: Köhne, DJZ. **09** 813, bespricht die JMVf. vom 24. Juni 1909 (JMBl. 231), die den Vormundschaftsgerichten Ermittelungen über den geistigen und körperlichen Gesundheitszustand des Minderjährigen zur Pflicht macht. — Statistik über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger (G. vom 2. Juli 1900) und über die Zwangserziehung Jugendlicher (§ 56 StGB.) für das Rechnungsjahr 1907. Bearbeitet im Kgl. preuß. Min. d. Innern. Berlin 1909.

1. Zuständigkeit. a) KGJ. **37** A 97, FürsZBl. **1** 70 (KG.). Zur Erlassung eines Beschlusses auf vorläufige Unterbringung auf Grund des § 5 FürsErzGs. ist neben der Zuständigkeit des ordentlichen Vormundschaftsgerichts (§§ 43, 36 FGG.) auch die Zuständigkeit desjenigen Gerichts begründet, in dessen Bezirke das Bedürfnis ihrer Anordnung hervortritt (§ 44 FGG.). — Vgl. preuß. MJ. v. 31. Mai 02 (MBl. i. V. **02** 100). **b)** SchlHolstAnz. **09** 126 (KG.). Auf die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Fürsorgeerziehungssachen finden die entsprechenden reichsgesetzlichen Vorschriften für Vormundschaftssachen (§§ 43, 44, 46 FGG.) Anwendung (KGJ. **24** A 32; **31** A 51). Hat das nach § 44 FGG. mit der vorläufigen Unterbringung des Minderjährigen befaßte Gericht die Sache weiter bearbeitet und hat das zuständige Gericht sich später hiermit einverstanden erklärt, so ist damit der Fall des § 46 Abs. 1 FGG. gegeben, ohne daß es einer ausdrücklichen Übernahme der Sache bedurft hätte.

2. Verhältnis zur Armenpflege. a) Die Entsch. des PrOVG. — JDR. **7** Ziff. VI 2 a zu § 1666 — auch OVG. **52** 185. **b)** Die Entsch. des KG. — JDR. **7** Ziff. VI 2 b zu § 1666 — auch RheinARB. **27** 2. **c)** Niese, PrVerwBl. **09** 318, findet die Unterscheidung des KG., wonach die Anordnung des § 1666 Abs. 1 Satz 1 auf die Verschaffung des Lebensunterhalts außerhalb des Elternhauses, die des Satz 2 auf die Herbeiführung einer anderweitigen Erziehung des Kindes gerichtet sei, willkürlich und gekünstelt, vielmehr hält er dafür, daß auch die Beschlüsse aus § 1666 Abs. 1 Satz 1 im letzten Grunde aus erziehlichen Gründen erlassen werden. Verf. bestreitet auch, daß die Vorschrift des § 1666 öffentlich-rechtlicher Natur sei, und meint nur, daß sie im öffentlichen Interesse (der Fürsorge für die heranwachsende Jugend) erlassen sei. **d)** BAH. (20. Febr. 09) **41** 75, FürsZBl. **1** 69, DJZ. **09** 1150, pflichtet dem PrOVG. (PrVerwBl. **29** 765) — JDR. **7** Ziff. VI 2 a — darin bei, daß ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der die Unterbringung eines Kindes in einer geeigneten Familie oder einer Anstalt anordnet, für den Armenverband insoweit, als er die Art der Unterbringung bestimmt, nicht verbindlich sei. Dagegen hat die Armenbehörde den Beschluß des Vormundschaftsgerichts insoweit gelten zu lassen, als er die Trennung des Kindes von den Eltern und in Verbindung damit dessen anderweitige Unterbringung anordnet, denn jede von einer Behörde in den Grenzen ihrer Zuständigkeit getroffene Anordnung ist von anderen Behörden, deren Geschäftsbereich durch die Anordnung berührt wird, zu beachten. Sind die Eltern zur Unterhaltung des Kindes außerhalb ihres Hauses unvermögend, so wird das selbst mittellose Kind im armenrechtlichen Sinne hilfsbedürftig (Entsch. **36** 54, **39** 32). Der

entgegengesetzten Auffassung des OVG. wird nicht zugestimmt, ebensowenig dessen Ansicht, daß ein auf Grund des § 1666 BGB. gefaßter Beschluß nichts anderes sei, als die Anordnung der Zwangserziehung, wenn auch beide Anordnungen zusammenfallen können.

3. Beschwerderecht. a) FürsZBl. **1** 10 (KG.). Dem Vater, dem das Personensorgerecht entzogen ist, steht nach § 4 Abs. 3, 4 FürsErzG. das Beschwerderecht in Fürsorgeerziehungssachen nicht zu. **b)** FürsZBl. **1** 165 (KG.). Der Mutter steht in Fürsorgeerziehungssachen das Recht der Beschwerde zu, wenn sie die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen hat, insbesondere, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1685 Abs. 1 BGB.). Zum Begriffe der Anhörung der Eltern (§ 4 Abs. 2 FürsErzG.) gehört, daß ihnen der Sachverhalt mitgeteilt wird und konkrete Fragen vorgelegt werden. Der von einer Hilfsperson eines Fürsorgevereins erstattete Bericht kann nur dann als ein zulässiges Erkenntnismittel in Betracht kommen, wenn ersichtlich ist, daß der Urheber des Berichts dem Gerichte gegenüber die Verantwortlichkeit für ihn übernehmen will.

4. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **§ 4.** KGJ. **37** A 91, R. **09** 183 (KG.). Eine Aussetzung des Hauptverfahrens in Fürsorgeerziehungssachen ist zwar nicht gegen den Willen des Antragsberechtigten, wohl aber gegen den Willen des Kommunalverbandes (§ 14) zulässig. Dieser hat aber ein Recht, durch die Beschwerdeinstanzen nachprüfen zu lassen, ob die Aussetzung sachlich gerechtfertigt ist. **b) § 5.** BAH. **41** 79. Die vorläufige Unterbringung behält, auch wenn die endgültige Überweisung zur Fürsorgeerziehung unterbleibt, die Eigenschaft einer polizeilichen Maßnahme. Die hierdurch erwachsenen Kosten sind nicht als solche der Armenpflege anzusehen. **c) § 13.** SchlHolstAnz. **09** 127 (KG.). Die widerrufliche Entlassung eines Fürsorgezöglinges (§ 13 FürsErzG.) kann nicht vom Vormundschaftsgerichte, sondern nur vom Kommunalverband angeordnet werden (vgl. KGJ. **24** A 37). **d) § 15.** α. **RG.** **70** 363, PosMSchr. **09** 57, R. **09** 335, JW. **09** 255, RheinARV. **27** 150. Die Vorschrift des § 15 Abs. 1 PrFürsErzG. bezieht sich auch auf den Fall einer vorläufigen Unterbringung des Minderjährigen, der sich die endgültige Überweisung zur Fürsorgeerziehung anschließt (§ 5). Aus der Vorschrift, daß der Provinzialverband für die Errichtung von Erziehungs- und Besserungsanstalten im Bezirke tunlichst zu sorgen hat, ist nicht zu entnehmen, daß er die ihm überwiesenen Zöglinge innerhalb der Grenzen seines Bezirkes unterbringen müsse. Dem Ortsarmenverbande sind im § 15 die Kosten der ersten Überführung des Zöglinges ohne jede territoriale Schranke auferlegt. β. **RG.** R. **09** 486, FürsZBl. **1** 155. Die Beitragspflicht des Staates (§ 15) erstreckt sich zwar nicht auf die Baukosten der bereits errichteten oder noch zu errichtenden Anstalten, wohl aber auf die Kosten, die durch die bauliche Unterhaltung der errichteten Anstalten den Kommunalverbänden erwachsen, auch wenn es sich dabei um Verbesserungen in den Einzelheiten der Einrichtungen handelt. (Einrichtung von Arrestzellen, Veränderung einer Abortanlage, Herstellung einer Fernsprecheinrichtung und die Abnahme solcher Einrichtungen.) **e) § 21.** α. R. **09** 453, DJZ. **09** 661 (KG.). Unter den Begriff der Entziehung aus der Fürsorgeerziehung (§ 21) fallen auch Handlungen, welche darauf gerichtet sind, daß die Entfernung aus der Anstalt usw. weiter fortdauere (KGJ. **23** C 67, **31** C 54). Auch Unterlassungen können eine Entziehung darstellen, wenn eine Rechtspflicht zur Herstellung des dem Gesetz entsprechenden Zustandes besteht oder der rechtswidrige Zustand durch den Täter aufrechterhalten wird (**RG.** [Straff.] **38** 125). Deshalb darf die Mutter eines unehelichen Kindes zufolge ihrer Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen (BGB. § 1707), die Mitwirkung bei der Durchführung obrigkeitlicher Anordnungen nicht versagen, sofern sie den Umständen nach möglich und

notwendig ist. β. **RG.** (Strafs.) PrVolksschulA. **8** 158, R. **09** 453. Für den Begriff des „vorsätzlichen Behilflichseins" im Sinne des § 21 FürsErzG. genügt, daß eine Förderung oder Erleichterung der begangenen Haupttat bezweckt und die dieserhalb vorgenommene Tätigkeit hierzu für dienlich gehalten wird, mag auch die geleistete Hilfe für die Vollendung der Haupttat nicht wesentlich notwendig sein. γ. **RG.** (Strafs.) **41** 354, R. **09** 115, PrVolksschulA. **8** 157. Die Rechtskraft eines die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses braucht nicht gegenüber sämtlichen Beteiligten (§ 4 Abs. 3 FürsErzG.) abgewartet zu werden, ehe die angeordnete Unterbringung zur Ausführung gebracht werden kann. Die Mutter des unehelichen Kindes kann sich daher gemäß § 21 des Gesetzes strafbar machen, auch wenn der Beschluß nur dem Kinde, nicht auch dem Vormunde zugestellt ist.

5. Züchtigungsrecht des Anstaltsleiters. **a)** Niese, FürsZBl. **1** 8, bejaht (entgegen dem LG. Itzehoe) das Züchtigungsrecht des Anstaltsleiters gegenüber Fürsorgezöglingen. **b)** Diefenbach, GruchotsBeitr. **54** 105, 127. Regelmäßig steht den Pflegeeltern und Anstaltsleitern ein Züchtigungsrecht gegen ihre Pflegekinder und Zöglinge zu, mögen die Kinder von den Eltern oder Vormündern oder vom Vormundschaftsgerichte nach § 1666 BGB. oder vom Staate auf Grund der Zwangserziehungsgesetze oder von den Armenverwaltungen den Pflegeeltern oder Anstalten übergeben worden sein. Aber auch wenn das Kind auf keine der erwähnten Arten in die Hände der Pflegeeltern gekommen ist, berechtigen die allgemeinen Bestimmungen des StGB. über Notwehr und des BGB. über Selbsthilfe die Pflegeeltern, Ungezogenheiten der Pflegekinder ihnen oder Dritten gegenüber mit dem Mittel körperlicher Züchtigung entgegenzutreten. — Vgl. auch zu § 1631. **c) RG.** (Strafs.) SchlHolstAnz. **09** 238, FürsZBl. **09** 190. Zu den angemessenen Zuchtmitteln im Sinne des § 1631 gehört auch die Vornahme körperlicher Züchtigung. Das PrFürsErzG. überträgt im § 9 das Erziehungsrecht zunächst dem verpflichteten Kommunalverbande, der darüber zu befinden hat, ob der vom Gesetz angestrebte Erziehungszweck im Wege der Familien- oder Anstaltserziehung zu verwirklichen ist. Im ersteren Falle geht die Erziehungsgewalt, soweit nicht ein anderes festgesetzt ist, auf den Familienvorstand, im zweiten Falle auf den Anstaltsleiter über, und zwar in beiden Fällen in gleichem Umfange. Wenn in **RG.** (Strafs.) **40** 91 dem Anstaltsleiter der Strafschutz aus § 235 StGB. versagt wird, so wird dadurch kein allgemeiner Grundsatz aufgestellt, der auch der Annahme des dem Anstaltsleiter zustehenden abgeleiteten Züchtigungsrechts entgegenstände. Ob die Anstaltserziehung in einer vom Kommunalverbande selbst eingerichteten, in einer unter Verwaltung des Staates oder einer Gemeindebehörde stehenden oder in einer Privaterziehungsanstalt erfolgt, kann keinen rechtlichen Unterschied begründen, desgleichen zieht die Dauer der Schulpflicht dem Rechte des Anstaltsleiters zur Vornahme körperlicher Züchtigung, da es nicht auf der Schulzucht beruht, keine Grenze. Das Lebensalter des Kindes kann von Bedeutung sein für die Entscheidung der Frage, ob die der Ausübung des Züchtigungsrechts gezogene Grenze innegehalten oder überschritten ist. Die Person desjenigen, der bei der Anstaltserziehung das Züchtigungsrecht gegenüber Fürsorgezöglingen auszuüben hat, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der kundgegebenen Willensmeinung des Kommunalverbandes, den Satzungen der Anstalt und dem Inhalte der geschlossenen Verträge. — Dazu PrMJ. v 29. Aug. 1909 (MBliV. 205).

II. Bayern.

Literatur: Schmelzer, FürsZBl. **1** 169, Die Zwangserziehung in Bayern. 1908

1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. VI B a u. b — auch BayObLG. **9** 34 u. 211.

2. a) BayObLG. **10** 131 (BayObLG.). Die Zwangserziehung soll als vorbeugende Maßregel angeordnet, mit ihr soll nicht zugewartet werden, bis eine Benachteiligung des Wohles des Kindes eingetreten ist. Es muß sich aber um die Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr handeln; die Befürchtung, daß das Wohl des Kindes in Zukunft gefährdet werden möchte, genügt nicht. **b)** BayObLG. **9** 662, BayRpflZ. **09** 133, SeuffBl. **09** 178, R. **09** Ziff. 284 (BayObLG.). Es fehlt der Annahme, daß es sich um die Verhütung des völligen sittlichen Verderbens eines Kindes i. S. des Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 G. v. 10. Mai 1902 handle, die sichere Grundlage, solange Zweifel darüber besteht, ob das beanstandete Verhalten des Kindes nicht etwa auf Geistesschwäche oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit beruht. **c)** BayObLG. **9** 156 (BayObLG.). Handelt es sich um die Zwangserziehung eines Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, so ist die Frage, ob ein besonderer Fall im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZwangsErzG. vorliege, auch dann zu prüfen, wenn angenommen wird, daß die Voraussetzung des Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zutrifft. **d)** BayObLG. **9** 623 (BayObLG.). Die Fortdauer der Zwangserziehung über das 18. Lebensjahr des Minderjährigen ist dann nicht als zwecklos anzusehen, wenn sie das einzige Mittel zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens des Minderjährigen ist. **e)** R. **09** Ziff. 1897 (BayObLG.). Die Unterbringung des Kindes in einer Armenanstalt zugleich mit der Mutter, der die Erziehung entzogen ist, macht die Zwangserziehung nicht gegenstandslos.

3. BayObLG. **10** 215 (BayObLG.). Der Umstand, daß die Mutter, der durch Anordnung der Zwangserziehung die Erziehung des Kindes entzogen worden ist, in eine Beschäftigungsanstalt aufgenommen und das Kind getrennt von ihr in ein Armenhaus untergebracht worden ist, bildet keinen Grund zur Aufhebung der Zwangserziehung. Die Zwangserziehung, die von einem bayerischen Vormundschaftsgerichte für ein nicht in Bayern heimatberechtigtes Kind angeordnet worden ist, kann durch die in Gemäßheit des § 1666 Abs. 1 BGB. zu treffende Anordnung, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung einer nichtbayerischen Behörde zu überweisen sei, nur ersetzt werden, wenn die Behörde, der die Erziehung überwiesen werden soll, bereit ist, sie zu übernehmen.

III. Sachsen.

Literatur: G. über die Fürsorgeerziehung v. 1. Febr 1909 (angezeigt DNotV. **09** 171, Überblick darüber R. **09** 303 und von Walter V. Lehmann, PrVerwBl. **09** 522.) — Becker, DJZ. **09** 352, Das G. über die Fürsorgeerziehung im Kgr. Sachsen. — Blase, Das Kgl. sächs. G. über die Fürsorgeerziehung. Leipzig 1909. — Käubler, Das Kgl. sächs. G. über die Fürsorgeerziehung v. 1. Febr. 1909 nebst AusfVO. v. 6. Mai 1909, Anleitung f. d. Verwaltungsbehörden v. 10. Juni 1909, JMVO. über die Fürsorgeerziehung v. 23. Juni 1909 mit allen Formularen. Dresden 1909. — Örtel, ZBlFG. **10** 305, Das Amt des Fürsorgers nach dem sächsischen Fürsorgegesetze. — Troitzsch, SächsRpflA. **09** 567, Die Fürsorgeerziehung nach dem sächs. G. v. 1. Febr. 1909.

BAH. **41** 54. Im Königreiche Sachsen gehört die Zwangserziehung zur Verhütung sittlicher Verwahrlosung nur bei Kindern im schulpflichtigen Alter zu den Aufgaben der Armenpflege.

IV. Hessen.

Literatur: Eckert, Die materiellen Voraussetzungen der Zwangserziehung nach hess. Rechte. Gießen 1909 (Diss.). — Wevers, FürsZBl. **1** 5: Erfahrungen und Wünsche auf dem Gebiete des FürsErzG.

Horch, HessRspr. **10** 64, 78, teilt einen Beschluß des Kreisausschusses Mainz v. 2. April 09 mit, worin ausgesprochen ist, daß eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts aus § 1666 BGB., das Kind unter Inanspruchnahme der öffentlichen Armenpflege in einer geeigneten Familie unterzubringen, für den Armenverband unverbindlich und der Kreisausschuß auch befugt sei, die angeordnete Maßregel auf ihre Zweckmäßigkeit nachzuprüfen. Verf. bekämpft eine solche Nachprüfungsbefugnis

der Verwaltungsbehörde, hält diese aber nicht an eine Anordnung, das Kind in einer bestimmten Familie unterzubringen, gebunden, will vielmehr die Auswahl der Stelle, wo das Kind unterzubringen sei, lediglich der Verwaltungsbehörde zuweisen.

V. Elsaß-Lothringen. ElsLothJZ. **09** 275 (Colmar). Der § 12 FGG. findet auch auf das im ElsLothAGBGB. geregelte Verfahren der öffentlichen Zwangserziehung (§§ 123 ff.) Anwendung. Die Zwangserziehung kann auch von Amts wegen angeordnet werden; § 14 AGBGB. enthält nur die Bestimmung, daß das Gericht vor jeder Entscheidung über die Anordnung oder Aufhebung der Zwangserziehung die Staatsanwaltschaft zu hören hat.

§ 1667. HessRspr. **10** 85 erörtert ein ungenannter Verfasser die Frage, wie weit im Rahmen des Gesetzes der Richter nach jetzigem Rechte einschreiten kann, wenn ihm amtlich bekannt wird, daß dem Kinde eine bare Summe zugefallen ist. Es wird empfohlen, dem Gewalthaber eine Mitteilung zugehen zu lassen, die ihm die Vorschrift des § 1642 und vielleicht auch die Folgen ihrer Nichtbeachtung bekannt macht. Im übrigen wird eine möglichst weitgehende Auslegung derjenigen Vorschriften, die ein richterliches Einschreiten zulassen, zugunsten eines wirksamen Schutzes der Kindesinteressen für angezeigt erachtet. Gegen SeuffA. **60** Nr. 152 wird geltend gemacht, daß ein Gewalthaber, der in mißlicher Vermögenslage die Überlassung des seinem Kinde angefallenen Erbteils beantragt, schon dadurch den Willen, das Kindesvermögen an sich zu ziehen, bekundet, ohne daß er dessen sichere und rechtzeitige Rückzahlung verbürgen kann. Für den Fall, daß dem Kinde ein Pflichtteilsanspruch gegen den Gewalthaber erwachsen ist, wird empfohlen, dem Gewalthaber alsbald die Vertretung des Kindes gemäß § 1630 Abs. 2 zu entziehen und einen Pfleger zur Entscheidung zu bestellen.

§§ 1668, 1670. BayObLG. **10** 390, BayRpflZ. **09** 437 (BayObLG.). Das Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 8 FGG. erstreckt sich auch auf eine der in den §§ 1668, 1670 BGB. bezeichneten Maßregeln, weil auch diese Maßregeln zu den Schutzmitteln gehören, die das Vormundschaftsgericht nach Abs. 1 des § 1667 zur Abwendung einer Vermögensgefährdung des Kindes vorzukehren hat.

§ 1673. R. **1910** Ziff. 97 (BayObLG.). Die Anhörung nach Abs. 2 kann unterbleiben, wenn das ohnehin schon verzögerte Verfahren dadurch noch weiter aufgehalten würde.

§ 1677. KGJ. **37** A 48, SeuffBl. **09** 318 (KG.). Der Umstand, daß ein Vater seit Jahren die elterliche Gewalt nicht ausgeübt, auch den Vorladungen vor das Amtsgericht nicht Folge geleistet hat, kann wohl die Annahme rechtfertigen, daß er die ihm als dem Inhaber der elterlichen Gewalt obliegenden Pflichten vernachlässige oder verletze und daß er die elterliche Gewalt tatsächlich nicht ausübe oder nicht ausüben wolle (so daß vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen etwa auf Grund des § 1666 BGB. erforderlich sein könnten); aus diesen Umständen kann aber keinesfalls entnommen werden, daß er die elterliche Gewalt nicht ausüben könne, an ihrer Ausübung tatsächlich verhindert sei. Ein Streit aber darüber, ob der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert sei, ist nach der Beendigung der elterlichen Gewalt, insbesondere nachdem das Kind für volljährig erklärt ist, gegenstandslos und eine weitere Beschwerde, die diesen Streit zum Gegenstande hat, kann nicht zugelassen werden. Ebensowenig könnte die rechtskräftig ausgesprochene Volljährigkeitserklärung dadurch in Frage gestellt werden, daß die Feststellung des Ruhens der elterlichen Gewalt nachträglich aufgehoben würde.

§ 1681. Literatur: Junghanns, Wirkungen der Eheschließung einer Minderjährigen auf die Sorge für ihr Vermögen für den Fall des gesetzlichen Güterrechts, SächsRpflA. **09** 187.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1685. 1. RG. (Straff.) DJZ. **09** 147 bejaht eine tatsächliche Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt, wenn er sich 6 Jahre im Zuchthause befindet, und die daraus folgende Berechtigung der Mutter, für die verletzte Tochter einen Strafantrag zu stellen.

2. HansGZ. **09** Beibl. 45 (Hamburg). Eine Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt liegt nicht vor, wenn der Vater über See geht und für die Zeit seiner Abwesenheit durch die Unterbringung der Kinder genügende Sorge für die Erziehung und Beaufsichtigung der Kinder getroffen hat, von seinen Seereisen auch immer wieder nach seinem Wohnort zurückkehrt und sich alsdann um das Ergehen der Kinder bekümmern kann. In HansGZ. **05** Beibl. 53 handelte es sich um einen Fall der dauernden Abwesenheit im fernen Auslande.

§ 1690. HansGZ. **09** 249 (Hamburg). Der Umstand, daß der Mutter bei der Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder ein Beistand zugeordnet ist, rechtfertigt nicht die Anordnung, die Sparkassenbücher der Kinder mit dem Sperrvermerke (daß zur Abhebung des Guthabens die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei) zu versehen. Auch ein Vermerk, daß zur Abhebung des mehr als 300 M. betragenden Guthabens die Genehmigung des Beistandes (BGB. §§ 1812, 1813) erforderlich sei, ist nur im Falle gegründeter Besorgnis einer Pflichtverletzung der Mutter zu fordern (§ 1667).

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Literatur: v. Horix, Kann die durch Vergleich übernommene Unterhaltsrente nachträglich bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse erhöht werden, auch wenn kein Vorbehalt gemacht wurde? BayRpflZ. **09** 207. — Hörle, Die Abgabe der Erklärungen nach § 1706 Abs. 2 BGB., HessRspr. **10** 39. — Zwitzers, Die Beerdigungskosten der an den Folgen der Entbindung verstorbenen unehelichen Mutter, R. **09** 542.

§ 1706. Hörle. Der Formvorschrift des § 1706 Abs. 2 ist Genüge geschehen: 1. wenn die dort bezeichneten Personen die Erklärung eigenhändig unterschreiben und die Unterschriften von einem Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Ortsgerichtsvorsteher beglaubigen lassen, oder 2. wenn die Erklärungen nach § 128 BGB. gerichtlich oder notariell beurkundet sind, oder 3. wenn der Gerichtsschreiber oder Ortsgerichtsvorsteher die Erklärungen in öffentlich beglaubigter Form aufnimmt. Die Erklärungen müssen bei der zuständigen Behörde eingereicht werden. — Die Erteilung des Namens, sowie die damit verbundene Namensänderung tritt von selbst in dem Zeitpunkt ein, in dem die Erklärung des Ehemanns mit den Einwilligungserklärungen des Kindes und seiner Mutter der zuständigen Behörde zugeht, ohne daß es einer Mitwirkung dieser Behörde bedarf. Das Zugehen richtet sich nach § 130 Abs. 3 BGB.

§ 1707. 1. FrankfRundsch. **43** 28 (KG.). Die uneheliche Mutter, der die Sorge für die Person des Kindes obliegt, hat die Pflicht, sofern obrigkeitliche Anordnungen über die Erziehung des Kindes getroffen sind, bei deren Durchführung mitzuwirken, wenn dies den Umständen nach möglich oder notwendig ist.

2. DJZ. **09** 661, PrVolksschulA. 8 253 (KG., Straff.). Zu der Sorge für die Person, welche der unehelichen Mutter obliegt, gehört auch, wenn obrigkeitliche Anordnungen über die Erziehung des Sohnes getroffen werden (Fürsorgeerziehung), die Mitwirkung bei der Durchführung dieser Anordnungen, sofern sie den Umständen nach möglich und notwendig ist.

3. OLG. **18** 305 Anm., KGJ. **36** A 43 (KG.). Hat der Vormund eines unehelichen Kindes, der, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes hat, das Kind mit Zustimmung der Mutter in seine Pflege genommen, so kann im Bedürfnisfalle dem Kinde zur Überwachung der Verpflegung bei dem Vormund ein Pfleger bestellt werden. Ein Bedürfnis hierzu kann insbesondere

daraus entnommen werden, daß Bedenken gegen die Verpflegung des Kindes durch den Vormund vorliegen.

§ 1708. 1. RheinA. **106** I 15 (Düsseldorf). Zusammentreffen von Ansprüchen ehelicher und unehelicher Kinder. In der Rechtslehre herrscht die Ansicht vor, daß, wenn der regelmäßige Unterhaltsanspruch eines unehelichen Kindes mit den Unterhaltsansprüchen der Frau und der ehelichen Kinder des unehelichen Vaters zusammentreffen, und letzterer außerstande ist, alle Ansprüche zu befriedigen, der § 1609 nicht anwendbar sei und der unterhaltspflichtige Vater daher das uneheliche Kind unterhalten müsse, ohne Rücksicht darauf, ob ihm für den Unterhalt seiner Frau und seiner ehelichen Kinder etwas übrig bleibe. Aber die volle praktische Durchführung eines solchen Grundsatzes hat das Gesetz nicht gewollt, wie sich aus § 4 a LohnBG. ergibt. Wenn daher auch nach der herrschenden Ansicht bei der Verurteilung zur Unterhaltsgewährung aus § 1708 Abs. 1 die Leistungsfähigkeit des Vaters des unehelichen Kindes und insbesondere seine Unterhaltsverpflichtung gegen seine Frau und seine ehelichen Kinder außer Betracht zu bleiben hat, so findet die Realisierung der Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes doch ihre Schranke an dem Unterhaltsanspruche der ehelichen Kinder und der Frau seines Vaters. Daraus folgt, daß es praktisch nicht angängig ist, bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Vaters die Unterhaltsforderung des unehelichen Kindes zum vollen Betrag einzurechnen und zu sagen, nach Abzug dieses Unterhaltsbeitrags könne der Beklagte der Klägerin nichts mehr abgeben. — Vgl. dazu Anm. S. 17.

2. RheinARV. **27** 199. RheinA. **106** I 204 (Köln, Straff.). § 361 Ziff. 10 StGB. trifft auch den Vater eines unehelichen Kindes. Vgl. auch JDR. **7** § 1708 Ziff. 2. — GoltdA. **56** 107 (Dresden). § 361 Ziff. 10 StGB. richtet sich auch gegen außereheliche Väter.

3. Strauß, JW. **09** 646. Um die uneheliche Mutter im Alimentationsprozesse des Kindes gegen den unehelichen Vater auftreten lassen zu können, ist zu empfehlen, daß ihr die Vertretung des Kindes im Prozesse gegen den angeblichen Vater gemäß § 1796 BGB. entzogen werde.

§ 1710. v. Horix. Die durch Vergleich übernommene Unterhaltsrente kann bei wesentlcher Veränderung der Verhältnisse nachträglich erhöht werden, auch wenn bei dem Abkommen kein entsprechender Vorbehalt gemacht worden ist.

§ 1715. Zwitzers, R. **09** 542. Die Rücksichtnahme auf den Willen (Zweckgedanken) des Gesetzes erfordert und der Willensausdruck (Wortlaut) ermöglicht es, auch die Kosten der Beerdigung der an den Folgen der Entbindung verstorbenen unehelichen Mutter unter die vom Vater zu erstattenden „weiteren Aufwendungen" zu begreifen.

§ 1717. 1. Traumann, R. **09** 761 ff. Der nach § 1717 als Erzeuger in Anspruch genommene Beklagte kann sich auf die durch einen anderen Mann innerhalb der Empfängniszeit vorgenommene künstliche Befruchtung der Mutter berufen.

2. R. **09** 3092 (Frankfurt). Die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters kann nur auf eine innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit erfolgte Beiwohnung gestützt werden; der Nachweis einer längeren Empfängniszeit ist ausgeschlossen.

3. Kirchner, R. **09** 399. Die negative Feststellungsklage des als Vater des unehelichen Kindes in Anspruch Genommenen gehört, ohne Rücksicht auf den vom Gerichte gemäß § 10 GKG. festgesetzten Wert, vor das Amtsgericht.

§ 1718. BayObLG., BayObLG. **10** 44, SeuffBl. **09** 392 (s. u. § 1720 Ziff. 1). Die Anerkennung eines unehelichen Kindes ist die rechtsgeschäftliche Kundgabe des Willens, daß das Kind als von dem Anerkennenden abstammend gelten soll. Das Bürgerliche Gesetzbuch legt ihr aber, auch wenn der Anerkennende der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, und es nicht den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß sie das Kind von ihm empfangen hat, nicht die Bedeutung einer

Feststellung der Abstammung des Kindes im Sinne des § 1310 Abs. 3 bei, sondern verbindet mit der in Gemäßheit des § 1718 beurkundeten Anerkennung nur die Wirkung, daß der Anerkennende sich gegenüber den in den §§ 1708—1716 bestimmten Ansprüchen nicht darauf berufen kann, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat. Haben innerhalb dieser Zeit mehrere der Mutter beigewohnt und ist es bei keinem von ihnen den Umständen nach offenbar unmöglich, daß sie das Kind von ihm empfangen hat, so kann jeder sich für den Vater halten und jeder das Kind mit der im § 1718 bestimmten Wirkung anerkennen. Es besteht kein Rechtssatz des Inhalts, daß das Kind in solchem Falle als Kind desjenigen gilt, der es zuerst anerkannt oder dessen Anerkennung zuerst im Geburtsregister vermerkt wird. Nach § 25 PStG. ist daher im Falle mehrfacher Anerkennung jede Anerkennung einzutragen. Jede kann als Behelf für die Feststellung der Abstammung des Kindes in Betracht kommen, jede kann insbesondere dadurch von Bedeutung werden, daß der Anerkennende in der Folge die Mutter heiratet. Eine mit der Beweiskraft des § 15 des PStG. ausgestattete Feststellung der Abstammung des unehelichen Kindes vom Vater gibt es ebensowenig, wie die uneheliche Vaterschaft nach § 644 ZPO. im Rechtsstreite mit Wirkung für und gegen alle festgestellt werden kann.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Literatur: Grohmann, Verwechselung von Vaterschaftsanerkennung und Namenserteilung; Form der Berichtigung des Fehlers. SächsRpflA. **09** 129—132.

§ 1720. 1. BayObLG. **10** 44, SeuffBl. **09** 392 (BayObLG.). Ein Rechtssatz des Inhalts, daß die im § 1720 Abs. 2 bestimmte Vermutung ausgeschlossen ist, wenn das für die Anordnung einer Berichtigung des Standesregisters zuständige Gericht festgestellt hat, daß der Beweis des Gegenteils erbracht ist, besteht nicht.

2. Grohmann. Die Bestimmung des § 1596 ist nicht entsprechend anwendbar auf Anfechtungen anderer Art, namentlich nicht auf eine irrtümliche Vaterschaftsanerkennung seitens eines Ehemanns im Sinne des § 1720 Abs. 2. Anlaß zu der Sonderbestimmung des § 1596 ist, daß sich die darin behandelte Anfechtung nicht auf ein Rechtsgeschäft, eine Willenserklärung, bezieht, sondern auf eine Tatsache, auf die Geburt eines Kindes innerhalb gewisser Zeit und die vom Gesetze daran geknüpfte Rechtsvermutung. Die Anfechtung einer irrtümlichen Vaterschaftserklärung nach § 1720 Abs. 2 aber ist die Anfechtung einer Willenserklärung, eines einseitigen Rechtsgeschäfts und unterliegt als solche den allgemeinen Vorschriften der §§ 119, 121, 143 BGB. Sie erfolgt also durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, mitunter gegenüber der Behörde (§ 143 Abs. 4). Klage ist nur nötig, wenn irgendein Beteiligter obige Anfechtungserklärung oder ihre rechtlichen Folgen nicht gelten lassen will.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

§§ 1741 ff. Hassenstein, PosMSchr. **09** 153. Zur Behandlung von Gesuchen und Verträgen betreffend Annahme an Kindesstatt, insbesondere von Anträgen auf Dispensation von dem Alterserfordernisse des Annehmenden.

§ 1741. OLG. **18** 283 (KG.). Ist der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eine im Vertrage nicht berücksichtigte Bedingung zugefügt, so ist der Annahmevertrag nicht wirksam abgeschlossen.

§ 1744. OLG. **18** 282 (KG.) s. JDR. **7** § 1744.

§ 1745. OLG. **18** 292 (KG.). Wird die Befreiung von dem Alter nachträglich erteilt, so ist der vorher abgeschlossene Annahmevertrag voll wirksam, gleich als ob der Annehmende das erforderliche Alter besäße.

§ 1756. R. **09** Ziff. 1529. Ein Annahmevertrag, der für ein noch nicht 14 Jahre altes Kind von dessen gesetzlichem Vertreter abgeschlossen, aber vom Vormundschaftsgerichte nicht rechtswirksam genehmigt ist, ist trotz erfolgter Bestätigung nicht wirksam. In den Adoptionsvertrag dürfen keine Bestimmungen aufgenommen werden, durch welche den Adoptiveltern die ihnen zukommende Verwaltung des Vermögens des Adoptivkindes entzogen oder eingeschränkt wird. Die Zufügung solcher Abmachung macht den Adoptionsvertrag unwirksam. Ist ein Annahmevertrag vor der gesetzlich notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bestätigt worden, so bemißt sich seine Wirkung nach den Grundsätzen der §§ 1829, 1830 BGB.

§ 1757. PrOVG. **54** 22 (PrOVG.). Durch § 1757 ist die Gleichstellung des Adoptivkindes mit dem leiblichen Kinde in privatrechtlicher Beziehung angeordnet. Wenn aber nach einer Steuerordnung der Erwerb von Grundstücken zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie steuerfrei bleibt, so sind unter Verwandten nur solche Personen zu verstehen, deren eine von der anderen abstammt, dagegen nicht Personen, von denen eine die andere an Kindesstatt angenommen hat.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen: Fuchs, Vormundschaftsrecht (Bd. 4 Abt. 3 des Kommentars zum BGB., herausgegeben von Hölder, Schollmeyer usw.). München 1909. — Hallbauer u. Thieme-Garmann, Das Deutsche Vormundschaftsrecht. Ein Leitfaden durch das Vormundschaftsrecht und ein Hilfsbuch für Vormünder. Leipzig 1909. — Herold, Winke für die Praxis, SächsRpflA. **09** 27, 52, 77, 101, 124, 174, 222, 246.

2. Ausländisches Vormundschaftsrecht: Klibanski, ZVlFG. **10** 321. Rußland. Vormundschaftsrecht und die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (A. Das russische Recht; B. Das Königreich Polen; C. Die Ostseeprovinzen [Kurland, Estland, Livland]; D. Finnland). — Sieveking, ZVlFG. **10** 24. I. Vereinigte Staaten aaO. 26; II. Dänemark aaO. 153; III. Italien aaO. 205; IV. Die Schweiz aaO. 289.

3. Berufsvormundschaft: Altmann, SeufBl. **09** 552, stellt zur Erwägung, ob nicht die Vormundschaftsgerichte als solche imstande wären, selber „berufsvormundschaftliche" Tätigkeit auszuüben, und empfiehlt ferner hinsichtlich der Beitreibung der Alimente eine Verbindung des Vormundschaftsgerichts mit dem Vollstreckungsgerichte. — Landsberg, R. **09** 57, General- oder Einzelvormundschaft? — Meckbach, PosMSchr. **09** 1, Zur Frage der Berufsvormundschaft. — Samter, FürsZBl. **1** 4, Aus der Praxis der Berufsvormundschaft. — Schloßmann u. Marie Baum, R. **09** 95, Einzel-, Berufs-, General- und Sammelvormundschaft.

4. Jugendgerichte. Über dieses Thema ist eine umfangreiche Literatur erschienen, aus der folgende Veröffentlichungen hervorzuheben sind: Ermel, DJZ. **09** 634, Zur Ausgestaltung der Waisenpflege. — Grabowski, FürsZBl. **1** 159, Die Notwendigkeit des Jugendgerichts (bekämpft die von Saar in den „Mitteilungen des bayerischen Richtervereins" und in der „Deutschen Richterzeitung" erhobenen Bedenken). — Galli, R. **09** 17, Jugendgerichte. Bemerkungen zu dem Entwurfe einer StPO. und Novelle zum GVG. — Hümmer, SeuffBl. **04** 160, Zum bayerischen Jugendstrafverfahren. — Janisch, BayNotZ. **09** 159, Der erste Jugendgerichtshof Deutschlands in Frankfurt a. M. — Köhne, R. **09** 22, Strafverfahren gegen Jugendliche. — Ders., DJZ. **09** 361, Die Tätigkeit des Jugendgerichts Berlin-Mitte im Jahre 1908. — Ders., DJZ. **09** 1323, bespricht die preuß. JMVf. v. 22. Sept. 1909 (JMBl. 335) — abgedruckt auch FürsZBl. **1** 164 — über die Jugendgerichte. — Kriegsmann, FürsZBl. **1** 145, Das Strafverfahren gegen Jugendliche in den Strafprozeßentwürfen. — Marcus, ZVlFG. **9** 689, Jugendgericht und Verfahren gegen Jugendliche nach dem Entwurf einer StPO. und Novelle zum GVG. v. 1. Sept. 1908. — Petersen, FürsZBl. **1** 2, Gemeindewaisenrat und Jugendgericht. — Riß, SeuffBl. **09** 170, Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfe. — Berichte über den ersten deutschen Jugendgerichtstag in SeuffBl. **09** 308 u. ÖstGZ. **09** 161. — Der Pflege der Jugendgerichte im besonderen ist gewidmet das neugegründete ZBl. für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung. Organ des Archivs deutscher Berufsvormünder und des Allgemeinen Fürsorgeerziehungstags. Herausgegeben von Dr. Adolf Grabowsky und Dr. Franz Recke. Berlin. Carl Heymann.

§§ 1773 ff. RJA. **10** 1, BöhmsZ. **19** 226 (KG.). Wenn der 3. Abschn. des 4. Buches des BGB. die Überschrift „Vormundschaft" trägt, so handelt es sich dort um das eigentliche Vormundschaftsrecht, welches die Fürsorge für Schutzbedürftige durch Vormundschaften und Pflegschaften zum Gegenstande hat, im Gegensatze zu einer Reihe anderer in das Gebiet der Verwaltungsjustiz einschlagender Angelegenheiten, die nicht in den Kreis der eigentlichen Vormundschaftssachen fallen, aber aus Zweckmäßigkeitsgründen von den Vormundschaftsgerichten behandelt werden sollen (vgl. die Zusammenstellung bei Josef, Lehrb. 286).

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

§ 1773. Gesetzliche Vormundschaft. DJZ. **09** 437 (KG.). Die Vorschrift in Art. 78 PrAGBGB. bezieht sich auch auf diejenigen städtischen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, für die besondere, von dem Magistrat auf Grund des § 56 Nr. 3 StädteO. v. 30. Mai 1853 zu beaufsichtigende Verwaltungen eingesetzt sind.

§ 1775. DJZ. **09** 216 (BayObLG.). Die Anwendung des § 36 Abs. 1 Satz 2 FGG. setzt voraus, daß die Geschwister zu der Zeit, zu der neuerdings die Anordnung einer Vormundschaft über eines von ihnen erforderlich wird, ihren Wohnsitz in den Bezirken verschiedener Vormundschaftsgerichte haben.

§ 1778. OLG. **18** 289 (KG.). Bei der Entscheidung der Frage, ob durch die Bestellung des Großvaters von väterlicher Seite das persönliche Interesse des Mündels gefährdet werde, durfte sehr wohl auch das Verhältnis seiner Mutter zu der Familie, aus der der Vater hervorgegangen ist, berücksichtigt werden. Wenn der Mündel plötzlich in eine Familie eingeführt werden soll, von der sich seine Mutter absichtlich ferngehalten hat, so kann namentlich bei einem kränklichen und schwächlichen Kinde ein ernster Konflikt mit dem Andenken an seine abgeschiedene Mutter in seinem Gemüte hervorgerufen werden. Was das Vermögensinteresse betrifft, so braucht, um die Übergehung des gesetzlich zur Vormundschaft Berufenen zu rechtfertigen, nicht eine unmittelbare Gefahr für das Mündelvermögen vorzuliegen, es genügt die nahe Besorgnis einer künftigen Gefährdung bei weniger günstigem Geschäftsgange.

§ 1779. 1. OLG. **18** 303 (KG.) wie OLG. **17** 362 (KG.), JDR. **7** Ziff. 2 zu § 1779. Wegen des Beschwerderechts des Gemeindewaisenrats über die Nichtbestellung eines von ihm vorgeschlagenen Vormundes.

2. BadRpr. **08** 280, R. **09** Ziff. 285 (Karlsruhe). Auf Nichtausübung des dem Vormundschaftsgerichte nach § 1779 zustehenden Ermessens kann die weitere Beschwerde (§ 27 FGG.) nicht gestützt werden.

3. BadRpr. **10** 2 (Karlsruhe). Auf die Wirksamkeit der Bestellung des Vormundes ist die Nichtbeachtung der Vorschrift des § 1779 Abs. 2 Satz 2 ohne Einfluß, das Vormundschaftsgericht hat aber in diesem Falle nachzuprüfen, ob die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses das Wohl des Mündels gefährdet und ob Anlaß zu einer Maßregel nach § 1801 gegeben sei oder gar Anlaß und eine gesetzliche Grundlage zur Entlassung des Vormundes (§ 1886) bestehen dürfte.

§ 1784. BraunschwZ. **09** 74 (Braunschw., Plenarbericht). Notare bedürfen zur Übernahme von Vormundschaften oder Pflegschaften nach braunschw. Landesrechte keiner Genehmigung oder Erlaubnis; § 99 BraunschwAGBGB. vom 12. Juni 1899, wonach für Staatsbeamte eine solche Erlaubnis der vorgesetzten Behörde vorgeschrieben, bezieht sich auf die Notare nicht.

§ 1789. Sauermann, DJZ. **09** 356, empfiehlt an Stelle des nur noch symbolischen Verpflichtungsakts mittels Handschlags an Eidesstatt eine Be-

stimmung, daß der Vormund zur Erfüllung seiner Pflichten sich schriftlich verpflichte. Zugleich wird empfohlen, in die Bestallung des Vormundes eine schriftliche Belehrung über seine Rechte und Pflichten aufzunehmen, wie früher in Preußen und jetzt in Sachsen üblich, und ferner einen Fragebogen nach österreichischem Muster einzuführen.

§ 1791. Literatur: Rohmeder, Die Bestallung des Vormundes und die Anweisung zur Führung des Waisenratsamts, BayRpflZ. **09** 20 (macht auf einige Ungenauigkeiten in den Bayr. Formularen aufmerksam).

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist zu diesem Abschnitte die Entsch. **RG.** (VerZS.) **71** 162, welche die bekannte Streitfrage, ob derselbe Vormund (oder Pfleger) mehrere bei einem Rechtsgeschäfte beteiligte Mündel vertreten könne, verneint, indem das Vormundschaftsgericht nicht für berechtigt erachtet wird, den Vormund (oder Pfleger) zu ermächtigen, im Namen des einen Mündels mit sich selbst als dem Vertreter des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Es verbleibt also auch fernerhin bei der als Mißstand empfundenen Pflegerhäufung und eine Abhilfe wird nur im Wege der Gesetzgebung zu erzielen sein. — Zur Auslegung der §§ 1835, 1836 ist eine Reihe bemerkenswerter Entscheidungen ergangen.

§ 1793. SeuffA. **64** 346 (Dresden). Für die Erfüllung der Verpflichtung zur Beleuchtung eines Grundstücks haften Minderjährige nicht, wenn die Verletzung dieser Verpflichtung ihren gesetzlichen Vertretern zur Last fällt. Die aquilische Haftung einer natürlichen Person setzt — abgesehen von den Fällen des § 829 BGB. — stets ein eigenes Verschulden voraus.

§ 1795. Literatur: Pieper, DJZ. **09** 78 — gegen v. Blödau, DJZ. **08** 1103, JDR. **7** zu § 1795 — schlägt vor, um dem Mißstande der Pflegerhäufungen bei Erbauseinandersetzungen zu begegnen, einen Pfleger der Gesamtheit der minderjährigen Geschwister zu bestellen und nach deren Auseinandersetzung mit dem parens einen zweiten Pfleger der Reihe nach dem jeweils aus der Gesamtheit austretenden Minderjährigen zu bestellen, damit dieser sich mit dem jeweils verbleibenden Reste der Geschwister auseinandersetze. — Demgegenüber empfiehlt Marcus, DNotV. **09** 168, für die minderjährigen Kinder nur einen Pfleger zu bestellen, der die Anteile aller seiner Pflegebefohlenen an dem Nachlasse des Erblassers (nach § 2033 BGB.) an den Elternteil übertrage, wodurch zugleich bei Nachlaßgrundstücken die Auflassung erspart werde (ZBlFG. **3** 699, **9** 172).

I. Notwendigkeit der Pflegerbestellung. 1. Die Entscheidungen des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. I 2 zu § 1795 — auch BayObLG. **9** 126, JDR. **7** Ziff. I 3 zu § 1795 — auch BayObLG. **9** 459, DJZ. **09** 1153.

2. **a)** Frese, ZBlFG. **10** 316, wendet sich gegen **RG. 67** 61 („So viel Kinder, so viel Teilungspfleger") — JDR. **6** Ziff. 1b zu § 1795 — mit der Begründung, daß aus dem Rechte und der Pflicht des Vormundschaftsgerichts, in jedem einzelnen Falle den Inhalt und Umfang der Befugnisse des Teilungspflegers zu bestimmen, auch dessen Recht folgt, den Pfleger in der Weise zu bestellen, daß er nicht nur die Gesamtinteressen der Kinder gegenüber dem Gewalthaber, sondern auch die Einzelinteressen der Kinder im Verhältnisse zueinander wahrzunehmen habe. **b)** Kleinschmidt, HessRspr. **9** 174, hält es für gangbar, daß das Gericht durch Erklärung gegenüber dem Pfleger diesen von dem Regelverbote des Selbstkontrahierens befreit.

3. **RG.** (VerZS.) **71** 162, SchlHolstAnz. **09** 347, DNotV. **10** 71, RJA. **10** 88. Das Vormundschaftsgericht kann einen für mehrere Mündel bestellten Vormund (oder Pfleger) nicht ermächtigen, unter Abweichung von der Regel des § 181 BGB. im Namen des einen Mündels mit sich selbst als dem Vertreter des anderen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. Eine solche Ermächtigung könnte nur in Frage kommen, wenn das Gesetz dies bestimmte, dies ist nur in einzelnen Fällen (§§ 1844, 1666, 1838 ff.) vorgesehen, kann aber aus § 1846 nicht hergeleitet werden, da diese

Gesetzesstelle nur eilige Fälle im Auge hat, bei denen eine außerordentliche Fürsorge für die Mündel erforderlich ist, was bei Erbauseinandersetzungen nicht zutrifft. Bei einer entgegenstehenden Auffassung würde auch eine offenbare Unstimmigkeit zwischen § 181 oder § 1795 bestehen, denn es würde dann dem Vormunde nach § 181 die Vornahme von Geschäften zwischen sich selbst und dem Mündel gestattet sein, die gleiche Gestattung aber nach § 1795 für die Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen der Ehefrau oder gewissen Verwandten des Vormundes einerseits und dem Mündel andererseits nicht Platz greifen können. Übrigens gilt auch für rechtsgeschäftliche Handlungen des Vormundschaftsgerichts die Vorschrift des § 181, und ebensowenig als das Vormundschaftsgericht dieser Vorschrift zuwider für die mehreren Mündel untereinander ein Rechtsgeschäft abschließen kann, ebensowenig kann es die Vornahme einem anderen Vertreter rechtsgeschäftlich (durch Vollmacht) gestatten. Daher ist der Entsch. **RG. 67** 61 — JDR. **7** Ziff. I 1 zu § 1795 — zugestimmt worden.

4. Vgl. auch unten **RG.** Ziff. 2 zu §§ 1821 ff.

II. Abs. 1 Nr. 1. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. II zu § 1795 — auch BayObLG. **9** 413, SeuffA. **64** 73, DJZ. **09** 775, WürttZ. **09** 42.

2. KGBl. **09** 41 (KG.). Die Abgabe der Erklärung, namens der Mündel die Erbschaft anzutreten, enthält nicht die Vornahme eines Rechtsgeschäfts i. S. des § 1795 gegenüber dem Vormunde selbst, sondern sie erfolgt dem Nachlaßgerichte gegenüber, um den Eintritt der aus der Annahme der Erbschaft sich ergebenden gesetzlichen Wirkungen herbeizuführen.

3. PosMSchr. **09** 78 (Königsberg). Die Ermächtigung des § 113 BGB. bezieht sich nicht auf einen Dienst- oder Arbeitsvertrag, den der Vormund mit seinem Mündel abschließen will, vielmehr hat in einem solchen Falle ein Pfleger für den Mündel einzutreten (BGB. § 1909).

III. Abs. 2. 1. OLG. **18** 305 (KG.). Aus § 1795 folgt nicht, daß immer, wenn ein Dritter behauptet, ein Mündel habe einen Anspruch gegen seinen gesetzlichen Vertreter, dem Mündel zur Geltendmachung dieses Anspruchs ein Pfleger zu bestellen sei. Denn vor der Erhebung der Klage ist zu entscheiden, ob sie erhoben werden soll. Diese Entscheidung ist kein Teil des Rechtsstreits und kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 181 BGB. An ihr ist der gesetzliche Vertreter nur dann verhindert, wenn ihm gemäß § 1796 die Vertretung in dieser Hinsicht entzogen ist, weil sein Interesse zu dem des Mündels in erheblichem Gegensatze steht (KGJ. **31** A 10). Ein solcher Gegensatz wird regelmäßig bestehen, wenn der Anspruch begründet ist und der gesetzliche Vertreter ihn nicht befriedigt. Er wird nicht bestehen, wenn der gesetzliche Vertreter ihn anerkennt und erfüllt, wozu er nach § 181 BGB. befähigt ist.

2. a) Hafner, ZBlFG. **10** 213, hält den § 181 BGB. für nicht anwendbar, das Rechtsgeschäft vielmehr für wirksam, wenn für die Auseinandersetzung eines Nachlasses, an dem als Erben ein Minderjähriger und dessen Vormund beteiligt sind, der Vormund in seiner Eigenschaft als Miterbe einen Dritten zu seiner Vertretung bevollmächtigt und bei dem Erbteilungsvertrage selbst nur in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen mitwirkt. — Dagegen hält **b)** Marcus, ZBlFG. **10** 318, auch in solchen Fällen die Bestellung eines Pflegers für den Minderjährigen für unerläßlich.

3. ElsLothJZ. **09** 255 (Colmar). Der § 181 BGB. findet keine Anwendung, wenn eine Witwe für sich und als Vormünderin ihres minderjährigen Kindes bei der Auseinandersetzung über einen Nachlaß den übrigen Beteiligten gegenüber erklärt, daß ihr Ehemann bereits den ihm daran zustehenden Erbanteil erhalten habe und demzufolge eine Auflassungserklärung zugunsten eines Teiles der Erben abgibt.

IV. HansGZ. **09** Beibl. 157 (Hamburg). Vertritt der Vormund, entgegen der Vorschrift des § 1795, bei einem Rechtsgeschäfte zwischen seinem Ehegatten einerseits und dem Mündel andererseits beide Vertragsteile, so hat dies nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge, vielmehr kommen die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB.) zur Anwendung. Bis zu der hiernach zulässigen Genehmigung des Mündels oder seines neuen Vormundes kann der Gegenkontrahent den Vertrag widerrufen, wenn er nicht beim Vertragsabschlusse den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat (§ 178). Dies Widerrufsrecht ist kein höchstpersönliches.

§ 1796. Strauß, JW. **09** 646, empfiehlt, in Fällen, in denen die zur Vormünderin bestellte Mutter eines unehelichen Kindes als Zeugin in einem gegen den Vater des Kindes angestrengten Alimentenprozesse vernommen werden soll, der Mutter die Vertretung des Kindes gemäß § 1796 für den Prozeß zu entziehen und dem Kinde einen Pfleger mit dem beschränkten Wirkungskreise der Vertretung des Mündels in dem Prozesse zu bestellen.

§ 1798. a) BayObLG. **10** 1, R. **09** Ziff. 692 (BayObLG.). Die Frage, ob den Kindern zustehende Unfallrenten für deren Unterhalt zu verwenden oder zu einem Vermögensstock anzusammeln sind, betrifft sowohl die Person als das Vermögen der Kinder. — b) Vgl. auch zu § 1629.

§ 1801. 1. a) KGJ. **37** A 75, R. **09** 782 (KG.). In Preußen erfordert die religiöse Erziehung des Mündels nicht dessen Unterbringung in einer Familie gleichen Bekenntnisses, vielmehr beschränkt sich hier die religiöse Erziehung auf die Erteilung des dem religiösen Bekenntnis entsprechenden Unterrichts mit Einschluß des evangelischen Konfirmations- und des katholischen Beicht- und Kommunionunterrichts (KGJ. **5** 56, **20** 248). Wegen der Unterbringung in einer andersgläubigen Familie kann das Vormundschaftsgericht nur dann gegen den Vormund einschreiten, wenn mit der Unterbringung außergewöhnliche Unzuträglichkeiten für den Mündel verbunden sind. Die religiöse Erziehung eines Mündels kann auch in der Hand eines andersgläubigen Vormundes liegen. b) Vgl. auch o. Ziff. C II zu § 1631.

2. KGJ. **37** A 84 (KG.). Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormund entzogen wird, unterliegt nicht der sofortigen (§ 60 Abs. 1 Nr. 3 FGG.), sondern der einfachen Beschwerde.

§ 1802. KGJ. **36** A 38, OLG. **18** 290, R. **09** Ziff. 286 (KG.) — bereits kürzer JDR. **7** Ziff. 2 zu § 1802. Welchen Inhalt das Verzeichnis haben muß, ist im § 1802 (anders im § 2001) nicht vorgeschrieben, doch ist als Sinn des § 1802 anzunehmen (Prot. **4** 759), daß es vollständig sein und das Mündelvermögen angeben muß. Was dazu gehört, richtet sich nach der Lage des Einzelfalls. Sind Mündel als Erben eines Gesellschafters an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes beteiligt, so sind die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens aufzunehmen; die bloße Bezeichnung des dem Mündel daran zustehenden Anteils und seines Wertes genügt nicht (KGJ. **35** A 24). Gelten dagegen die Mündel als aus einer offenen Handelsgesellschaft gemäß § 138 HGB. ausgeschieden, so sind sie lediglich Gläubiger wegen ihres Auseinandersetzungsguthabens, und daher ist ihre Forderung im Verzeichnis aufzuführen, und zwar unter genauer Beschreibung nach Grund und Betrag und unter richtiger und vollständiger Angabe der Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen. Die Vorlegung von Belegen (z. B. des Gesellschaftsvertrags oder einer Bilanzabschrift) ist im Gesetze nicht vorgeschrieben und wird auch durch die Prüfungspflicht des Gerichts nicht gerechtfertigt, denn die Prüfung hat sich nur darauf zu erstrecken, ob das Verzeichnis dem § 1802 in formeller und materieller Hinsicht entspricht. Ist dies nicht der Fall, so kann das Gericht nach § 1802 Abs. 3 die Aufnahme

durch eine Behörde usw. anordnen. Auch diese hat nur das Vermögen aufzuzeichnen, aber keine Belege beizufügen (vgl. § 105 preuß. GeschAnw. f. d. GerVollz. u. §§ 26, 32 der Anw. f. die Dorfgerichte). Auch in keiner der anderen Vorschriften des BGB., die die Einreichung eines Verzeichnisses zur Pflicht machen, ist die Beifügung von Belegen vorgeschrieben.

§ 1804. Fuchs, R. **09** 59, leitet den von Josef, DJZ. **08** 1163 — JDR. **7** zu § 1804 — aus § 1804 gefolgerten Rechtsgedanken, wonach der Vormund zum Zwecke der Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht nicht nur das Mündelvermögen positiv verringern, sondern auch einen Vermögenserwerb für den Mündel unterlassen dürfe, unmittelbar aus § 1793 BGB. her, wonach der Vormund bei Prüfung der Interessen des Mündels nicht nur auf eine günstigere Gestaltung der Vermögenslage des Mündels, sondern auch auf subjektive Gesichtspunkte, ideale Ziele, sittliche Pflichten Rücksicht zu nehmen habe.

§ 1811. KGJ. **37** A 65, R. **09** Ziff. 1530 (KG.). Das Vormundschaftsgericht kann nur dann dem Vormund eine andere als die in den §§ 1807, 1808 BGB. vorgeschriebene Anlegung von Mündelgeld gestatten, wenn besondere Gründe (z. B. Familienverhältnisse des Mündels) vorliegen und die Sicherheit der Anlegung (z. B. durch Gestellung eines geeigneten Bürgen) gewährleistet ist. Wesentlich ist aber, daß die Anlegung des Geldes, z. B. die Gewährung eines Darlehens an die Mutter des Mündels, nicht zur nachhaltigen Regelung der Verhältnisse ausreicht und es sich nicht nur um die vorübergehende Hintanhaltung einer wirtschaftlichen Not handelt.

§ 1812. Graf, BoschersZ. **09** 6. Der Vormund bedarf zum Verzicht auf die Eigentümergrundschuld, mag die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich sein, der Zustimmung des Gegenvormundes, da i. S. des § 1812 die Eigentümergrundschuld als ein Recht anzusehen ist, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann.

§ 1818. *Gößmann, ZVersWiss. **09** 386. Die Lebensversicherungspolice ist Wertpapier im Sinne dieser Vorschrift.

§§ 1821 ff. 1. OLG. **18** 291 (KG.). Es ist Sache der Auslegung, ob in der Genehmigung der Eingehung einer Verpflichtung zur Verfügung zugleich die Genehmigung der Verfügung selbst zu finden ist. Nicht widerspruchsvoll ist eine Auslegung, die dahin geht, daß die einen Kaufvertrag genehmigende Verfügung des Vormundschaftsgerichts zwar die Auflassung des Grundstücks an den Käufer A., aber nicht die Auflassung an den weiteren Abkäufer B. genehmige, es müßte denn erhellen, daß das Vormundschaftsgericht die Abtretung bereits gekannt habe.

2. **RG.** ElsLothJZ. **09** 501, ElsLothNotZ. **09** 298. Über eine nach §§ 1821 Ziff. 1, 1822 Ziff. 2, 1915 BGB. zu erteilende Genehmigung kann erst entschieden werden, sobald ein, von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abgesehen, rechtsgültiger Vertrag vorliegt. Dem Vormundschaftsgerichte fehlt die Befugnis, einen unter Nichtbeachtung des § 181 BGB. von dem Vormund oder Pfleger in Vertretung mehrerer Mündel abgeschlossenen Vertrag nachträglich von sich aus rechtsgeschäftlich zu genehmigen.

3. ElsLothJZ. **09** 387, ElsLothNotZ. **09** 161, RheinZ. **2** 111 (Colmar). Wenn in einer notariellen, außerhalb eines gerichtlichen Teilungsverfahrens aufgenommenen Teilung, bei der ein Minderjähriger beteiligt ist, für einen der anderen Teilungsgenossen ein angeblich Bevollmächtigter auftritt, ohne sich über seine Bevollmächtigung auszuweisen, so ist das um Genehmigung angegangene Vormundschaftsgericht zur Prüfung des Vollmachtspunktes berechtigt und verpflichtet. Die erst in der weiteren Beschwerde aufgestellte Behauptung, die Vollmacht sei mündlich erteilt worden, ist nicht zu beachten.

4. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. 2 zu §§ 1821 ff. — auch BayObLG. **9** 208, DNotV. **09** 607, DJZ. **09** 383.

§ 1821. HessRspr. **10** 117 (LG. Mainz). Der Verzicht auf Vorlegung des Hypothekenbriefs (§ 1160 Abs. 2) bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, denn eine Entbindung von dieser Pflicht bedeutet für den Gläubiger eine Erleichterung, eine Verstärkung seines Hypothekenrechts; darin liegt aber eine Verfügung über das Grundstück, dies um so mehr, als der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird.

§ 1822. 1. Ziff. 2. a) Grüber, ZBlFG. **9** 521, erörtert die Frage, wie zu verfahren sei, wenn eine eine Erbschaftsausschlagungserklärung enthaltende Urkunde mit dem Antrage, die Erklärung vormundschaftsgerichtlich zu genehmigen und demnächst an das Nachlaßgericht weiterzugeben, beim Vormundschaftsgerichte, welches zugleich Nachlaßgericht ist, eingereicht wird. Er empfiehlt, regelmäßig die Weitergabe der die Erbschaftsausschlagungserklärung enthaltenden Urkunde an das Nachlaßgericht abzulehnen, vielmehr dem Antragsteller selbst die Einreichung der erforderlichen Urkunden beim Nachlaßgericht anheimzustellen. — Dagegen hält b) Marcus, ZBlFG. **9** 694, es am zweckmäßigsten, wenn das Vormundschaftsgericht den Beschluß, durch den die beantragte Genehmigung erteilt wird, dem gesetzlichen Vertreter zustellen läßt und sofort nach Eingang der Zustellungsurkunde die Erbschaftsausschlagungsurkunde zu der Abteilung für Nachlaßsachen hinübergibt mit der Mitteilung von der Zustellung des Beschlusses und dem auf Weitergabe der Urkunde gerichteten Antrage.

2. Ziff. 3. KGJ. **37** A 145, 147 (KG.). Zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags namens seiner Kinder bedarf der Inhaber der elterlichen Gewalt und der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (KGJ. **23** A 89).

3. Ziff. 10. a) Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. 2 a zu § 1822 — auch BayObLG. **9** 50, DJZ. **09** 216. b) SächsRpflA. **09** 236 (Dresden). Ein namens des Mündels abgeschlossener Vertrag, bei dem in Anrechnung auf den Kaufpreis Hypotheken übernommen werden, bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn durch die Übernahme der Hypotheken entstand nicht eine rein dingliche, auf das Grundstück beschränkte Haftung, vielmehr verpflichtete sich der Erwerber damit, dem Veräußerer unter allen Umständen dafür einzustehen, daß er wegen der übernommenen hypothekarischen Schulden von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werde (SächsOLG. **25** 45). Diese Verpflichtung aber ist persönlicher Natur und kennzeichnet sich, wenn nicht als Schuldübernahme, so doch mindestens als Erfüllungsübernahme im Sinne von § 415 Abs. 3 verb. mit § 329 BGB. Ebenso KGJ. **27** A 290, BayObLG. **3** 646; **4** 945, OLG. **4** 240, **9** 461, 463, RJA. **4** 82; aM. wegen der Erfüllungsübernahme Staudinger 1822[12] u. Schultheis. c) SchlHolstAnz. **09** 132, 191 (LG. Kiel). Zum Beitritt eines Minderjährigen zu einer Genossenschaft mbH. bedarf es der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da die Verbindlichkeiten der Genossenschaft gegenüber Dritten Verbindlichkeiten i. S. des § 1822 Ziff. 10 sind. d) Rothmann, DJZ. **09** 823 f. Der für den Mündel ein Grundstück erstehende Vormund bedarf zu einer Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 ZVG., auch wenn Neuerungen nicht vereinbart werden, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da es sich um die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit handelt. e) *Reichel, Schuldmitübernahme 17. Ziff. 10 trifft alle Fälle der Interzession, auch die interzessorische Pfandbestellung. Interzessorische Hypothekbestellung wird schon durch § 1821 Ziff. 1 getroffen.

4. Ziff. 12. Heinze, ZBlFG. **10** 234, empfiehlt eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen dahin, daß zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Prozeßvergleichs das mit dem Rechtsstreite befaßte Prozeß-

gericht für zuständig erklärt werde und daß gegen dessen Entscheidung nur in beschränktem Umfange die Beschwerde nach den Vorschriften des FGG. zulässig sei.

5. Ziff. 13. HessRspr. **10** 117 (LG. Mainz). Zur Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung im Sinne des § 1179 bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da es sich um eine Verfügung über ein Recht an einem Grundstücke handelt (§§ 1812, 1821 Abs. 2, 1822 Ziff. 13).

§ 1829. 1. OLG. **18** 292 (KG.). Hat das Vormundschaftsgericht die erforderliche Genehmigung zur Auflassung verweigert und der Vormund (Pfleger) die Verweigerung den übrigen Beteiligten mitgeteilt, so ist die Auflassung nicht mehr im Sinne des § 1829 Abs. 3 genehmigungsfähig, vielmehr der ganze zugrunde liegende Vertrag als von Anfang an unwirksam anzusehen (OLG. **6** 294, Staudinger § 1829 Anm. 5). Zur Bewirkung der Eigentumsübertragung nach Wegfall der Notwendigkeit der Genehmigung ist erforderlich, daß die Beteiligten den dinglichen Vertrag nochmals von neuem abschließen und neu die Eintragung bewilligen und beantragen (ähnlich wie im Falle des § 141 BGB.).

2. *Siber. Das Buchrechtsgeschäft 150 ff. Bei Grundbuchrechtsgeschäften ist die zwischen der Erklärung des Vormundes und der Eintragung erklärte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts noch eine vorgängige, weil das Rechtsgeschäft erst mit der Eintragung vollendet ist. Dieses wird also schon mit der Eintragung und nicht erst mit der Mitteilung der Genehmigung an den Gegner wirksam.

§ 1831. 1. ElsLothNotZ. **09** 277, R. **09** Ziff. 2807 (Colmar). Die Ausschlagung einer einem Minderjährigen zugefallenen Erbschaft ist unwirksam, wenn nicht vorher die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erteilt ist (§ 1831). Diese Unwirksamkeit kann auch nicht durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden. Eine Wiederholung der Ausschlagung nach der Genehmigung ist nur innerhalb der Frist des § 1944 BGB. zulässig.

2. *Siber. Das Buchrechtsgeschäft 147 ff. Ein einseitiges Grundbuchrechtsgeschäft ist erst mit der Eintragung „vorgenommen", also wirksam, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zwischen der Erklärung des Vormundes und der Eintragung erteilt wird

§ 1835. 1. OLG. **18** 298 (KG.). Hat der Vormund eine an sich der Pfändung nicht unterworfene, dem Mündel zustehende Pension eingezogen, so darf er auch aus den Eingängen den Betrag der ihm durch die Führung der Vormundschaft entstandenen Aufwendungen entnehmen, ohne daß dabei von einer unzulässigen Verwendung von Mündelvermögen im Sinne der §§ 1805, 1834 BGB. die Rede sein kann, vielmehr handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht und bei dem der Vormund somit den Mündel nach §§ 181, 1795 Abs. 2 vertreten kann, solange ihm nicht die Vertretung gemäß § 1796 entzogen worden ist.

2. Abs. 2. KGBl. **09** 103 (KG.). Dienste des Vormundes oder Gegenvormundes, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören, „gelten" als Aufwendungen im Sinne des § 1835 Abs. 1, auch wenn sie es tatsächlich nicht sind, es ist daher auch nicht Voraussetzung der Vergütung dieser Dienste, daß der Vormund (Gegenvormund) durch Leistung der Dienste an einer anderweiten Verwertung seiner Arbeitskraft gehindert worden ist.

§§ 1835, 1836. OLG. 18 301 (KG.). Soweit ein zum Vormunde (Pfleger) bestellter Rechtsanwalt Dienste geleistet hat, die (z. B. durch Vertretung in einem Rechtsstreit) unter seinen Anwaltsberuf fallen, unterliegt der Anspruch auf Ersatz der hiernach gemachten Aufwendungen nicht der Festsetzung durch das Gericht, während, soweit es sich um außerhalb seines Gewerbes (Berufs) geleistete Dienste handelt, der Anspruch auf eine Vergütung erst mit der Festsetzung des Gerichts entsteht, wobei das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts

auf Grund tatsächlicher Erwägungen darüber entscheidet, ob und in welcher Höhe eine Vergütung zu gewähren ist. Der verschiedene Charakter der Ansprüche aus §§ 1835, 1836 läßt es nicht zu, die gemäß § 1836 gewährte Vergütung und die nach § 1835 zu erstattenden Aufwendungen in einer Pauschalsumme festzusetzen.

§ 1836. 1. OLG. **18** 297 (KG.). Das Verlangen des Vormundes (Pflegers), daß ihm als Vergütung für seine Tätigkeit ein bestimmter Prozentsatz der verwalteten Masse zugebilligt werde, ist unbegründet, vielmehr ist absichtlich (Mot. **4** 1182, Prot. **4** 819) die Bestimmung über die Höhe der Vergütung dem freien Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen worden.

2. OLG. **18** 293 (KG.) — bereits kürzer JDR. **7** Ziff. 2 b zu § 1836. Die Vergütung für den Vormund (Pfleger) kann auch festgesetzt werden, bevor dieser vollständig Rechnung gelegt hat und ehe die gegen seine Amtsführung erhobenen Bemängelungen sich erledigt haben. Denn die Vergütung hat weder den Charakter einer bloßen Belohnung noch andererseits den einer vertragsmäßigen Gegenleistung, sie stellt vielmehr eine Entschädigung für die im fremden Interesse aufgewendete Mühewaltung und Zeitversäumnis dar, deren Zulassung einer „ungerechtfertigten Besteuerung der Arbeitskraft zugunsten des Kapitals" (Mot. **4** 1182) vorbeugen soll. Insofern trifft auch hier die für das Honorar des Nachlaßverwalters (BGB. § 1987) getroffene Entscheidung zu, während im übrigen insofern ein Unterschied besteht, als der Nachlaßverwalter einen kraft Gesetzes begründeten Anspruch auf eine Vergütung hat, während bei dem Vormunde (Pfleger) die Bewilligung einer Vergütung im Ermessen des Vormundschaftsgerichts steht und ein rechtlicher Anspruch erst durch dessen Festsetzung begründet wird (KGJ. **27** A 180). Daß durch die Festsetzung einer Vergütung den auf die §§ 1833, 1890 gestützten materiellen Ansprüchen des früheren Mündels nicht vorgegriffen wird, versteht sich von selbst. Die Mündel gehen weder dieser Ansprüche selbst, noch der Befugnis verlustig, sie gegen den Honoraranspruch des Vormundes aufzurechnen oder durch Zurückbehaltung (§ 273) geltend zu machen; es ist also über ihre Einwendungen im Prozeßwege zu entscheiden.

3. OLG. **18** 294 (KG.). Eine Festsetzung der Vergütung ist regelmäßig nicht erforderlich, wenn der Mündel (oder Erbe) und der Vormund (Pfleger, Nachlaßpfleger) sich über eine bestimmte Vergütung außergerichtlich einigen. Wird aber die Entscheidung des Gerichts gemäß § 1836 beantragt, weil eine Vereinbarung nicht zustande gekommen oder unverbindlich sei, so kann sich das Gericht dieser Entscheidung nicht deshalb entziehen, weil es eine gültige Entscheidung für vorliegend erachtet, vielmehr muß es den Beteiligten überlassen bleiben, den zwischen ihnen bestehenden Streit, ob für sie die Entscheidung des Nachlaßgerichts maßgebend oder ob eine gültige abweichende Vereinbarung getroffen ist, im Prozeßweg auszutragen. Daß die Vergütung nur auf Antrag, insbesondere nur auf Antrag des Vormundes (Pflegers) bewilligt werden könne, ist im § 1836 nicht bestimmt, vielmehr ist regelmäßig auch dem Mündel das Recht zuzugestehen, eine Entscheidung gemäß § 1836 zu verlangen, der Vormund (Pfleger) müßte denn erklärt haben, daß er auf eine Vergütung verzichte. — Vgl. auch u. zu § 1987.

4. **a)** KGJ. **37** A 68, R. **09** Ziff. 1531 (KG.). Die Vergütung für die Führung einer Vormundschaft kann auch noch nach dem Tode des Vormundes bewilligt werden. Der Anspruch auf die Vergütung gehört, wenn er auch bis zur Bewilligung seitens des Vormundschaftsgerichts als ein durch diese Bewilligung bedingter anzusehen ist (KGJ. **27** A 181), zum Vermögen des Vormundes und ist als solcher vererblich. **b)** Ebenso BadRpr. **09** 35 (AG. Waldshut).

5. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. 2 c zu § 1836 — auch BayObLG **9** 88.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§§ 1837 ff. Rechtshilfe. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **7** Ziff. 2 a zu § 1837 — auch SeuffA. **64** 45.

2. OLG. **18** 381, DJZ. **09** 1155 (Breslau). Keine unzulässige Verweigerung der Rechtshilfe liegt vor bei Ablehnung des Ersuchens des Vormundschaftsgerichts, dem volljährig gewordenen Mündel das bisher von dem Vormunde verwaltete Sparkassenbuch auszuhändigen. § 87 AGGVG. greift nicht Platz, da in Preußen eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei Herausgabe des vom Vormunde verwalteten Vermögens an den Mündel nicht angeordnet oder auch nur ermöglicht ist, nach Reichsrecht aber eine solche Verpflichtung für das Vormundschaftsgericht überhaupt nicht besteht.

§ 1837. 1. Aufsicht. a) OLG. **18** 302 (KG.). Das Gericht ist nicht berechtigt, in reinen Zweckmäßigkeitsfragen dem Vormunde leitende Anweisungen zu erteilen, z. B. wenn es sich um die Frage handelt, ob ein zweifelhafter Prozeß für den Mündel geführt werden soll. b) BayObLG. **10** 1 (BayObLG.). Die dem Vormundschaftsgericht obliegende Aufsicht über die Tätigkeit des Vormundes ist eine innere Angelegenheit der Vormundschaft, sie wird lediglich im Interesse des Mündels geführt, zur Wahrnehmung der Interessen eines Dritten ist das Vormundschaftsgericht nicht berufen. Dem Dritten steht nur der Vormund als Vertreter des Mündels gegenüber, Streitigkeiten zwischen dem Vormund und dem Dritten können nicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Austrage gebracht werden (RJA. **1** 137, **4** 191, **5** 136).

2. Pflichtwidrigkeit. OLG. **18** 298, 300 (KG.). Zu einer Pflichtwidrigkeit i. S. des § 1837 gehört ein Verhalten, das gegen die Verpflichtung zur treuen und gewissenhaften Führung der Vormundschaft (§ 1789) verstößt. Es genügt nicht die bloße Annahme eines objektiv falschen Verhaltens (Dernburg **4** § 121), sondern es ist ein Verschulden des Vormundes, d. h. ein vorsätzlich oder fahrlässig falsches Verhalten erforderlich (OLG. **12** 351, KGJ. **28** 195, Josef, ACivPr. **97** 126).

3. Ordnungsstrafverfahren. R. **09** 222 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat sowohl bei der Androhung, als auch bei der Verhängung einer Ordnungsstrafe aus Art. 15 PrFGG. nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, ob eine Handlung, deren Vornahme es jemandem aufgeben will oder aufgegeben hat, ausschließlich von dem Willen des Verpflichteten abhängt.

§ 1841. a) KGJ. **37** A 110, SchlHolstAnz. **09** 81, 82 (KG.). Die Pflicht des Vormundes zur Rechnungslegung ist gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 259 Abs. 1 BGB. durch § 1841 einerseits dahin erweitert, daß der Vormund auch über den Ab- und Zugang des Vermögens Auskunft zu geben hat (Abs. 1), andererseits dahin eingeschränkt, daß bei dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts mit kaufmännischer Buchführung eine aus den Büchern gezogene Bilanz — unbeschadet des Rechtes des Gerichts, die Vorlegung der Bücher und sonstiger Belege zu verlangen — als Rechnung genügt. — b) Vgl. auch unten zu § 1890.

§ 1846. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **6** zu § 1846 — auch OLG. **18** 303.

2. Die Entsch. KGJ. **36** A 3 — JDR. **7** zu § 1846 — auch OLG. **18** 309.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Sommer, Das Amt des Waisenrats. Anweisung der Waisenräte. Koblenz 1909.

§ 1849 ff. Über die Portobehandlung der Sendungen der Gemeindewaisenräte in Bayern (Bek. v. 18. Dez. 08, JMBl. 334) s. BayRpflZ. **09** 96.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die bei § 1890 mitgeteilte Entsch. des RG., welche die Bedeutung der Schlußrechnung des Vormundes eingehend erörtert.

§ 1886. 1. a) RheinZ. **2** 103, ElsLothNotZ. **09** 167, ElsLothJZ. **09** 277, R. **09** Ziff. 1331 (Colmar). Auch aus solchen Tatsachen, die sich vor der Bestellung des Vormundes ereignet haben, aber erst nachträglich dem Vormundschaftsgerichte bekannt geworden sind, kann die Besorgnis, daß das Verbleiben des Vormundes im Amte das Interesse des Mündels gefährde, hergeleitet werden. **b)** Vgl. auch zu § 2216.

2. BayObLG. **10** 311, 386, R. **09** Ziff. 2431 (BayObLG.). Auch eine tiefgehende Entfremdung zwischen Vormund und Mündel kann der Erfüllung der Aufgabe des Vormundes, insbesondere in der Sorge für die Person eines geistesschwachen Mündels (§ 1897), so hinderlich werden, daß von der Belassung des Vormundes im Amte eine Schädigung des Interesses des Mündels zu besorgen ist.

3. R. **09** Ziff. 488 (BayObLG.). Besteht die Besorgnis einer künftigen Schädigung der Interessen des Mündels nur für den Fall, daß das derzeitige gespannte Verhältnis zwischen Vormund und Mündel fortdauert, und hat das Vormundschaftsgericht dem Vormunde das zur gedeihlichen Fortführung des Amtes erforderliche Verhalten vor Augen geführt, so kann die Erwartung, daß die Ermahnung nicht fruchtlos bleiben werde, ohne Rechtsirrtum die Annahme begründen, daß die Fortführung des Amtes durch den Vormund das Interesse des Mündels nicht gefährde.

4. SeuffA. **64** 460 (KG.). Eine Interessengefährdung ist nicht schon darin zu erblicken, daß der Vormund bei pflichtmäßiger Abwägung des religiösen und des leiblichen Interesses des Mündels dem ersteren den Vorzug gibt und deshalb, um dem Kinde den Glauben seiner Eltern zu erhalten, die Gelegenheit der Adoption des Kindes unbenutzt zu lassen entschlossen ist. Der vielleicht drohende Verlust des geringen Mündelvermögens kann für die Frage, ob das Kind in dem bisherigen Glaubensbekenntnisse zu erziehen sei, nicht in Frage kommen. Der Umstand allein, daß der Vormund versucht hat, den Mündel gegen das Verbot des Gerichts von seinen jetzigen Pflegern zu entfernen, rechtfertigt nach Lage der Sache die Entlassung des Vormundes nicht.

§ 1889. KGJ. **37** A 63, RJA. **10** 99 (KG.). Ein Nichtdeutscher, der in Deutschland eine Vormundschaft führt, kann allein um der Ausländereigenschaft willen die Entlassung aus dem Amte nicht fordern.

§ 1890. KGJ. **37** A 110, SchlHolstAnz. **09** 81, R. **09** Ziff. 693 (KG.). Der Anspruch des Mündels auf Legung der Schlußrechnung ist nicht nach § 259, sondern nach § 1841 BGB. zu beurteilen. Die Schlußrechnung ist nichts anderes als eine auf die gesamte Verwaltungszeit des Vormundes sich erstreckende Rechnung im Sinne des § 1841; die Vorschrift des § 1890 Satz 2 steht im engen Zusammenhange mit der Auffassung, daß die im § 1840 BGB. bestimmte Verpflichtung des Vormundes zur periodischen Rechnungslegung nicht lediglich den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Pflicht gegenüber dem Vormundschaftsgerichte, sondern zugleich den einer dem Mündel gegenüber begründeten privatrechtlichen Verpflichtung hat (Mot. **4** 1157, 1184). Bei Anwendung des § 259 könnte der Mündel nur eine Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, nicht auch Auskunft über den Ab- und Zugang des Vermögens verlangen, während er doch einer solchen Auskunft bedarf, um den Umfang des herauszugebenden Vermögens festzustellen. Auf die Schlußrechnung findet hiernach auch § 1841 Abs. 2 Anwendung, wonach, wenn ein Erwerbsgeschäft mit kaufmännischer Buchführung betrieben worden ist, die aus den Büchern gezogene Bilanz als Schlußrechnung genügt. Diese Grundsätze finden auf die Nachlaßverwaltung entsprechende Anwendung (§§ 1975, 1962, 1915).

§ 1892. 1. Fuchs, R. **09** 203, bekämpft die Ansicht des KG. (OLG. **16** 31) — IDR. **6** Ziff. 3 a, **5** Ziff. 1 a zu § 1892 —, daß das Vormundschaftsgericht befugt sei, den früheren Vormund zur Legung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen anzuhalten, indem er ausführt: Das Recht des Vormundschaftsgerichts zum Erlasse von Anordnungen und das Ordnungsstrafrecht seien, wie aus § 1837 hervorgehe, ein Ausfluß des Aufsichtsrechts, das Aufsichtsrecht könne aber begrifflich nur so lange, als der Inhaber des Amtes dieses Amt bekleide, bestehen. Abgesehen hiervon, handle es sich im Falle des § 1892 nicht, wie § 1837 voraussetze, um Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht des früheren Vormundes, sondern um Erfüllung der dem Vormunde durch § 1890 BGB. dem Mündel gegenüber auferlegten privatrechtlichen Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung, um ein Vermittelungsverfahren, dessen Wesen der Zulässigkeit von Zwangsmitteln widerspreche.

2. Freymuth, DIZ. **1910** 142. Wenn man auch grundsätzlich die Befugnis des Vormundschaftsgerichts (und des Beschwerdegerichts) zur Straffestsetzung nach beendigter Vormundschaft da bejaht, wo dem Vormund eine Rechtsverpflichtung obliegt, so wird doch das Beschwerdegericht stets prüfen müssen, ob zur Zeit der Fällung des Beschwerdespruchs eine solche Rechtsverpflichtung besteht. Da zu einer Auskunftserteilung (§ 1839) der Vormund nur im Amte verpflichtet ist, so hat das Beschwerdegericht die Strafentscheidung des Vormundschaftsgerichts aufzuheben, wenn zur Zeit der Fällung des Beschwerdespruchs der Vormund nicht mehr im Amte ist. Vgl. OLG. **1** 91 (KG.).

3. Vgl. auch o. Ziff. 2 zu §§ 1837 ff. (Aushändigung des Mündelvermögens im Wege der Rechtshilfe).

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1901. *v. Boxberger, ZBlFG. **10** 282 ff. a) Der Vormund eines Geisteskranken oder eines Geistesschwachen kann dessen Aufnahme und Festhaltung in einer Anstalt auch gegen den eigenen Willen des Bevormundeten anordnen oder genehmigen, während eine gleiche Befugnis nicht auch einem Pfleger zusteht. b) Die Einsperrung eines geistig Gebrechlichen gegen dessen Willen ohne Genehmigung eines Vormundes stellt sich als eine nach § 239 StGB. strafbare widerrechtliche Freiheitsberaubung dar, es sei denn, daß einer der im § 656 ZPO. oder im § 81 StPO. oder im § 6 des preußischen Gesetzes vom 12. Februar 1850 zum Schutze der persönlichen Freiheit und des § 127 der PrStPO. v. 25. Juni 1867 bezeichneten Fälle vorliegt.

§§ 1906—1908. *Paul Schaefer, Vorläufige Vormundschaft und Pflegschaft. (Jen. Diss. 1909). Vorl. Vorm., nicht zu verwechseln mit der vorl. Übernahme einer Vorm. (§ 1781) und der mit Vorbehalt bestellten Vorm. (§ 1790). Vorl. Übernahme einer vorl. Vorm. auch praktisch denkbar (37). Jeder Minderjährige kann ohne Unterschied des Alters und des Entmündigungsgrundes entmündigt werden (bestritten), vorl. Vorm. nur bei Volljährigen. Das Amt des bisherigen Altersvormundes geht nicht etwa ohne weiteres in das des vorl. Vormundes, oder das des Vormundes für den entmündigten Volljährigen über. Nach geltendem Recht ist es nicht zulässig, den vorl. Vorm. mit der Maßgabe zu bestellen, daß sein Amt mit dem Tage beginnt, an dem der Mündel das 21. Lebensjahr vollendet (8 f.). Der Entmündigungsantrag genügt, die Einleitung des Entmündigungsverfahrens braucht nicht abgewartet zu werden (20 ff.); ein Antrag auf Anordnung der vorl. Vorm. ist nicht erforderlich. Die vorl. Vorm. ist an sich auf die Testierfähigkeit ohne Einfluß (44); vgl. § 2229 Abs. 3 Satz 2. Über den Einfluß der vorl. Vorm. auf das aktive und passive Wahlrecht vgl. 48 f.; über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, falls einer unter vorl. Vorm. steht, vgl. 45; der vorl. Be-

vormundete als „erwachsenes Familienmitglied" Ersatzempfänger (§ 39 PostO.), vgl. 49 f. Das Amt des vorl. Vorm. endet aus denselben Gründen wie das des endgültigen Vormundes, abgesehen von § 1778 Abs. 2 (52). Der Fall des § 1908 Abs. 3 wird durch § 115 Abs. 2 ebenfalls betroffen (60 ff.).

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist im vorliegenden Berichtsjahr ein auffallend reicher Berichtsstoff zu verzeichnen. Besonders hingewiesen sei auf den ausführlichen Aufsatz von v. Boxberger über die Pflegschaft wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche und (zu § 1914) auf die Versuche, die obligatorische und dingliche Seite des durch eine Sammlung geschaffenen Rechtsverhältnisses zu erfassen und zu konstruieren.

§ 1909 ff. ➠ Die rechtliche Wirkung eines Pflegers ist nach § 35 RGes. über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. Juni 1909 (RGBl. 449) dem auf Antrag des Baugeldgebers durch das Amtsgericht bestellten Treuhänder eingeräumt. An die Stelle des VormGericht tritt hierbei das Amtsgericht. Der Treuhänder ist für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich; auf Ersuchen des Bauschöffenamtes hat er diesem Auskunft zu erteilen. Eine Pflicht zur Übernahme des Amtes besteht nicht. Red. ⟵

§ 1909. I. Die Entsch. KGJ. **36** A 43 — JDR. **7** Ziff. I a zu § 1909 — auch OLG. **18** 305 Anm. 1, R. **09** Ziff. 287.

II. OLG. **18** 287, 289 (KG.). Eine Pflegschaft ist grundsätzlich von Amts wegen anzuordnen, wenn das Bedürfnis dazu zur Kenntnis des Vormundschaftsgerichts gelangt (KGJ. **28** 12, **33** 67). Der § 1909 Abs. 2 will seinem klaren Wortlaute nach nur die Verpflichtung des Gewalthabers (Vormundes) zur Anzeige begründen, wie in den §§ 49, 50 FGG. diese Pflicht auch noch anderen, nämlich dem Waisenrat und dem Gericht auferlegt ist.

III. Einzelne Fälle. 1. SchlHolstAnz. **09** 272, FrankfRundsch. **43** 67 (KG.). Die Bestellung eines Pflegers lediglich zu dem Zwecke, daß er die abweichende Meinung des Vormundschaftsgerichts gegenüber der seine Verfügung abändernden Beschwerdeentscheidung durchführe, ist, wenn sonst der Vormund an der Vertretung des Mündels nicht verhindert oder ihm die Vertretung nicht gemäß § 1796 Abs. 2 BGB. entzogen ist, unzulässig. Vgl. KGJ. **27** A 175.

2. SchlHolstAnz. **09** 85 (LG. Kiel). Die Einleitung einer Pflegschaft für ein von einer eheverlassenen Frau während der Ehe geborenes Kind behufs Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegen seinen angeblichen natürlichen Erzeuger ist unzulässig, solange nicht der Ehemann die Ehelichkeit angefochten hat (§ 1593 BGB.).

IV. Abs. 1 Satz 2. RJA. **10** 102 (KG.). Ist in einer letztwilligen Verfügung dem Vater eines minderjährigen Kindes die Verwaltung des dem Kinde von Todes wegen zugewendeten Vermögens entzogen und ein Testamentsvollstrecker zur Verwaltung dieses Vermögens ernannt, so schließt die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht die Bestellung eines Pflegers zur Wahrnehmung der dem Kinde gegenüber dem Testamentsvollstrecker zustehenden Rechte (§§ 2215—2218) aus, denn sonst wäre das Kind weniger gesichert, als wenn die Verwaltung des Vaters nicht ausgeschlossen wäre. Der Geschäftskreis des Pflegers umfaßt in diesem Falle die Verwaltung des dem Kinde zugewendeten Vermögens, soweit sie nicht dem Testamentsvollstrecker zusteht.

§ 1910. I. Grundsätzliches. 1. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 327 ff. Pflegschaft ist zulässig bei jeder Art von Geistesstörung, gleichgültig, wie sie zivilrechtlich zu beurteilen ist. Geistiges Gebrechen bedeutet

somit geistige Störung schlechtweg. Der Gesetzgeber hat den Ausdruck „Gebrechen" nur gewählt, um den Gegensatz zu körperlichen Gebrechen hervorzuheben; es lag aber nicht in seiner Absicht, mit dieser Ausdrucksweise einen Gegensatz zu dem Begriffe Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zu schaffen.

2. *v. Vorberger, ZBlFG. **10** 269 ff. a) Einem volljährigen, nicht entmündigten, zur Besorgung seiner gesamten Angelegenheiten unfähigen geistig Gebrechlichen kann niemals ein Pfleger, weder für seine gesamten noch für einzelne Angelegenheiten, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 1906 BGB. ein vorläufiger Vormund bestellt werden. b) Die Bestellung eines Pflegers für einen volljährigen, nicht entmündigten geistig Gebrechlichen ist nur zulässig, wenn dieser nicht seine gesamten, sondern nur einzelne oder nur einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, und zwar für diejenige Angelegenheit, zu deren Besorgung er nicht imstande ist. c) Zur Feststellung des Umstandes, daß jemand infolge von Geisteskrankheit oder von Geistesschächе seine gesamten Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, ist nicht der Vormundschaftsrichter, sondern nur der Entmündigungsrichter zuständig, während die Feststellung, daß der geistig Gebrechliche nur einzelne oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten nicht zu besorgen vermöge, dem zur Anordnung der Pflegschaft aus § 1910 Abs. 2 BGB. zuständigen Vormundschaftsrichter obliegt. Diese Pflegschaft darf niemals ohne vorgängige Anhörung und eventuelle Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden.

II. Abs. 2. KGJ. **37** A 69 (KG.). Wenn in Preußen gegen einen städtischen Beamten das Verfahren auf Entfernung aus dem Amte wegen Dienstunfähigkeit eingeleitet werden soll oder eingeleitet ist, so ist die Bestellung eines Pflegers für ihn auf Grund des § 89 des preuß. Ges. v. 21. Juli 1852 (GS. 465) unzulässig, da nach § 20 des ZustG. v. 1. Aug. 1883 (GS. 237) in allen Fällen der Dienstunfähigkeit eines städtischen Beamten das Disziplinarverfahren zur Anwendung zu bringen ist, wie es für die Entfernung aus dem Amte auf Grund von Dienstvergehen vorgeschrieben ist (v. Rheinbaben, PrDisziplG. 322). Es kommen vielmehr die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Vormundschaft und Pflegschaft, insbesondere § 1910 Abs. 2, zur Anwendung.

III. Abs. 3. 1. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 329. Die Fähigkeit, seinen Willen in einer dem anderen wahrnehmbaren Form kundzutun, genügt nicht zur Annahme einer „Verständigung" im Sinne des § 1910 Abs. 3. Vielmehr muß noch die Fähigkeit hinzukommen, die Absicht und die Bedeutung der Pflegschaftsanordnung zu erkennen.

2. OLG. **18** 306 (Hamburg). Beantragt der Pflegebefohlene selbst die Einleitung der Pflegschaft, so bedarf es nur der Prüfung, ob der Antragsteller infolge Gebrechens seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Ist aber eine Verständigung nicht möglich, so bedarf es noch der weiteren Prüfung, ob überhaupt für diese Person unter den obwaltenden Umständen die Anordnung der Pflegschaft notwendig oder zweckmäßig ist.

§ 1911. 1. *Hörle, Nachlaßpflegschaft, ZBlFG. **9** 712 ff. Während die Nachlaßpflegschaft für den vermutlichen Erben, eine ideelle, noch unbestimmte Person, geführt wird, kann die Abwesenheitspflegschaft sich nur auf die Vertretung einer bekannten, bestimmten, volljährigen Person beziehen und erst eintreten, wenn einerseits die Voraussetzungen der Nachlaßpflegschaft insofern weggefallen sind, als der Erbe bekannt ist und die Erbschaft angenommen hat, und andererseits feststeht, daß der, welcher sich hiernach als der wirkliche Erbe herausgestellt hat, volljährig ist.

2. Aus der Praxis. a) Die Entsch. des BayObLG. — JDR. 7 Ziff. 1 zu § 1911 — auch BayObLG. 9 364, DJZ. 09 495, die Entsch. JDR. 7 Ziff. 2 zu § 1911 — auch BayObLG. 9 428. b) OLG. 18 306 (KG.). Der Anordnung einer Abwesenheitspflegschaft steht nicht entgegen, daß der damit verfolgte Zweck auch auf einem anderen Wege erreicht werden könnte. Ob die Voraussetzungen des § 1911 vorliegen, ist von Amts wegen festzustellen. Ein objektives Unbekanntsein des Aufenthalts erfordert das Gesetz nicht, es genügt, wenn der Vormundschaftsrichter selbst den Aufenthalt des Abwesenden nicht kennt und diese Unkenntnis nicht leicht zu beheben ist (vgl. Planck Anm. 2 a zu § 1911). Die bloße Möglichkeit, daß der Abwesende die Bundes- oder inländische Staatsangehörigkeit verloren habe, genügt nicht, ihm die Fürsorge, sofern er Inländer ist, zu versagen. Vgl. OLG. 10 7 (BayObLG.). c) OLG. 18 307 (KG.). Es ist nicht zulässig, eine Abwesenheitspflegschaft im ausschließlichen Interesse Dritter, insbesondere von Gläubigern des Abwesenden anzuordnen. Ob aber die von einem Dritten im eigenen Interesse beantragte Abwesenheitspflegschaft auch im Interesse des Abwesenden liegt, hat das Vormundschaftsgericht von Amts wegen festzustellen (§ 12 FGG.).

§ 1912. *Hörle aaO. 713. Gegebenenfalls steht der Einleitung einer Pflegschaft aus § 1912 neben einer Nachlaßpflegschaft aus §§ 1960, 1961 BGB. nichts entgegen, weil der Pfleger nach § 1912 als Vertreter der Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte, der Nachlaßpfleger aber als Vertreter des vermutlichen Erben in Ansehung einer bereits vorhandenen Erbschaft, d. h. des mit der Leibesfrucht in den aus §§ 1942 ff, 1923 Abs. 2 BGB. sich ergebenden Beziehungen stehenden Nachlasses bestellt wird, mithin ihre Aufgaben sich nicht decken.

§ 1913. 1. *Hörle aaO. 713. a) Die Anordnung einer Pflegschaft aus § 1913 ist unzulässig, wenn und soweit die Voraussetzungen des § 1960 vorliegen. Leitet der Nachlaßrichter keine Pflegschaft ein, so unterbleibt überhaupt die Anordnung einer Pflegschaft. b) Vgl. Hörle zu § 2262.

2. Aus der Praxis. a) KGBl. 09 22 (KG.). Das BGB. kennt eine Pflegschaft über geschäftsfähige, in der Verfügung über eine testamentarische Zuwendung beschränkte Personen nicht. Zur Wahrung der Rechte der fideikommissarischen Substituten ist indessen nach Lage des Falles die Einleitung einer Vigilanzpflegschaft geboten. b) R. 09 Ziff. 995 (BayObLG.). Zur Wahrung der Rechte des dem Mündel für den Fall seines vor dem 28. Lebensjahr eintretenden Todes eingesetzten Ersatzerben ist das Vormundschaftsgericht nicht berufen. Nach Volljährigkeit und Wegfall des Testamentsvollstreckers ist deshalb das hinterlegte Erbvermögen dem Mündel auszuhändigen. Dem Ersatzerben steht hiergegen weder aus § 20 noch aus § 57 FGG. ein Beschwerderecht zu.

§ 1914. 1. Fischbach, DJZ. 09 261 (Lehre vom Sammelvermögen). Die dingliche und die obligatorische Seite des Spendungsakts sind auseinanderzuhalten. In obligatorischer Beziehung ist festzuhalten, daß die Spende nicht etwa eine Schenkung darstellt. Der Zweck des Sammelgeschäfts beruht auf einer besonders gearteten causa, die nicht auf die Person des Sammlers, sondern über diese hinaus auf einen gemeinnützigen oder wohltätigen Zweck abzielt und den Vertragsgegner nicht als den Destinatär, sondern als den Vermittler, seine Person nicht als die zu begünstigende, sondern als die zum weiteren Zwecke mitwirkende und sein Vermögen nicht als Endziel der Gabe, sondern als Durchgangspunkt ansieht. Nach der dinglichen Seite erzeugt die Übergabe der Gabe an den Sammler für diesen ein begrenztes dingliches Recht, ähnlich dem gesetzlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Ehemanns am eingebrachten Gute, welches einerseits an sich unvererblich, unübertragbar und unpfändbar ist, andererseits nur zur Verwirklichung des Sammelzwecks ausgeübt werden darf.

Träger des Eigentums bleiben bis zur Verwirklichung des Sammelzwecks die Spender. Abgelehnt wird die Einordnung des Spendungsakts in den Begriff des „fiduziarischen Rechtsgeschäfts".

2. Heinsheimer, DJZ. **09** 422 (Zum Prozesse der Radboder Witwen), erörtert die obligatorische Seite des durch eine Sammlung geschaffenen Verhältnisses in der Richtung, ob den Destinatären ein Anspruch auf bestimmungsmäßige Auszahlung der gesammelten Gelder den Sammlern gegenüber zustehe. Das Verhältnis zwischen Spendern und Sammlern kann, wie Verf. ausführt, dahin aufgefaßt werden, daß diese von jenen den Auftrag erhalten und angenommen haben, das Geld den Destinatären zu übereignen — Vertrag zugunsten eines Dritten (BGB. § 328) —, und es wäre dann aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags zu entnehmen, ob ein unmittelbarer Anspruch der Destinatäre angenommen werden könnte (§ 328 Abs. 2). Das Verhältnis ließe sich aber auch nach Art einer Gesellschaft oder eines (nicht rechtsfähigen) Vereins denken, wobei sich Sammler und Spender zusammengetan haben, durch gemeinschaftliches Vorgehen — Zahlen, Sammeln, Untersuchen, Verteilen — den gemeinschaftlichen Zweck einer Unterstützung der Destinatäre zu erreichen. In diesem Falle liegt in der Hingabe des Geldes an den Sammler lediglich ein Gesellschaftsinternum, nicht ein Vertrag zugunsten eines Dritten. Als dritte mögliche Konstruktion wird die hingestellt, den Sammler als negotorium gestor des Destinatärs anzusehen, der als solcher dem Destinatär zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet wäre (§ 681 Satz 2, § 667 BGB.), doch wird eine rechtserhebliche Geschäftsführung der Sammler für die Destinatäre erst für den Fall bejaht, daß mit den Geldern in bestimmter Weise tatsächlich verfahren, z. B. bei Überschwemmungssammlungen ein Haus repariert wird.

§ 1915. OLG. **18** 308 (Hamburg). Bei Auswahl des Pflegers ist der § 1779 zu beachten, welcher gilt, wenn niemand berufen ist. Der Vorschlag der Mutter hat keine maßgebende Bedeutung.

§ 1918. Abs. 3. SeuffA. **64** 416 (Augsburg). Die für eine einzelne Angelegenheit angeordnete Pflegschaft endigt schon mit der Erledigung der Angelegenheit, nicht erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht.

§ 1920. Schultze bei Hoche, Gerichtl. Psychiatrie 330 f. Die Pflegschaft kann trotz des Antrags des Pflegebefohlenen auf Aufhebung beibehalten werden, wenn dieser Antrag keine rechtlich beachtenswerte Willenserklärung ist. — Der Antrag nach § 1920 darf nicht damit zurückgewiesen werden, daß bei der Bestellung der Pflegschaft eine Verständigung mit dem Gebrechlichen nicht möglich gewesen sei. Die Anwendung des § 1920 verlangt nur die Entscheidung der Frage, ob zur Zeit eine Verständigung mit dem Pflegebefohlenen möglich ist. Ob das geistige Gebrechen noch fortbesteht und ob bejahendenfalls dadurch die Erledigung der Angelegenheiten beeinflußt wird, ob die Beibehaltung der Pflegschaft im Interesse des Gebrechlichen ist, kommt hierbei nicht in Betracht.

§ 1921. Abs. 2 u. 3. *Hörle aaO. 714. Liegen nach Wegfall der Abwesenheitspflegschaft aus Abs. 2 oder Abs. 3 die Voraussetzungen des § 1960 BGB. vor, so darf das Vormundschaftsgericht die frühere Abwesenheitspflegschaft nicht nach § 1913 BGB. weiterführen, vielmehr hat das Nachlaßgericht nach §§ 1960, 1961 BGB., 12 ff. FGG. einzuschreiten. Ausnahme: Art. 213 EGBGB.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Kommentare von Planck (3) u. Staudinger (3/4) (vollständig). — Hüttner, Das Erbrecht des BGB., Repetitorium. Leipzig 1909. — Posener, Erbrecht (3/4). Berlin 1909. — Rudelsberger, Deutsches Erbrecht. Ein Leitfaden für

Erblasser und Erben, sowie für Vermächtnisnehmer und Nachlaßgläubiger. München 1909. — Herold, SächsRpflA. **09** 386, Winke für die Praxis. — Weißler, DNotV. **09** 545, Rechtsprechung in Nachlaßsachen.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922. 1. *Martin, Haftung des Erben 3 ff. Die Meinung Strohals, Sohms u. a., daß unter dem Ausdruck „Erbschaft" im § 1922 die Gesamtheit aller Rechtsbeziehungen des Erblassers zu verstehen sei, widerspricht dem Sprachgebrauch und wird nicht gerechtfertigt durch den Hinweis darauf, daß eine Erbfolge auch dann stattfinde, wenn der Erblasser nur Schulden hinterlassen habe. Hierbei wird nicht genügend unterschieden zwischen den Begriffen „Erbfolge" und „Erbschaft". Wenn die „Erbfolge" einen universellen Charakter trägt, dann muß nicht auch die „Erbschaft" notwendigerweise einen allumfassenden Umfang haben. Hiernach umfaßt im § 1922 ebenso, wie an allen übrigen Stellen des Gesetzes, der Begriff „Erbschaft" nur die Summe der geldwerten Rechte und Befugnisse des Erblassers, während die Nachlaßverbindlichkeiten nicht darunter fallen. Der Eintritt des Erben in die Nachlaßverbindlichkeit vollzieht sich auf Grund des § 1967 (15, 36 ff.). Ebenso Binder II 84, Dernburg V § 125.

2. DJZ. **09** 664 (WürttVerwGH.). Hat ein Erblasser durch Verlagsvertrag sein Urheberrecht gegen eine vom Verleger in mehreren Raten (je nach dem Absatze des Werkes) zu entrichtende Vergütung abgetreten, so liegt ein gewöhnliches Austauschgeschäft und nicht etwa die Begründung eines Rentenrechts oder eines fortlaufende Nutzungen abwerfenden Forderungsrechts vor. Die nach dem Tode des Erblassers gezahlten Beträge sind daher Einnahmen aus der Erbschaft und als solche Vermehrungen des Stammvermögens, die von der Einkommensteuer befreit sind.

3. Landesrecht. *Martin, BadNotZ. **09** 123. Nach neuem wie früherem Rechte ist Rechtsnachfolger in den Erbbestand (Erblehen) des Bad. Landrechts (LRS. 1831 ba—bl), wer, als Erbe berufen, wirklich Erbe geworden ist, vorausgesetzt natürlich, daß das in Frage stehende Recht nicht mit dem Tode des Erblassers erloschen ist; eine Trennung des Erbbestandes vom übrigen Nachlasse findet auch nach geltendem Rechte nicht statt. Die vertragliche Beschränkung, auf welche Personen sich das Erbbestandsrecht erstrecken soll, ist auch jetzt noch insofern in Geltung, als nur diese Personen das Recht auf Eintritt in dieses Recht kraft Erbrechts geltend machen können.

4. KGJ. **37** A 256 (KG.). Die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments der in westfälischer Gütergemeinschaft (nach dem preuß. Ges. vom 16. April 1860) lebenden Ehegatten, daß bei dem Tode des Erstversterbenden von ihnen eines ihrer Kinder Erbe des gesamten gütergemeinschaftlichen Vermögens sein und die übrigen Kinder sowie der überlebende Ehegatte in näher bestimmter Weise abgefunden werden sollen, hat den Übergang des Gesamtguts auf das als Erbe eingesetzte Kind bei dem Tode des erstversterbenden Ehegatten nicht zur Folge. Der erstversterbende Ehegatte kann für den Fall, daß er vor dem Ehegatten versterben würde, nur über seinen Anteil an dem Gesamtgute, nicht aber über das gesamte gütergemeinschaftliche Vermögen von Todes wegen verfügen.

§ 1923. **RG. 69** 321, JW. **08** 725, DNotV. **09** 614. Vergleiche der Erbbeteiligten sind für die Erbschaftssteuerbehörde bindend. Was vergleichsweise an Nichterben gewährt wird, ist als Vermächtnis zu besteuern. Vgl. **RG. 48** 301 (wo es sich aber nur um den Umfang der den unstreitig Erbbeteiligten zustehenden Ansprüche handelte).

§ 1931. *Martin, BadNotZ. **09** 123. Der nach dem 1. Jan. 1900 miterbende Ehegatte, der bisher nach BadLRS. 1831 bb von der Rechtsnachfolge in

das Erblehen (Erbbestand) des Badischen Landrechts ausgeschlossen war, erhält, sofern nicht nach dem Erbbestandsvertrage die Erben des jeweiligen Zivilrechts gemeint sind und er also als Erbe unbeschränkt in das Erblehen eintreten kann, wohl den ihm kraft Ehegüterrechts am fraglichen Rechte erwachsenen Wertanteil und erbt an diesem eventuell mit; aber er kann nur kraft Veräußerungsvertrags, nicht kraft Erbrechts das Recht des Erbbeständers erlangen.

§ 1932. a) Sontag, DJZ. **09** 1141, verneint (gegen Neumann, Handausg. Anm. 1 a zu § 1932) die Möglichkeit, daß Rechte zum „Voraus" des überlebenden Ehegatten gehören können, so wünschenswert es auch erscheinen mag, zum Voraus z. B. das Recht der Witwe zu rechnen, die von dem Erblasser auf Abzahlung entnommenen Sachen durch Bezahlung der Restschuld zum Eigentum (unter Ausschluß der übrigen Erben) zu erwerben. **b)** Dem entgegen rechnet HessRspr. **10** 167 ein ungenannter Verfasser zum Voraus auch Rechte, z. B. das Recht auf Kündigung der Ehewohnung gemäß § 569 BGB.

§ 1936. Literatur: Die Erörterungen über den Entwurf eines G. über das Erbrecht des Staates sind, nachdem die Vorlage der Regierung nicht zum Gesetze geworden ist, nur noch von geschichtlichem Interesse. Hervorzuheben: v. Bar, R. **09** 377, DNotV. **09** 438, Hemeling, DJZ. **09** 257, Heinsheimer, DJZ. **09** 114, Henschel, DJZ. **09** 36, Martin, R. **09** 319, Meyer, R. **09** 201.

1. Bamberger, DJZ. **1910** 69, bezeichnet die Frage, bis zu welchem Grade ein Familienerbrecht anzuerkennen sei, als eine solche des öffentlichen Rechtes, und zwar nicht nur der Rechts-, sondern auch der Staats-, namentlich der Finanzwissenschaft.

2. SächsJustMinVO. v. 18. Febr. 09 (SächsJMBl. 17, BayNotZ. **09** 118) bestimmt die bayerische Behörde (regelmäßig die Kreisregierung, Kammer der Finanzen), an die die Nachricht von dem Erbfall erstattet und der hinterlegte Nachlaß abgeliefert werden soll, wenn festgestellt ist, daß ein anderer Erbe als der Fiskus des Königreichs Bayern nicht vorhanden ist.

§ 1938. SchlHolstAnz. **09** 257 (KG.). Dem Erblasser ist durch § 1938 die Befugnis zur Ausschließung einzelner oder auch aller Verwandten von der Erbfolge ohne Einsetzung eines Erben beigelegt, es ist ihm nur nicht gestattet, die gesetzliche Erbfolge nur durch ein negatives Testament überhaupt auszuschließen. Hat er seine gesetzlichen Erben von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so ist sein Testament nicht unwirksam, wenn es dahin ausgelegt werden kann, daß der Erblasser unter den gesetzlichen Erben in seinen früheren Testamenten den Fiskus nicht mitbegriffen, sondern nur seine Verwandten verstanden habe.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel haben diesmal Rechtslehre und Rechtsprechung Beiträge mannigfacher Art geliefert, besonders zu § 1960 BGB. sind die Aufsätze von Hörle und Josef hervorzuheben. Das RG. hat (zu § 1943) die Bedeutung der pro herede gestio an einzelnen Beispielen erläutert und (zu § 1945) unter Umständen auch eine gegenüber einem unzuständigen Gericht abgegebene Ausschlagungserklärung für wirksam bezeichnet, sofern dieses Gericht die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts versieht oder überhaupt innerhalb der Ausschlagungsfrist die Erklärung entgegengenommen hat, eine Entscheidung, die allerdings bereits Widerspruch gefunden hat und wohl noch weiter finden wird. — Das LOG. Stuttgart hat (zu § 1956) zu der interessanten Frage, unter welchen Voraussetzungen die Versäumung der Ausschlagungsfrist (als Willenserklärung) wegen Irrtums angefochten werden kann, mit durchaus zu billigenden Ausführungen Stellung genommen.

Literatur: Walter Friedmann, Die Annahme einer Erbschaft, ihre rechtliche Natur und ihre Rechtswirkungen in der Geschichte u. im Rechte des BGB. (Heft 35 der rechts- u. staatswissenschaftlichen Studien von Ebering). Berlin 1909. — Hörle, Die Nachlaßpflegschaft ZBlFG. **9** 711 ff., 751 ff. gibt eine umfassende Darstellung der Nachlaßpflegschaft und ihrer Beziehungen zu den §§ 1911 Abs. 1 Satz 1, 1912 und 1913 und den eingreifenden Bestimmungen der ZPO. und des FGG. Vgl. die Selbstberichte des Verfassers bei diesem Titel, zu §§ 1911 ff. u. an anderen Stellen.

§ 1943. 1. Die Entsch. des OLG. Königsberg — JDR. **7** zu § 1943 — auch SeuffA. **64** 315, R. **09** Ziff. 2432, 2433.

2. **RG.** DJZ. **09** 1329, R. **09** Ziff. 2808. Zum Begriffe der Erbschaftsannahme durch schlüssige Handlungen gehört, daß der Wille, Erbe zu sein, in unzweideutiger, jeden Zweifel ausschließender Weise erklärt ist. Dies ist noch nicht daraus zu entnehmen, daß der Erbe einige Nachlaßgegenstände veräußert und einige Nachlaßforderungen eingezogen hat, wenn feststeht, daß er mit den so erlangten Mitteln Nachlaßschulden bezahlen und die Beerdigungskosten decken wollte. Ebenso braucht in der Fortführung eines Geschäfts noch nicht die Betätigung eines solchen Willens gefunden zu werden, wenn die Fortführung durch den Erben auch im Interesse der nach ihm berufenen Erben lag, mochte er auch den Betrieb für seine eigene Person und für eigene Rechnung fortgeführt haben. Dagegen kann ein solcher Wille sehr wohl in der Aneignung oder Weiterveräußerung wertvoller Schmucksachen oder Kleidungsstücke gefunden werden, und zwar selbst wenn diese, falls die Erbin die Witwe ist, in dem Ehevertrag als eingebrachtes Gut aufgeführt sind, sofern der Ehevertrag nur zum Scheine geschlossen ist.

3. *Hörle aaO. 761. Der Nachlaßpfleger ist nicht berechtigt, die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft für den von ihm vertretenen Erben zu erklären.

§ 1945. 1. Pfäfflin vertritt gegenüber Keßler, BayRpflZ. **07** 186 — JDR. **6** Ziff. 2 b — die Auffassung, daß, wenn das Nachlaßgericht ein anderes Gericht um Entgegennahme und Beurkundung einer Erbausschlagungserklärung ersucht, das ersuchte Gericht nicht bloß als Urkundsbehörde in Betracht komme, sondern die ihm durch das Ersuchen übertragene Gerichtsbarkeit des zuständigen Nachlaßgerichts ausübe, und daß daher die Ausschlagungserklärung dadurch, daß das ersuchte Gericht sie entgegennehme, vollwirksam werde, ohne daß das äußere Moment des Zugehens an das Nachlaßgericht noch hinzuzutreten brauche.

2. a) **RG. 71** 380, JW. **09** 508, R. **09** Ziff. 2502, DJZ. **09** 1210. Eine Erbschaftsausschlagungserklärung ist auch dann rechtswirksam, wenn die Erklärung dem örtlich unzuständigen Gerichte gegenüber abgegeben wird, vorausgesetzt, daß dieses die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts versieht, z. B. wenn das Gericht unter der Annahme seiner Zuständigkeit vor der Entgegennahme der Ausschlagungserklärung eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet oder die Fürsorge für einen Nachlaß nach § 1960 BGB. übernommen hat, aber auch schon dann, wenn überhaupt das Gericht innerhalb der Frist die Ausschlagungserklärung entgegengenommen hat. Durch dieses sein Verhalten hat es dem Erklärenden gegenüber zu erkennen gegeben, daß es seine örtliche Zuständigkeit geprüft und für begründet erachtet habe und ihm gegenüber als Nachlaßgericht in Tätigkeit treten wolle. Sollte das Gericht mit der Annahme seiner Zuständigkeit fehlgegriffen haben und gehörte die Erklärung nicht dorthin, sondern vor ein anderes Amtsgericht, so darf nach § 7 FGG. dies dem Erklärenden nicht zum Nachteile gereichen. Die Anwendbarkeit des § 7 FGG. ist daraus herzuleiten, daß das Gericht bei Entgegennahme der Ausschlagungserklärung sich nicht rein passiv zu verhalten, sondern auch zur eigenen Prüfung (z. B. seiner Zuständigkeit) und zum eigenen Handeln (z. B. die durch § 1953 Abs. 3 BGB. vorgeschriebene

Benachrichtigung zu erlassen und über Gesuche um Einsichtnahme zu entscheiden) verpflichtet ist. **b**) Demgegenüber bestreitet Wolff, DJZ. **09** 1488, daß bei der Erbschaftsausschlagung das Nachlaßgericht irgendeine Handlung vornehme — dessen nachträglich entwickelte Tätigkeit komme nicht in Betracht —, außerdem versagt nach seiner Meinung die Anwendbarkeit des § 7 FGG. da, wo das Gesetz ein bestimmtes Gericht (hier das Nachlaßgericht) im öffentlichen Interesse für ausschließlich zuständig erklärt, „um die nötige Sicherheit und Grundlage für die Ausstellung des Erbscheins zu bieten" (Mot. **5** 502).

3. HessRspr. **10** 10 (Darmstadt). Hat ein Bevollmächtigter auf Grund ihm erteilter Vollmachten eine Ausschlagungserklärung bei dem Nachlaßgericht eingereicht, so kann in der Miteinreichung einer weiteren Vollmacht, auf die in der Ausschlagungserklärung nicht Bezug genommen und die gar nicht zur Kenntnis des Gerichts gekommen ist, eine Ausschlagungserklärung des Vollmachtgebers oder eine in dessen Namen erklärte Ausschlagung nicht gefunden werden.

4. Vgl. auch oben zu § 1831 (Zustimmung des Vormundschaftsgerichts).

Literatur: Lützow, GuR. **10** 267.

§ 1948. a) ElsLothJZ. **09** 436, ElsLothNotZ. **09** 264, RheinZ. **2** 108, DNotV. **09** 575, R. **09** Ziff. 2125 (Colmar). Die Bedeutung des § 1948 ist lediglich die, daß dem gesetzlichen Erben, der den ihm hinterlassenen Erbteil ausschlägt, die zufolge der Ausschlagung etwa eintretende gesetzliche Erbfolge offen bleibt. Ein Wahlrecht zwischen dem hinterlassenen und dem gesetzlichen Erbteile hat hierdurch dem als Erben eingesetzten gesetzlichen Erben nicht eingeräumt werden sollen (vgl. SeuffA. **63** 154). **b**) Ebenso DJZ. **09** 1093 (KG.). Die gesetzliche Erbfolge tritt nur ein, wenn in Ansehung des ausgeschlagenen Erbteils auf Grund des Testaments weder eine Anwachsung noch eine Ersatzerbschaft eintritt.

§ 1956. OLG. **18** 311, DNotV. **09** 577 (Stuttgart). Da die Anfechtung wegen Irrtums (BGB. § 119) sich nur auf Willenserklärungen bezieht, die Versäumung der Ausschlagungsfrist aber an sich keine Willenserklärung ist, so findet § 1956 nur Anwendung, wenn der Erbe wegen Irrtums absichtlich die Ausschlagungsfrist verstreichen ließ, er also zu erkennen gegeben hat, daß ihm sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, bekannt sei, daß er aber davon keinen Gebrauch machen wolle. Ein solches Verhalten des Erben ist zwar kein Rechtsgeschäft, denn der Erwerb der Erbschaft ist nicht dadurch bedingt, daß der Erbe die Frist verstreichen lassen will, aber es ist eine Rechtshandlung, an die das Gesetz die Folge knüpft, daß bei ihrem Vorhandensein die Versäumung der Frist angefochten werden kann, falls im übrigen die Voraussetzung der Anfechtung vorliegt (Wendt, ACivPr. **92** 225, **RG. 58** 81). Deshalb kann von einer Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist keine Rede sein, wenn der Erbe innerhalb dieser Frist eine Ausschlagungserklärung abgegeben, nachträglich aber es sich herausgestellt hat, daß die Erklärung wegen Formmangels nichtig ist. Denn der Erbe hat hierdurch den Willen betätigt, die Erbschaft auszuschlagen, nicht aber den Willen, eine Ausschlagung zu unterlassen und eine Annahme der Erbschaft herbeizuführen. Hat er sich über die Rechtswirksamkeit seiner Ausschlagungserklärung geirrt und ist er hierdurch zu seinem weiteren Verhalten bestimmt worden, so liegt lediglich ein nach § 119 Abs. 1 BGB. nicht zu berücksichtigender Irrtum im Beweggrund und über die Folgen einer Willenserklärung vor.

§ 1958. *Hörle, aaO. 716. Vor der Annahme der Erbschaft ist in Ansehung des Nachlasses der beklagte Erbe weder parteifähig noch prozeßfähig (714). Ebensowenig ist er, abgesehen von den Fällen der §§ 1959 Abs. 1 u. 2, 677 ff. BGB., aktiv zur Sache legitimiert (vgl. §§ 207 BGB., 239 Abs. 5 ZPO.).

Solange zum Zwecke der Verwaltung des Nachlasses eine Nachlaßpflegschaft angeordnet ist, steht die gesetzliche Vertretung des Erben, sowie die Verwaltung des Nachlasses und das Prozeßführungsrecht ausschließlich dem Nachlaßpfleger zu (§§ 1960, 1961, 1962, 1915, 1793 BGB.).

§ 1959. *Hörle, aaO. 756. Hat der Erbe ohne die Erbschaft angetreten zu haben, nach § 1959 Abs. 1 Klage erhoben, so kann er, wenn zum Zwecke der Verwaltung des Nachlasses eine Nachlaßpflegschaft angeordnet ist, den Rechtsstreit nur auf Grund einer Vollmacht des Nachlaßpflegers weiterführen (§ 89 ZPO.).

§ 1960. I. Nachlaßsicherung im allgemeinen. 1. *Hörle aaO. 718 ff. In den Fällen der §§ 1960, 1961 hat das Nachlaßgericht von Amts wegen (§§ 12 ff. FGG.) die den Bedürfnissen des einzelnen Falles entsprechenden Sicherungsmaßregeln zu treffen, folglich auch festzustellen, ob der Erbe die Erbschaft angenommen hat oder nicht. Es muß daher auch nach Anordnung der Pflegschaft stets im Auge behalten, ob die Voraussetzungen seiner Offizialtätigkeit weggefallen sind, d. h. die Pflegschaft aufzuheben ist. Das Nachlaßgericht hat auch einzuschreiten, wenn der unbekannte oder ungewisse Erbe ein Ausländer ist, es sei denn, daß der ausländische Staat die Fürsorge wirksam übernommen hat. Die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß oder das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers hindert weder die Anordnung noch die Fortführung einer Nachlaßpflegschaft. Die Vertretungsmacht des Pflegers beginnt mit dem Zeitpunkte der Verpflichtung nach § 1789 (Bestellung). Die Bestellung ist mit Rücksicht auf §§ 1959 BGB., 20 FGG. dem vorläufigen Erben, den vom Pfleger nicht vertretenen Miterben, den Besitzern von Nachlaßgegenständen, sowie dem etwa vorhandenen Testamentsvollstrecker nach § 16 FGG. mitzuteilen.

2. OLG. **18** 321 (KG.). An dem Grundsatze (KGJ. **33** A 84) wird festgehalten, daß der Erbe im Sinne des § 1960 nicht mehr unbekannt ist, wenn mehrere Personen, unter denen sich in jedem Falle der richtige Erbe befindet, die Erbschaft angenommen haben, jedoch darüber streiten, wem die Erbschaft zukommt. Voraussetzung für die Anordnung der Nachlaßpflegschaft ist lediglich ein im Interesse des Erben bestehendes Bedürfnis zu Sicherungsmaßregeln; soweit in einem solchen Falle die Befriedigung der Gläubiger gefährdet wird, bietet ihnen § 1981 BGB. die Möglichkeit, ihr Interesse an der Erhaltung des Nachlasses zu wahren.

3. **RG. 69** 271. Es ist nicht zu beanstanden, wenn ein Nachlaßgericht (gemäß § 12 FGG.) Ermittelungen veranstaltet, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob die Erben die Erbschaft annehmen oder etwa Sicherungsmaßregeln zu ergreifen sind. Dazu gehört auch eine Befragung der Angehörigen des Erblassers, ob eine Verfügung von Todes wegen vorhanden sei (§ 2259 BGB.). Deshalb darf ein Ersuchen des Nachlaßgerichts um Vernehmung der Auskunftspersonen nicht deshalb abgelehnt werden, weil nach Landesrecht (z. B. in Baden) für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen die Notare zuständig seien, denn nach § 194 Abs. 4 FGG. bleibt von dieser landesgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmung die Verpflichtung der gerichtlichen Behörden, gemäß § 2 FGG. Rechtshilfe zu leisten, unberührt. Unerheblich ist, ob die Abgabe der erwarteten Erklärung im Belieben der zu vernehmenden Person steht.

II. Verzeichnung und Siegelung des Nachlasses. Josef, ABürgR. **33** 307. Ordnet das Gericht zum Zwecke der Nachlaßsicherung die Verzeichnung oder Siegelung an, so erstreckt sie sich der Natur der Sache nach auf sämtliche Sachen, die sich in der Sterbewohnung oder in den sonst vom Erblasser innegehabten Räumen befinden. Zur Entscheidung über die von Dritten an solchen Sachen geltend gemachten Rechte (z. B. Eigentum oder Zurückbehaltungsrecht) ist das Nachlaßgericht nach § 12 FGG. nicht berufen. Der Dritte hat vielmehr seine Ansprüche gegen den Nachlaßpfleger oder den Erben geltend

zu machen. Sachen, deren Nichtzugehörigkeit zum Nachlaß ohne weitere Ermittelung klar liegt, hat das Nachlaßgericht von der Verzeichnung oder Siegelung freizugeben; wer eine Freigabe aus diesem Grunde verlangt, hat zunächst beim Nachlaßgerichte vorstellig zu werden. Der mit der Verzeichnung oder Siegelung beauftragte Beamte hat, wofern ihm nicht landesgesetzlich die Anwendung von Gewalt zusteht, zur Beseitigung von Widerstand die Entschließung des Gerichts einzuholen. Die zwangsweise Öffnung der vom Erblasser benutzten Behältnisse wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie Eigentum Dritter sind. Auf Sachen, die sich außerhalb der vom Erblasser innegehabten Räume und im Besitz eines Dritten befinden, erstreckt sich gegen den Willen des Besitzers die Verzeichnung und Siegelung nicht; ein Zwang gegen den Besitzer steht in solchem Falle dem Nachlaßgerichte nicht zu.

III. Nachlaßpflegschaft. 1. *Hörle aaO. 751 ff. Der Nachlaßpfleger ist nicht der gesetzliche Vertreter des vorläufigen Erben, sondern der gesetzliche Vertreter des Erben, der die Erbschaft nach §§ 1946, 1953 BGB. annehmen wird, also dessen, der möglicherweise Erbe wird, des mutmaßlichen Erben, mithin einer ideellen Person. Der Pfleger ist verpflichtet, die Person und den Aufenthalt des als Erbe Berufenen zu ermitteln, ihn von dem Anfalle der Erbschaft und dem Grunde der Berufung in Kenntnis zu setzen und hierüber dem Nachlaßgerichte zu berichten, sowie den Erben nach §§ 1793, 164 ff., 130 ff. BGB. so weit zu vertreten, als es die Verwaltung (Erhaltung, Verwertung und Vermehrung) des Nachlasses in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung erfordert, ist aber hierbei an die in der Bestallung gezogenen Grenzen und an die vermögensrechtlichen Beschränkungen der §§ 1794, 1795, 181, 1796, 1797 Abs. 2, 1803, 2208, 2205 ff. BGB. gebunden.

2. Aus der Rechtsprechung. a) OLG. **18** 301 (KG.). Zur Aufgabe des Nachlaßpflegers kann auch die Verwaltung des Nachlasses gehören, wie § 2017 BGB., § 991 Abs. 2 ZPO. ergeben, ohne daß dies eine „Nachlaßverwaltung“ im technischen Sinne des § 1975 BGB. ist. **b)** OLG. **18** 294 (KG.). Auf die Festsetzung des Honorars des Nachlaßpflegers findet gemäß § 1915 der § 1836 BGB. Anwendung. **c)** Vgl. auch o. zu § 1836.

§ 1961. *Hörle aaO. 721. Eine Nachlaßpflegschaft muß auch dann eingeleitet werden, wenn zwar der Antrag nach § 1961 nicht begründet ist, die auf diesen hin nach §§ 1960 BGB., 12 ff. FGG. anzustellende Sachuntersuchung aber ergeben hat, daß die Pflegschaft nach § 1960 geboten ist.

§ 1962. *Hörle aaO. 762. Der Nachlaßpfleger haftet dem Erben für den aus seiner Pflichtverletzung entstehenden Schaden, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt (§§ 1833, 276 ff., 249 ff. BGB.). Vgl. auch Hörle zu § 839.

§ 1964. Romberg, DJZ. **09** 1143, empfiehlt zur Vermeidung der Belastung des Fiskus mit Bagatellnachlässen den Richtern und Notaren, den Beteiligten (statt der Ausschlagung der Erbschaft) die Erwirkung der Nachlaßverwaltung vorzuschlagen, da sie durch das dann zu erwartende Zeugnis des Nachlaßgerichts, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich sei, jedem Zugriff entgegentreten könnten.

§§ 1964, 1965. Die Entsch. des KG. — JDR. **7** zu §§ 1964, 1965 — auch SeuffBl. **09** 102, OLG. **18** 322.

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Kretzschmar hat im vorliegenden Berichtsjahre seine Darstellung der in diesem Titel geregelten Rechtsverhältnisse in verschiedenen Zeitschriften fortgesetzt und auch Einzelfragen behandelt. Martin hat der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten eine Sonderschrift gewidmet und will, im Gegensatze zur herrschenden Meinung, für die Zeit vor der Herbeiführung der Haftungsbeschränkung eine Haftung des Erben nur pro viribus hereditatis anerkennen. Die Rechtsprechung hat reiche Gelegenheit

gehabt, aus der unerschöpflichen Fülle dieses Titels neue Ausbeute für die Rechtsanwendung zu liefern. Hervorzuheben sind die Entsch. des OLG. Hamburg (zu § 1973) über die Rechtsstellung der ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses und des OLG. Braunschweig (zu § 1978), welches den Grundsatz der dinglichen Surrogation (vgl. BGB. § 2041) hinsichtlich der zu einer Nachlaßkonkursmasse gehörigen Nachlaßgegenstände verneint. — Zu der bekannten Streitfrage, welche Bedeutung der aufschiebenden Einrede des § 2014 zukommt, hat das KG. dahin Stellung genommen, daß durch § 2014 dem Erben ein materielles Verweigerungsrecht gewährt worden sei.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. I. Prinzip der Erbenhaftung. 1. OLG. **18** 314 (Königsberg) billigt die herrschende Ansicht, daß der Erbe unbeschränkt, d. h. auch mit seinem eigenen Vermögen, für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte und ihm nur gewisse Mittel, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, zu Gebote stünden.

2. **a)** *Martin, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Der Erbe haftet, solange er das Recht zur Beschränkung seiner Haftung nicht verloren hat, auch ohne besondere Voraussetzung beschränkt, nämlich nur auf den Wert der Erbschaft (pro viribus hereditatis). Durch die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung nach § 1975 BGB. wird diese Haftung nur in der Weise verengert, daß das Eigenvermögen des Erben frei wird und bloß noch der Nachlaß von den Nachlaßgläubigern in Anspruch genommen werden kann. **b)** Dagegen Kretzschmar, ZBlFG. **10** 301. Der Erbe haftet, solange er nicht die Beschränkung seiner Haftung herbeigeführt hat, mit seinem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf den Wert des Nachlasses.

II. Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten. 1. *Hörle aaO. 762. Der Erbe haftet für die Kosten der Nachlaßpflegschaft, die Ansprüche des Nachlaßpflegers aus seiner Geschäftsführung, die aus seinen Rechtshandlungen und Rechtsstreitigkeiten entstandenen Verbindlichkeiten, sowie seine zum Schadensersatze verpflichtenden Rechtshandlungen, die er im Gebiete der Verwaltung des Nachlasses vorgenommen hat.

2. Kretzschmar, R. **09** 99, Prozeßkostenpflicht des Erben. Soweit der wegen einer Nachlaßverbindlichkeit verklagte Erbe der unterliegende Teil ist und ihn deshalb die Kosten des Prozesses treffen, ist er unbeschränkt zu ihrer Tragung zu verurteilen. Eine Erstreckung seiner Haftungsbeschränkung auf die ihn treffenden Kosten ist ausgeschlossen, und eine Ausnahme auch nicht für den Fall zu machen, daß er den Anspruch unter Vorbehalt des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung sofort anerkennt. Dagegen kann er durch Erwirkung der Nachlaßverwaltung seine persönliche Haftung abwenden, und bezahlt er Nachlaßschulden, wegen deren Erstattung er sich gemäß § 1978 Abs. 3 an den Nachlaß halten kann, so hat er im Nachlaßkonkurse dieserhalb einen Masseanspruch (§ 224 Nr. 1 KonkO.).

3. BadNotZ. **09** 148 (Colmar). Unter den „Unkosten", welche bei einem Todesfall entstehen, werden in erster Linie die Begräbniskosten (§ 1968), eventuell auch die Kosten der letzten Krankheit und die Teilungskosten verstanden. Hat daher der Vermächtnisnehmer von dem Erblasser einen Barbetrag mit dem mündlichen Auftrag ausgehändigt erhalten, damit alle bei dessen Tode entstehenden „Unkosten" zu decken, so kann diese Bestimmung nicht ohne weiteres auf die dem Vermächtnisnehmer auferlegte Erbschaftsteuer bezogen werden, wenn im übrigen das Testament nichts darüber bestimmt, daß etwa das Vermächtnis „frei von allen Kosten und Lasten" auszuzahlen sei.

4. DJZ. **09** 718 (PrOVG.). Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören auch die Anliegerbeiträge im Sinne des PrBaufluchtlG. v. 2. Juli 1875, zu denen bereits der Erblasser in nicht mehr anfechtbarer Weise herangezogen worden ist.

§ 1968. 1. **RG. 71** 20, HansGZ. **1910** Beibl. 24, R. **09** Ziff. 1686, — in Bestätigung von OLG. **16** 262 (Hamburg) — JDR. **7** zu § 1968 —. Das dingliche Herrschaftsrecht einer israelitischen Gemeinde an ihrem Friedhofe berechtigt sie an sich und ohne Rücksicht darauf, was die jüdischen Ritualvorschriften darüber bestimmen, der Ausgrabung einer dort beerdigten Leiche entgegenzutreten. Es entspricht aber einer im deutschen Volke herrschenden sittlichen Anschauung, daß, wenn ganz besondere Gründe für die Ausgrabung und Überführung einer Leiche vorliegen (z. B. der auf andere Weise nicht zu erfüllende Wunsch einer aus der israelitischen Gemeinde ausgetretenen Witwe, nach dem Tode neben ihrem Manne im Grabe zu ruhen), der Eigentümer eines Friedhofs oder der diesen sonst dinglich Beherrschende sein Recht nicht zur Hinderung jenes Vorhabens benutzen darf.

2. WürttJ. **21** 148 (Stuttgart). Die Erben des in einer Wohnung verstorbenen Mieters können auf Grund des Mietvertrags den Vermieter auf Erstattung der Beerdigungskosten nicht um deswillen in Anspruch nehmen, weil durch Mängel der Wohnung der Tod ihres Erblassers verursacht worden sei, vielmehr gehören die Beerdigungskosten zu den Nachlaßverbindlichkeiten, die erst infolge des Erbfalls in der Person des Erben entstehen.

§ 1969. 1. *Rutz, SeuffBl. **09** 269. Der Anspruch der Hinterbliebenen im Sinne des § 1969 verjährt als Ganzes und geht nicht mit Ablauf der 30tägigen Frist unter. Kein Fall der Präklusion, sondern der messenden Befristung. Vgl. JDR. **4** Ziff. 2 zu § 194 BGB.

2. Schwabe, DJZ. **09** 143. Ein Miterbe macht sich nicht des Hausfriedensbruchs schuldig (StGB. § 123), wenn er die Wohnung des Erblassers betritt und darin gegen den Willen eines Miterben verweilt, auch wenn dieser Miterbe ein Familienangehöriger im Sinne des § 1969 BGB. ist. Denn mit dem Tode des Erblassers sind seine Erben in den bestehenden Mietvertrag eingetreten, und wenn ein Familienangehöriger auch ein Forderungsrecht auf Gestatten der Wohnungsbenutzung hat, so benutzt er doch die Wohnung nicht auf Grund dieses Forderungsrechts, wenn er lediglich wohnen bleibt, auch stehen ihm nicht mehr Rechte zu, als er bisher hatte, insbes. wird durch § 1969 das Mitbenutzungsrecht des Erben nicht ausgeschlossen.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§§ 1970 ff. 1. R. **09** Ziff. 2126 (Hamburg). Auch die bekannten Nachlaßgläubiger haben im Aufgebotsverfahren ihre Forderungen anzumelden. Unterlassen sie die Anmeldung, so wirkt das Ausschlußurteil gegen sie ebenso wie gegen die dem Erben unbekannten Gläubiger. Ebenso Gaupp-Stein Anm. 9 zu § 989 ZPO.

2. ElsLothJZ. **09** 618 (Colmar). Der Antrag des Nachlaßverwalters auf Aufgebot der Nachlaßgläubiger ist selbst dann zulässig, wenn der Erbe unbeschränkt haftet.

§ 1973. *Martin, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. a) Der Erbe, der sich auf den Ausschluß eines Gläubigers oder die Dürftigkeit des Nachlasses (§§ 1990 ff.) beruft, hat den Nachlaß insoweit in Natur herauszugeben, als es die Befriedigung des Gläubigers erfordert. Der Anspruch des Gläubigers geht sonach durch die Geltendmachung des Beschränkungseinwandes aus dem Anspruch auf Erfüllung in einen solchen auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände oder des Nachlaßüberschusses über (79 f., aA. Staudinger, Planck, Strohal). Diese Umwandlung tritt aber nicht schon, wie Binder (II 117 ff.) meint, mit der Rechtskraft des Ausschlußurteils oder dem tatsächlichen Vorliegen der Nachlaßdürftigkeit, sondern, wie anzunehmen, erst in jenem Augenblick ein, in dem der Erbe

sich gerichtlich oder außergerichtlich dem Gläubiger gegenüber auf die besonderen Tatbestände beruft (81 ff.). b) Wenn der Erbe von seinem Verweigerungsrechte Gebrauch macht, so muß das in dieser Sache ergehende Urteil notwendigerweise auf Herausgabe des Nachlaßüberschusses lauten (ebenso Binder II 117). Die Zwangsvollstreckung vollzieht sich nach den §§ 883 ff. ZPO. Ein Übergriff des vollstreckenden Gläubigers in das persönliche Erbenvermögen entbehrt, weil mit dem Inhalte des Vollstreckungstitels in Widerspruch tretend, der formellen Zulässigkeit. Einwendungen gegen solche Übergriffe sind nach § 766 ZPO. geltend zu machen (83 f.).

§§ 1973, 1985. OLG. **18** 324, HansGZ. **09** Beibl. 269, R. **09** Ziff. 2006 (Hamburg). An sich gibt das Ausschlußurteil den Nachlaßgläubigern, welche ihre Forderungen angemeldet haben, kein Vorrecht vor den Gläubigern, welche ihre Forderungen nicht angemeldet haben, vielmehr gewährt es nach § 1973 lediglich dem Erben die Erschöpfungseinrede, dagegen hat der nicht ausgeschlossene Gläubiger an sich keinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung (OLG. **5** 230). Dieses Rechtsverhältnis der Gläubiger untereinander ändert sich aber im Falle eines Konkurses, hier sind die ausgeschlossenen Gläubiger erst nach den nicht ausgeschlossenen zu befriedigen (§ 226 Abs. 4 KO.). Dieses Recht kann der nicht ausgeschlossene Gläubiger auch durch Klage gegen den Konkursverwalter oder einen sein Vorrecht bestreitenden Gläubiger geltend machen. Ebenso kann ein formell ausgeschlossener Gläubiger gegen den Konkursverwalter das Recht verfechten, er sei zu Unrecht ausgeschlossen und müsse in gleicher Reihe mit den nicht ausgeschlossenen Gläubigern bei der Verteilung der Konkursmasse berücksichtigt werden. Die hiernach zulässige Klage kann aber nicht darauf gestützt werden, daß einmal der Nachlaß für die vom Nachlaßverwalter unterlassene Anmeldung der klägerischen Forderung hafte und daß sodann der Konkursverwalter sich nicht auf Versehen des Nachlaßverwalters berufen könne. Denn lediglich ein Versehen des Nachlaßverwalters kann nicht zur Aufhebung des Ausschlußurteils führen, ebensowenig hat der Konkursverwalter Mängel der Verwaltung seines Vorgängers, soweit nicht Dritte hieraus Ersatzansprüche erworben haben, im Verhältnisse zum Vorgänger gegen sich gelten zu lassen. Hat der Nachlaßverwalter (etwa durch Unterlassung der Aufnahme der klägerischen Forderung in das gemäß § 992 ZPO. einzureichende Verzeichnis) ein Versehen begangen, so haftet nur er, nicht der Nachlaß für sein Versehen. Dies ergibt sich aus § 1985 in Verbindung mit § 1978 Abs. 2. Nach dieser Bestimmung gehören die Ansprüche gegen den Nachlaß wegen schlechter Verwaltung zum Nachlasse, können sich also nicht gleichzeitig gegen den Nachlaß richten.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Literatur: Kretzschmar, LeipzZ. **09** 189, behandelt den Einfluß des Nachlaßkonkurses auf die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten, insbesondere die Verhältnisse während und nach Beendigung des Nachlaßkonkurses. — Derselbe, ZBlFG. **9** 447, gibt einen Überblick über die Rechtsgrundsätze der Nachlaßverwaltung in folgenden Abschnitten: I. Allgemeines. 1. Zweck der Nachlaßverwaltung. 2. Verfahren. 3. Rechtliche Stellung des Verwalters. II. Anordnung der Nachlaßverwaltung. 1. Antragsrecht. 2. Ablehnung. 3. Rechtsmittel. 4. Kundbarmachung der Nachlaßverwaltung. III. Wirkungen der Nachlaßverwaltung. 1. Verwaltung und Verfügung. 2. Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß. 3. Prozeßführung. 4. Zwangsvollstreckung. 5. Unwirksamkeit und Unzulässigkeit der Stellung einer Inventarfrist. IV. Obliegenheiten des Nachlaßverwalters. V. Beendigung der Nachlaßverwaltung. — Derselbe, SeuffBl. **09** 192, behandelt die Beschränkung der Haftung des Erben in den Fällen der §§ 1990, 1992 in folgenden Unterabschnitten: I. Dürftigkeit des Nachlasses. II. Überschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen und Auflagen. — Martin, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Leipzig 1909.

1. Vgl. o. zu § 1890 BGB. (Schlußrechnung.)

2. *Martin, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten 96 ff. a) § 1975 regelt lediglich denjenigen Haftungszustand, welcher während der Dauer der Nachlaßseparation besteht, im übrigen läßt er für die Frage der Haftungsgestaltung, wie sie vor der Herbeiführung der Nachlaßforderung gegolten hat, nur die Folgerung zu, daß vor jenem Zeitpunkt eine Haftung cum viribus hereditatis nicht bestanden haben kann, und daß demnach bis dahin der Erbe auch mit seinem Eigenvermögen gehaftet haben muß. Ein Rückschluß auf den Umfang dieser Verhaftung des Eigenvermögens ist jedoch nicht aus § 1975, sondern nur aus den übrigen Vorschriften des Gesetzes zu gewinnen. Aus diesen folgt aber, daß die Haftung des Erben auch schon vor der Herbeiführung der Nachlaßseparation eine beschränkte gewesen sein muß. (S. 59 ff., Binder II 64 ff u. a.) Die Kombination einer Verhaftung des Eigenvermögens des Erben mit der gleichzeitigen Beschränkung dieser Haftung ist nun aber nur möglich, wenn man annimmt, daß dem geltenden Rechte als regelmäßige Haftungsart die Haftung pro viribus hereditatis zugrunde liegt. Diese Haftungsart entspricht noch der Regelung, welche die Erbenhaftung im 1. Entwurfe zum BGB. gefunden hatte (25, Binder II 55, Planck, [3] 92 Ziff. 5 II). b) Mit Hachenburg (Vorträge 672 f.) ist mit Rücksicht auf § 2000 Satz 3 anzunehmen, daß nach § 1975 die Haftung des Erben cum viribus hereditatis nur so lange fortdauert, als die Nachlaßforderung besteht. Nach Aufhebung der Separation tritt regelmäßig der ursprüngliche Haftungszustand (Werthaftung) wieder ein. Insbesondere besteht von nun an für den Erben regelmäßig wieder die Gefahr, der absolut unbeschränkten Haftung anheimzufallen (94 f.).

§ 1978. R. **09** Ziff. 2435, 2346 (Braunschweig). Für die Zugehörigkeit zur Nachlaßkonkursmasse gilt der Grundsatz der dinglichen Surrogation nicht. Der § 2041 BGB. ist auf das Verhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern nicht anwendbar. Die Frage, was zur Nachlaßkonkursmasse gehört, ist vielmehr ausschließlich aus den hierfür erlassenen Bestimmungen zu folgern. (§ 1978 in Verbindung mit §§ 667, 681 BGB.) Hiernach ist der Konkursverwalter darauf beschränkt, den zum Nachlasse gehörigen Anspruch geltend zu machen. Gerät der Erbe in Konkurs, so kann der Verwalter des Nachlaßkonkurses nicht Aussonderung verlangen, sondern nur eine Konkursforderung anmelden. — Die Frage, ob der Erbe für den Nachlaß erworben hat, ist nicht nach objektiven Grundsätzen, sondern nach der Willensrichtung des Erben zu beantworten.

§ 1981. Gegen RJA. **7** 102 (KG.) — JDR. **5** Ziff. I zu § 1981 —, wonach der Erbe die Nachlaßverwaltung auch zu dem Zwecke beantragen könne, um sich eine Übersicht über den Nachlaß zu verschaffen, Kretzschmar ZBlFG. **9** 447 Anm. 1, welcher als Voraussetzung der Anordnung der Nachlaßverwaltung die Erklärung des Erben, daß er die Erbschaft annehme, fordert, so daß ein Antrag auf Nachlaßverwaltung, wenn bei dessen Stellung der Erbe sich die Entschließung über die Annahme der Erbschaft vorbehielte, abzuweisen wäre.

§ 1984. 1. SeuffA. **64** 81 (Braunschweig). Während der Nachlaßverwaltung kann eine Pfändung zum Zwecke der Befriedigung einer Nachlaßforderung nur gegen den Nachlaßverwalter und nur in Nachlaßgegenstände gerichtet werden. — Eine von dem Erben während der Nachlaßverwaltung vorgenommene Verfügung über Nachlaßgegenstände erlangt mit der Aufhebung der Nachlaßverwaltung unbeschränkte Wirksamkeit.

2. OLG. **18** 316 (KG.). § 1984 gilt in seiner Wirkung auch gegenüber einem Testamentsvollstrecker, diesem kann daher das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nur insofern verbleiben, als es mangels eines Vollstreckers dem Erben selbst verbleiben würde. Deshalb ist auch während der Nachlaßverwaltung der Testamentsvollstrecker weder aktiv noch passiv prozeßlegitimiert, und die während

dieser Zeit von ihm eingegangenen Nachlaßverbindlichkeiten können die Befriedigung der übrigen Nachlaßgläubiger nicht beeinträchtigen. Der entgegenstehenden Ansicht von Hagen (JheringsJ. **42** 82) wird nicht beigetreten.

3. OLG. **18** 411, BreslauAK. **09** 42 (Breslau). Ein nach Einleitung der Nachlaßverwaltung gegen den Erben festgestellter Anspruch kann während dieser Verwaltung nicht in dem Nachlaß vollstreckt werden, da sonst der Zweck der Nachlaßverwaltung, den Nachlaß in erster Linie zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger flüssig zu machen, vereitelt werden würde.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 2127. Ist auf Antrag der mit Erbschein ausgerüsteten Intestaterben ein Nachlaßverwalter ernannt, so stehen bis zur Aufhebung der Nachlaßverwaltung dem Nachlaßverwalter die ihm durch das Gesetz zugewiesenen Rechte zu, und seine Aktivlegitimation wird nicht dadurch beseitigt, daß die auf Herausgabe des Nachlasses in Anspruch Genommenen behaupten, Testamentserben zu sein. Die Frage, wer der wahre Erbe sei, ist zwischen den Erbprätendenten auszutragen.

§ 1985. **RG.** JW. **1910** 66, R. **1910** Ziff. 328, 329. Die Vorschrift des § 1985 ist nicht dahin aufzufassen, daß dem Nachlaßverwalter die Verwaltung nur insoweit übertragen sei, als dies zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich sein würde, hat vielmehr nur die Bedeutung einer aus dem Zwecke seiner Einsetzung sich ergebenden Anleitung für seine Tätigkeit. Eine Zuwiderhandlung gegen diese Anleitung kann der verklagte Nachlaßschuldner keinesfalls geltend machen, auch wenn er Erbe oder Miterbe ist. Gegen unzweckmäßige oder über den Zweck der Nachlaßverwaltung hinausgehende Handlungen des Nachlaßverwalters kann der Erbe nur bei dem Nachlaßgerichte Widerspruch erheben.

§ 1987. R. **09** Ziff. 2437 (Hamburg). Die dem Nachlaßverwalter zustehende angemessene Vergütung ist von dem Nachlaßgericht unter Ausschluß des Rechtswegs festzusetzen (§§1975, 1962, 1836). Behauptet jedoch der Verwalter, es sei zwischen ihm und dem Erben eine Vergütung vereinbart, so ist dieser Streit im ordentlichen Verfahren auszutragen. Erhebt sich im Laufe des Verfahrens ein Streit über die Angemessenheit der Vergütung, so ist nach § 12 FGG. das Nachlaßgericht auch für diesen Streit zuständig, da für einen solchen Fall weder, wie im § 95 FGG., eine Aussetzung des Verfahrens angeordnet, noch, wie im § 127 FGG., die Verweisung auf den Prozeßweg zugelassen ist.

§ 1988. 1. **RG.** R. **1910** Ziff. 330. Die Nachlaßverwaltung endigt nicht von Rechts wegen, auch wenn keine Nachlaßverbindlichkeiten mehr vorhanden sind, sondern — abgesehen von dem Falle des § 1988 Abs. 1 — nur durch Aufhebung, die in Ermangelung einer den Kosten entsprechenden Masse ausgesprochen werden kann und nach Erfüllung der Aufgabe der Nachlaßverwaltung ausgesprochen werden muß (§ 1919).

2. Über die Schlußrechnung des Nachlaßverwalters vgl. o. zu § 1890 BGB.

§ 1989. 1. OLG. **18** 316 (Breslau). Der Umstand, daß der Nachlaßkonkurs durchgeführt ist, rechtfertigt nicht die völlige Abweisung der von einem Nachlaßgläubiger gegen die Erben erhobenen Klage, da der Nachweis, daß sich später noch unverteilte Nachlaßgegenstände nicht finden könnten, nicht zu erbringen ist, während doch für diesen Fall dem Gläubiger die Möglichkeit eines Zugriffs nach § 1973 Abs. 2 BGB. offen zu halten ist. Nicht zu beanstanden ist die Verurteilung der Erben in der Weise, daß sie nur mit dem Nachlaß und nur nach ihren Erbteilen haften (§§ 1975, 2060).

2. Kretzschmar, LeipzZ. **09** 193, nimmt für den Nachlaßkonkurs an, daß in Abweichung von der Vorschrift des § 193 Satz 1 KonkO. auch solche nicht unter die Vorschrift des § 230 Abs. 2 Satz 1 KonkO. fallende Konkursgläubiger an dem Zwangsvergleiche nicht teilnehmen, die ihre Forderungen im Konkurse

nicht angemeldet haben, da, wollte man dies nicht annehmen, der Erbe im Hinblick auf die Möglichkeit, daß noch ihm unbekannt gebliebene Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, einen Zwangsvergleich gar nicht würde schließen können, insbesondere der Erbe insoweit auch durch ein vorangegangenes Aufgebotsverfahren nicht gegen neu auftretende Gläubiger geschützt sein würde. AM. Hellmann, Binder, v. Staudinger, Ötker, Seuffert BuschsZ. **22** 518, Hagen IheringsJ. **42** 116 Anm. 78.

§ 1990. 1. OLG. **18** 314 (Königsberg). Die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses kann zwar bereits im Prozeß erhoben und bereits im Urteil entschieden werden, das Gericht kann sich aber auch damit begnügen, dem Beklagten gemäß § 780 ZPO. die Beschränkung seiner Haftung vorzubehalten, und das letztere muß stets dann geschehen, wenn die Haftung des Erben (z. B. durch Versäumung der Inventarfrist) noch unbeschränkbar werden kann.

2. Kretzschmar, SeuffBl. **09** 195, schildert den Gang des Prozeßverfahrens im Falle des § 1990 in folgender Weise: In der Regel wird die Nachlaßverbindlichkeit eine Geldschuld sein und die Klage des Gläubigers auf Zahlung des Schuldbetrags gehen. Macht der Erbe die Beschränkung seiner Haftung bereits gegenüber der Klage des Gläubigers geltend, so kann der Gläubiger gemäß § 268 Nr. 3 ZPO. seinen Klagantrag nunmehr auf die Verurteilung des Erben zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen seiner, des Gläubigers, Forderung in die vom Erben zu bezeichnenden Gegenstände richten oder sonst entsprechend abändern. Wird die Beschränkung der Haftung von dem Erben im Wege der Vollstreckungsgegenklage (ZPO. § 767) geltend gemacht, so unterliegt diese, soweit dem Erben eine Erstattung obliegt, der Abweisung; die Verurteilung des Erben zur Duldung der Zwangsvollstreckung in die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände, in die der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nicht gesucht hatte, ist hier im Wege der Widerklage zu beantragen. Steht dem Erben ein noch unbeglichener Anspruch auf Erstattung von Aufwendungen oder eine noch unberichtigte Forderung an den Erblasser zu, so kann er, wenn er es nicht vorzieht, zunächst erst sich selbst aus den noch vorhandenen Gegenständen zu befriedigen, eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung dahin verlangen, daß aus dem Erlöse der Betrag seiner Forderung im voraus erstattet werde.

3. Kretzschmar, SeuffBl. **09** 194. Der Erbe kann das gemäß § 1990 Abs. 2 erlangte Pfandrecht (Hypothek, Vormerkung) anfechten; der Weg dazu ist die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. War das der Maßregel zugrunde liegende Urteil gegen den Erben selbst ergangen, so hat die Klage den Vorbehalt des Rechtes zu Beschränkung seiner Haftung in dem Urteile zur Voraussetzung (§ 780 ZPO.).

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1994. 1. BadNotZ. **09** 197 (LG. Fürth). Auch solche Nachlaßgläubiger, die zugleich Miterben sind, sind trotz ihrer Miterbeneigenschaft berechtigt, beim Nachlaßgerichte die Bestimmung einer Inventarfrist und die Leistung des Offenbarungseids (§ 2006) zu beantragen. Dies gilt auch für den Fall, daß sie den Pflichtteilsergänzungsanspruch haben, denn auch der Pflichtteilsergänzungsberechtigte (§ 2325) ist Nachlaßgläubiger.

2. KBl. **09** 11 (KG.). Der Gläubiger hat die Bestimmung, der Erbe die Innehaltung der Frist des § 1994 zu beweisen.

§ 2002. KGBl. **09** 11 (KG.). Zu den nach § 2002 zuständigen Beamten gehört in Preußen ein gerichtlicher Taxator nicht (§ 70 AGGVG., PrFGG. Artt. 31, 104, 108).

§ 2003. R. **09** Ziff. 3380 (BayObLG.). Wählt die Witwe nach kinderlosem Ableben des Ehemanns Herausgabe ihres eingebrachten Gutes und Heraus-

zahlung des Pflichtteils auf Grund des Altonaer Statutarrechts, so steht ihr das Recht nicht zu, die Errichtung eines Nachlaßinventars durch einen Notar zu beantragen.

V. Aufschiebende Einreden.

§ 2014. OLG. **18** 318, KGBl. **09** 25, DNotV. **09** 600 (KG.) nimmt an, daß § 2014 dem Erben ein materielles Verweigerungsrecht habe beilegen wollen, wie dies durch die Überschrift der §§ 2014—2017 („aufschiebende Einreden") zum Ausdrucke gekommen sei, während der § 305 ZPO. eine Sondervorschrift zugunsten des Gläubigers enthalte, da er sonst abgewiesen werden müßte, wie das die Worte „ist eine Verurteilung nicht ausgeschlossen" erkennen ließen.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§§ 2018 ff. *Hörle, ZBlFG. **9** 756, 765. Während der Nachlaßpflegschaft stehen die Erbschaftsansprüche aus §§ 2018 ff. ausschließlich dem Nachlaßpfleger zu. Bei einer Erbengemeinschaft hat der Nachlaßpfleger sowohl gegen die von ihm nicht vertretenen Erben als auch gegen Dritte die Erbschaftsansprüche (hereditatis petitio partiaria).

§ 2018. **RG.** R. **09** Ziff. 3791. Erbschaftsbesitzer ist nur derjenige, welcher (auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts) etwas aus der Erbschaft, nicht derjenige, welcher bei Lebzeiten des Erblassers etwas aus dessen Vermögen erlangt hat.

§ 2027. 1. a) BayRpflZ. **09** 379 (Bamberg). Die den Erbschaftsbesitzer (§ 2018 BGB.) nach § 2027 Abs. 1 und 2 treffende Auskunftspflicht kann auch einem Erben gegenüber seinen Miterben obliegen, wenn er sich eigenmächtig in den Besitz von Erbschaftsgegenständen gesetzt hat, ohne sie für die Erbengemeinschaft besitzen zu wollen, oder wenn er eine nach § 2038 Satz 2 Halbs. 2 zulässige, zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Maßregel ohne Mitwirkung seiner Miterben vorgenommen hat (SeuffBl. **05** 16; GruchotsBeitr. **48** 973). **b)** OLG. **18** 327 (Stettin). Als „Erbschaftsbesitzer" im Sinne des § 2027 Abs. 1 ist nicht bloß derjenige zu verstehen, der überhaupt keinen Erbanspruch hat und sich dennoch in den Besitz des Nachlasses setzt, sondern auch der „Miterbe", der den ganzen Nachlaß in Besitz genommen hat (Dernburg V § 154[8], GruchotsBeitr. **48** 976), vorausgesetzt, daß er sich mehr aus der Erbschaft anmaßt, als ihm zukommt. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Miterbe den Nachlaß teils für sich, teils für seine durch ihn vertretenen Miterben in Besitz genommen hat. Dagegen kann die Voraussetzung des § 2027 Abs. 2 gegeben sein, wenn ein Miterbe, ohne Erbschaftsbesitzer im technischen Sinne zu sein, den Nachlaß in Besitz genommen hat, bevor die Miterben den Besitz tatsächlich ergriffen haben. Denn wenn auch rechtlich der Mitbesitz an der Erbschaft ohne weiteres auf sämtliche Erben überging (BGB. § 857), so erwarb ihn doch tatsächlich der nunmehr auf Auskunftserteilung in Anspruch genommene Miterbe, wenn auch zum Teil als Vertreter seiner Miterben.

2. OLG. **18** 335, 337 (KG. III. ZS.). Im Falle der §§ 2027, 260 können Wertangaben nicht beansprucht werden, ebensowenig, daß das Bestandsverzeichnis den besonderen Vorschriften des § 2121 (Tag der Aufzeichnung, öffentliche Beglaubigung, Zuziehung des Berechtigten) entspricht, vielmehr genügt nach § 260 die Vorlegung eines einfachen Bestandsverzeichnisses. Soweit einzelne Gegenstände darin nicht ausreichend spezifiziert sind, kann allenfalls eine ergänzende Auskunft, nicht aber die nochmalige Aufstellung eines vollständig neuen Bestandsverzeichnisses begehrt werden.

3. Vgl. auch zu § 2212.

§ 2028. 1. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3792. Ob häusliche Gemeinschaft gegeben ist, läßt sich nur unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie zur Zeit des Erbfalls bestanden, entscheiden. Ein vollständiges Zusammenleben unter demselben Dache wird dabei nicht vorausgesetzt. b) BayRpflZ. **09** 379 (Bamberg). Liegen die Voraussetzungen des § 2028 in der Person eines Miterben vor, so liegt auch diesem die dort vorgesehene Verpflichtung ob. Häusliche Gemeinschaft setzt nicht eine vollständige Gemeinschaft aller sich zu Hause abspielenden Lebensbeziehungen voraus; es genügt, daß die Person in einem solchen dauernden Verhältnisse zu dem Erblasser und seinem Vermögen gestanden hat, daß ihr leicht Gelegenheit gegeben war, Nachlaßgegenstände zu beseitigen. Dies ist der Fall, wenn die Person mit dem Erblasser die Wohn- und Schlafstätte geteilt hat und bei ihm beköstigt worden ist, auch wenn sie in demselben Stockwerk ein eigenes Zimmer zur Aufbewahrung ihrer Möbel besaß.

2. a) Josef, BadRpr. **09** 99. Das dem Verzeichnungs- oder Auskunftsberechtigten gemäß §§ 259, 260, 2028, 2057 zustehende Recht auf eidliche Erhärtung des ihm vorgelegten Verzeichnisses oder der ihm erteilten Auskunft im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat zur notwendigen Voraussetzung, daß der Pflichtige das Verzeichnis vorgelegt oder die Auskunft erteilt hat. b) OLG. **18** 327 (Stettin). Zur Auskunftserteilung im Sinne des § 2028 gehört nicht die Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses, also über den Bestand der Erbschaft, nicht über erbschaftliche Geschäfte.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung: Auch zu diesem Titel hat Kretzschmar einen ausführlichen Aufsatz über die Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge beigesteuert. Die Rechtsprechung ist insbesondere bei § 2042 ergiebig gewesen, das RG. hat sich eingehend (vgl. Ziff. 5 zu § 2042) über den Begriff des Erbauseinandersetzungsvertrags und dessen Verhältnis zum Erbschaftskaufe geäußert.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§ 2032. Entstehung und Bedeutung der Erbengemeinschaft. 1. a) DNotV. **09** 614, ElsLothNotZ. **09** 310 (Colmar). Die Erbengemeinschaft kann nur durch Erbfall, nicht durch Rechtsgeschäft (Auseinandersetzungsvertrag) begründet werden. Deshalb ist es unzulässig, im Wege der Auseinandersetzung die ererbten Grundstücke unter die Erben zu verteilen, dabei aber gewisse Grundstücke einzelnen Kindern „als Miterben" zuzuteilen. b) KGJ. **37** A 145 (KG.). Die Erbengemeinschaft ist keine in Ansehung ihrer Selbständigkeit der juristischen Person gleichstehende Gemeinschaft, sondern lediglich eine Bezeichnung für die unter den Miterben als den Trägern des Nachlaßvermögens bestehende Gemeinschaft zur gesamten Hand, kein von der Person der Miterben verschiedenes Rechtssubjekt. Deshalb kann sie sich bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft nicht als solche mit einer einheitlichen Vermögenseinlage beteiligen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1107, SeuffBl. **09** 770, PosMSchr. **09** 79. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage, daß der beklagte Miterbe die Verbindlichkeiten des Nachlasses allein zu tragen habe, wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Kläger schon die Erbteilungsklage zu Gebote steht, auch wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten bereits tatsächlich aus dem Nachlasse berichtigt sind.

3. DJZ. **09** 1333, R. **09** Ziff. 3569 (KG.). Gehört zu einem Nachlaß ein Anteil an einer Gesellschaft und erwirbt der andere Gesellschafter den Anteil am Nachlasse des Erblassers, so wandelt sich damit das bisherige Gesamt-

eigentum der Gesellschafter in Alleineigentum des erwerbenden Gesellschafters um.

4. R. **1910** Ziff. 99 (BayObLG.). Ein nach § 2033 Abs. 1 Satz 2 geschlossener Vertrag enthält auch nicht eine teilweise Auseinandersetzung.

§ 2033. 1. KGJ. **37** A 273, RJA. **10** 69, R. **09** Ziff. 1599 (KG.) bestätigt KGJ. **20** A 85, **28** A 111, wonach die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück unzulässig ist, dagegen auf Grund einer Verfügung über den Erbanteil eines Miterben Eintragungen, z. B. einer Verpfändung, auf dem Nachlaßgrundstücke stattfinden und Pfändungen des Erbanteils als Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden können (vgl. KGJ. **26** A 114, **31** A 263), auch wenn das Nachlaßgrundstück der Verfügung eines Testamentsvollstreckers unterliegt. Die Zustimmung des Testamentsvollstreckers ist nicht erforderlich, da dessen Recht durch die Eintragung nicht beeinträchtigt wird. Der § 2214 BGB. steht der Eintragung des Pfändungsvermerkes nicht entgegen, da es sich bei der Eintragung nicht um eine Zwangsvollstreckung in das Nachlaßgrundstück handelt.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1061, SeuffBl. **09** 460, R. **09** Ziff. 2128. § 2033 Abs. 2 schließt nur die dingliche Verfügung aus, steht aber nicht einer bloß obligatorischen Verpflichtung entgegen. In der dinglichen Verfügung eines Miterben ist nicht ohne weiteres auch die obligatorische Verpflichtung enthalten, die nach der Erbauseinandersetzung zufallenden Erbschaftsgegenstände oder den anteiligen in Geld umzusetzenden Nachlaßüberschuß zu übertragen, es müssen vielmehr außer der Verfügung auch noch besondere obligatorische Verpflichtungen vorliegen, wenn der Miterbe im Falle der Nichtigkeit der „Verfügung" gebunden sein soll. Ob eine solche obligatorische Verpflichtung vorliegt, ist Tatfrage.

3. *Jung, BayNotZ. **09** 440. Bei Verfügungen des in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehemanns über seinen Erbteil und über Nachlaßgrundstücke bedarf der Ehemann nicht der Zustimmung seiner Ehefrau, weil diese Verfügungen nicht Grundstücke als solche betreffen.

§ 2038. 1. OLG. **18** 328 (Posen). Über die Grenzen der Verwaltung geht es hinaus, vielmehr handelt es sich um eine Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände, wenn ein Miterbe von seinen Miterben die Einwilligung dazu verlangt, daß aus einem bestimmten Nachlaßgegenstande zwei bestimmte Nachlaßgläubiger befriedigt werden.

2. OLG. **18** 328 (Stettin). Ein Miterbe ist nicht berechtigt, eine Abschlagszahlung auf seinen Erbteil zu verlangen, wenn die Erbauseinandersetzung deshalb nicht erfolgen kann, weil über seine Erbquote noch ein Rechtsstreit schwebt. Eine entsprechende Anwendung des § 2038 Abs. 2 Satz 3 auf diesen Fall ist nicht angängig. Die Vorschrift des § 2038 Abs. 2 Satz 3 gilt nur für die in den §§ 2043 bis 2045 ausdrücklich bestimmten Fälle.

3. SächsOLG. **30** 81 (Dresden). § 2038 in Verbindung mit § 745 Abs. 2 BGB. gewährt einem Miterben nur das Recht, von den übrigen Miterben eine dem Interesse aller Erben nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung zu fordern, nicht aber, einseitig eine ihm genehme Verwaltung, insbesondere die Bestellung eines Verwalters, durch das Nachlaßgericht herbeizuführen.

§ 2040. **RG.** R. **09** Ziff. 491, WarnE. **2** 208. Im allgemeinen kann zwar nach dem Tode des Schuldners bis zur Teilung des Nachlasses der Gläubiger nur alle Miterben des Schuldners gemeinsam belangen, aber das ist widersinnig, wenn der Gläubiger selbst zu den Miterben des Schuldners gehört. In einem solchen Falle ist eine Klage des Gläubigers gegen alle übrigen Miterben gemeinsam zuzulassen, denn ein anderer Ausweg ist nicht erkennbar.

§ 2042. 1. Die Entsch. des OLG. Cassel — JDR. **7** Ziff. 2 u. 3 a zu § 2042 — auch SeuffA. **64** 23.

2. Teilweise Auseinandersetzung. ElsLothJZ. **09** 425, ElsLothNotZ. **09** 358, R. **09** Ziff. 2007 (Colmar). Die unvollständige Teilung eines Nachlasses ist nach dem bestehenden Rechte zulässig und möglich, und eine solche kann zwar, muß aber nicht notwendig bezüglich der ungeteilt gebliebenen Gegenstände eine Bruchteilsgemeinschaft zur Folge haben, sondern die Absicht der Beteiligten entscheidet darüber, ob die Erbengemeinschaft bestehen bleibt oder Bruchteilsgemeinschaft eintritt. In diesem Sinne sind auch die Entsch. ElsLothZ. **29** 493 und **30** 315 zu verstehen.

3. Kein Anwachsungsrecht. DNotV. **09** 619 (Colmar). Erwirbt ein Miterbe im Auseinandersetzungsverfahren bei einer öffentlichen freiwilligen Versteigerung ein zur Erbmasse gehöriges Grundstück, so erhält er nicht zu seinem bisherigen Anteil an dem Grundstücke die Anteile der übrigen Miterben hinzu, vielmehr liegt, da das BGB. ein Anwachsungsrecht bei der Erbauseinandersetzung nicht kennt, nur eine gewöhnliche rechtsgeschäftliche Veräußerung vor.

4. Auseinandersetzung wegen einzelner Nachlaßgegenstände. a) SeuffA. **64** 250, R. **09** Ziff. 1150 (Celle). Die Pfändung eines Anteils an einem Nachlasse (ZPO. § 859 Abs. 2) gewährt dem Gläubiger nicht das Recht, einen einzelnen Nachlaßgegenstand herauszugreifen und bezüglich dieses Gegenstandes die Aufhebung der Gemeinschaft im Wege der Auseinandersetzung zu erzwingen, vielmehr muß sich die Teilung auf den gesamten Nachlaß erstrecken und ist nur zulässig, wenn die Einwilligung sämtlicher Miterben beigebracht oder eine Verurteilung mittels der auf den ganzen Nachlaß erstreckten Erbteilungsklage erwirkt ist. b) OLG. **18** 330 (Cöln). Der Miterbe kann nicht die Zwangsversteigerung eines einzelnen Nachlaßgrundstücks gegen den Widerspruch der anderen Erben herbeiführen. Der in § 2042 in Bezug genommene § 753 BGB. ist nur anwendbar, wenn zwischen den Erben lediglich noch in Ansehung des Nachlaßgrundstücks eine Gemeinschaft besteht, im übrigen aber die Auseinandersetzung bereits Platz gegriffen hat. Es würde auch dem im § 2040 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze widersprechen, wonach die Erben vor der Auseinandersetzung über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinsam verfügen können. c) Vgl. dagegen Weißler, DNotV. **09** 606, unter Berufung auf §§ 180, 181 ZVG.

5. Begriff des Erbauseinandersetzungsvertrags. **RG.** BayRpflZ. **09** 413, HansGZ. **1910** Beibl. 20, HansGZ. **1910** Beibl. 38, R. **09** Ziff. 2438, 2446. Es gehört keineswegs zum Begriff eines Erbauseinandersetzungsvertrags, daß die hieran beteiligten Erben sich auch gegenseitig als kontrahierende Erben anerkennen müßten, vielmehr steht nichts entgegen, daß zwei Gruppen von Erbprätendenten die Auseinandersetzung gerade als Mittel zum Ausgleiche der streitigen Erbberechtigungen benutzen. Mit demselben Rechte, wie durch einen Erbschaftskauf auch bestrittene Erbrechte des Verkäufers bedingt — für den Fall, daß sie doch bestünden — auf den Käufer übertragen werden können, kann auch ein Erbprätendent bedingt — für den Fall, daß er sich doch als Erbe ausweist — an der Erbauseinandersetzung beteiligt werden. Das Gesetz stellt auch für Art und Inhalt der Auseinandersetzung keine zwingenden Rechtsnormen auf, und es ist deshalb nicht berechtigt, eine nicht auf einer förmlichen Verständigung über den Bestand und Wert des Nachlasses beruhende Auseinandersetzung als eine nicht ordnungsmäßig gehandhabte zu bezeichnen. Wie die Erfahrung lehrt, werden Nachlässe häufig in der Weise aufgeteilt, daß kurzer Hand einem oder mehreren Miterben die ausschießliche Verfügung darüber gegen gewisse an die übrigen Beteiligten zu zahlende Abfindungen überlassen wird. Selbst aber wenn ein wirklicher Erbschaftskaufwille bei

den Vergleichschließenden vorgelegen hat, so wären zwar im Falle der Nichtbeobachtung der Form der §§ 2371 ff. die eigentlichen charakteristischen Folgen des Erbschaftskaufs nicht eingetreten, damit wäre aber keineswegs unvereinbar, die neben dem Erbschaftskauf einhergehenden Verabredungen insoweit bei vollen Kräften zu erhalten, als sie einen selbständig wirksamen obligatorischen Inhalt haben.

6. Vgl. auch *Martin, BadNotZ. **09** 123 (o. zu § 753 BGB.).

§ 2048. RG. R. **09** Ziff. 855. Hat ein Erblasser letztwillig seiner Schwester den lebenslänglichen Nießbrauch an seinem gesamten Nachlaß eingeräumt und weiter bestimmt, daß nach deren Tode sein gesamtes Grundvermögen zu angemessenem Preise an einen seiner dann noch lebenden Brüder oder Brudersöhne zu verkaufen sei, daß aber auch schon seine Schwester zu einem solchen Verkaufe befugt sein solle, so haben, wenn die Schwester den Grundbesitz an einen der Brüder unter dem angemessenen Preise verkauft hat, die übrigen Erben Anspruch darauf, daß der angemessene Preis zur Erbmasse eingezahlt werde, wogegen der Erwerber, wenn ihm dieser Preis zu hoch ist, befugt sein würde, vom Kaufvertrage zurückzutreten und den Grundbesitz zur Erbmasse zurückzugeben. Der Anspruch auf Zahlung des angemessenen Preises würde mit der Erbteilungsklage geltend zu machen sein, diese Klage kann aber erst nach dem Tode der Schwester erhoben werden, da das Testament die Erbteilung bis zu diesem Zeitpunkte hinausschiebt.

§§ 2050 ff. Literatur: Kretzschmar, SächsRpflA. **09** 33, 62, 85, behandelt die Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge in folgenden Abschnitten: I. Allgemeines. II. Voraussetzung für die Ausgleichungspflicht. III. Gegenstände der Ausgleichung. IV. Vollziehung der Ausgleichung. V. Wirkung der Ausgleichung. VI. Die Ausgleichungspflicht bei der Pflichtteilsberechnung. VII. Verhältnis der Ausgleichung zur Anrechnung.

1. Über das Verhältnis der Ausgleichung zur Pflichtteilsberechnung vgl. u. Ziff. 2 zu § 2316.

2. Abs. 3. Kretzschmar, SächsRpflA. **09** 63. Die in Abs. 3 vorausgesetzten Zuwendungen werden regelmäßig Schenkungen sein, doch ist der Begriff der Zuwendung ein weiterer und erfordert keine Einigung zwischen dem Erblasser und dem Abkömmlinge, so daß z. B. eine Zuwendung auch dann vorliegt, wenn der Vater Schulden seines Sohnes bezahlt, ohne mit diesem eine Verabredung hierüber getroffen zu haben.

3. Provinzialrecht. Böttrich, DNotV. **09** 249 ff. Bei der westfälischen Gütergemeinschaft sind für die Ausgleichungspflicht der Erben nicht die Grundsätze des BGB., sondern die Vorschriften des ALR. maßgebend. Die Vorschriften des Gesetzes über die westf. GG. v. 16. April 1860 stellen mit den in Bezug genommenen landrechtlichen Vorschriften über die Beerbung ein zusammenhängendes partikulares Erbrecht und ein für sich bestehendes partikulares System der fortgesetzten Gütergemeinschaft dar; die als Besonderheit des westfälischen Rechtes anzusehende Vererbung der Nachlaßhälfte nach den Vorschriften des ALR. gilt noch fort.

§ 2057. Wegen entsprechender Anwendbarkeit des § 2057 im Falle des § 2316 vgl. Ziff. 4 u. 6 zu § 2314, dagegen nicht im Falle des § 2325 Ziff. 1 zu § 2325.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§§ 2058, 2059. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **7** Ziff. 1 zu §§ 2058, 2059 — auch SeuffA. **64** 153.

2. **RG. 71** 366, JW. **09** 490, R. **09** Ziff. 2439. Soweit ein Erbe mit der persönlichen Schuldklage gesamtschuldnerisch in Anspruch genommen werden kann, ist der Gläubiger ihm gegenüber auch zur Kündigung berechtigt.

3. **RG. 71** 366, JW. **09** 490, 491, R. **09** Ziff. 2440. Nach §§ 2058 ff. hat der Gläubiger die Wahl, ob er die Gesamtschuldklage des § 2058 gegen einzelne Erben oder die Gesamthandklage des § 2059 Abs. 2 gegen sämtliche Erben erheben will; im letztgenannten Falle sind sämtliche Erben als notwendige Streitgenossen zu belangen, sofern sie nicht schon aus der Solidarklage des § 2058 verurteilt waren oder eine dem gleichzustellende Urkunde vorlag.

4. Vgl. auch *Hörle Ziff. II 1 zu § 1967.

§ 2059. 1. OLG. **18** 314 (Königsberg). Die Einrede des § 2059 Satz 1 kann nicht dazu führen, im Urteil endgültig festzustellen, daß der Miterbe nur „nach Kräften des Nachlasses", d. h. nur mit dem Nachlasse hafte, solange noch die Möglichkeit besteht, daß er unbeschränkt hafte, vielmehr ist der Miterbe wegen des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Nachlaßschuld unbedingt als Miterbe zu verurteilen und ihm nur auf sein Verlangen die Beschränkung seiner Haftung vorzubehalten (Plank Anm. 2 zu § 2059).

2. R. **09** Ziff. 3381 (Stettin). Erhebt ein Nachlaßgläubiger vor der Nachlaßteilung gegen einen Miterben Klage, so kann dieser Miterbe gegenüber der Klageforderung mit einer Schuld des Nachlaßgläubigers an den Nachlaß nicht aufrechnen.

§ 2062. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** zu § 2062 — auch BayObLG. **9** 339.

Dritter Abschnitt. Testament.

Literatur: Eichhorn, Das Testament. Hand- und Musterbuch für Verfügungen von Todes wegen nach BGB. (5), herausg. v. Goldmann. Berlin 1910.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die Entsch. des RG. zu § 2078 über den sog. Verlautbarungsirrtum und die zu § 2084 ergangenen, die Auslegung eines Testaments betreffenden Entscheidungen.

§ 2065. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1899. Der Erblasser kann nicht einen Testamentsvollstrecker ermächtigen, darüber zu bestimmen, in welcher Bedeutung seine testamentarischen Verordnungen Geltung haben sollen (vgl. **RG. 66** 103).

2. **a)** Wäntig, DNotV. **09** 59, führt im Anschluß an Terfloth, DNotV. **08** 182 — JDR. **7** zu § 2065 — aus, daß die Eheleute bei Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht in der Lage seien, ihren Wunsch, daß ein Abkömmling das gesamte Vermögen nach dem Tode des überlebenden Ehegatten gegen Abfindung der übrigen Beteiligten erhalte, unmittelbar zu erzwingen, daß sie vielmehr die Abkömmlinge nur mittelbar durch Herabsetzung ihres Anteils nach § 1512 BGB. und durch Beschränkung auf den Pflichtteil veranlassen könnten, ihren Wunsch zu erfüllen, und zwar auch nur in der Weise, daß der zuerst sterbende Ehegatte die Person des Abkömmlinges, die Abfindungen und den sonstigen Inhalt des abzuschließenden Übernahmevertrags in seiner letztwilligen Verfügung bestimme, da eine Überlassung der Bestimmung an den überlebenden Ehegatten gegen § 2064 BGB. verstoßen würde. **b)** Demgegenüber schlägt Terfloth, DNotV. **09** 163, das Formular eines Ehe- und Erbvertrags vor, worin (unter Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft) der überlebende Ehegatte zum uneingeschränkten Erben des erstversterbenden eingesetzt wird mit der Bestimmung, daß sein Nachlaß den gemeinschaftlichen Kindern zufallen soll, vorbehaltlich seiner Freiheit, die Art des Überganges, sei es unter Lebenden, sei es letztwillig, nur unter Innehaltung der Grenzen der §§ 2286 bis 2288, zu regeln.

§§ 2066, 2067. HansGZ. **09** Beibl. 130, ZBlFG. **10** 49 (Hamburg). Unter „Blutsverwandten" sind im Zweifel diejenigen Verwandten zu verstehen, die z. Z. des Erbfalls gesetzliche Erben des Erblassers sein werden.

§ 2069. SächsOLG. **31** 91 (Dresden). Die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 2069 auf Fälle, in denen aus dem Inhalte des Testaments auf einen entsprechenden Willen des Erblassers geschlossen werden kann, ist nicht zu bezweifeln, namentlich wenn es sich um die Kinder einer dem Erblasser nahe stehenden Person handelt (vgl. OLG. **16** 76, R. **03** 577, **04** 283 [BayObLG.]).

§ 2072. RG. R. **09** Ziff. 3. Die Bestimmung einer in Berlin wohnhaften und dort verstorbenen Erblasserin: „Meine Geschwister sollen noch 50 000 M. an die Stiftung für Waisenkinder abgeben", kann als Vermächtnis zugunsten der Berliner Stadtgemeinde ausgelegt werden.

§ 2077. Abs. 2. Vgl. u. Ziff. 3 zu § 2279.

§§ 2078 ff. *Hörle, ZBlFG. **10** 761. Der Nachlaßpfleger ist nicht befugt, letztwillige Verfügungen des Erblassers anzufechten.

§ 2078. 1. **RG. 70** 391, JW. **09** 246, R. **09** Ziff. 1332, 1333, DJZ. **09** 602. Hat ein Erblasser in der Absicht, nur seine vollbürtigen Geschwister oder deren Abkömmlinge zu Erben einzusetzen, auf die Versicherung des beurkundenden Gemeindevorstehers, daß die vollbürtigen Geschwister vor den halbbürtigen zu Erben berufen seien, lediglich bestimmt, daß die gesetzliche Erbfolge in Kraft treten solle, so ist es nicht angängig, die an sich völlig klare Willenserklärung des Erblassers in der Weise (BGB. § 133) auszulegen, daß an die Stelle des vorhandenen und erklärten Willens ein anderer unterschoben wird, nämlich derjenige, den der Erblasser erklärt haben würde, wenn sein Wille nicht von Irrtum beeinflußt gewesen wäre. Auch eine falsche Bezeichnung des Erben (falsa demonstratio) liegt nicht vor, denn ein Erblasser, der darauf verzichtet, die als Erben eingesetzten Personen einzeln namhaft zu machen und statt dessen, was zulässig ist (§ 2066), die gesetzlichen Erben bedenkt, kann darüber nicht im Zweifel sein, daß es nicht auf seine Meinung, welche Personen die gesetzlichen Erben seien, ankommt, sondern die Bestimmung des Gesetzes hierüber entscheidet. Hat er über den Inhalt dieser Bestimmung eine falsche Vorstellung gehabt, so kann er von seiner Willenserklärung nur dadurch freikommen, daß er sie wegen Irrtums anficht. Es ist dies der Fall des sog. Verlautbarungsirrtums (Staudinger Anm. II 2 zu § 119), d. h. des Irrtums über den Inhalt der abgegebenen Erklärung, nämlich über die Bedeutung des von dem Gemeindevorsteher bei Aufnahme des Testaments gebrauchten Ausdrucks. Um einen ähnlichen Irrtum handelt es sich, wenn der Erklärende über den Sinn der in einer fremden Sprache von ihm abgegebenen Willenserklärung in einer falschen Vorstellung befangen ist. Anfechtbar ist nach § 2078 nicht das Testament als solches, sondern es sind dies die einzelnen in dem Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen. Eine einzelne Verfügung kann auch nur teilweise angefochten werden.

2. KGBl. **09** 103 (KG. III. ZS.). Nicht jeder Umstand, der für den Erblasser von Bedeutung hätte sein können, darf einen Grund zur Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 abgeben, sondern nur ein solcher, von dem sich der Erblasser eine positive Vorstellung gemacht hat und der in positiver und negativer Richtung für ihn bestimmend gewesen ist (Mot. **5** 49, Prot. **5** 51). Hat daher der Erblasser gar keinen Anlaß gehabt, an der ehelichen Treue seiner Frau zu zweifeln, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß er bei Abfassung des Testaments von der Annahme beherrscht oder wenigstens durch sie mitbestimmt worden sei, seine Ehefrau habe ihm die eheliche Treue bewahrt.

§ 2079. RG. BayRpflZ. **09** 189, R. **09** Ziff. 695. Zum Ausschlusse der Anfechtung ist nicht erforderlich, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testaments die konkreten Umstände des demnächst eintretenden Ereignisses tatsächlich gekannt und trotzdem wie geschehen testiert habe. Die Beweispflicht geht nur dahin, daß der Erblasser, auch wenn er bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung ge-

wußt hätte, es werde später noch eine Person pflichtteilsberechtigt werden, dennoch den Pflichtteilsberechtigten nicht hätte bedenken wollen. Für die Feststellung der Willensmeinung kommen alle erheblichen Umstände, begleitende und nachfolgende, in Betracht (**RG. 59** 63). Die Tatsache allein, daß ein Erblasser nach der Eheschließung sein Testament aufzuheben unterlassen hat, reicht zur Ausschließung der Anfechtung nach § 2079 Satz 2 BGB. nicht aus.

§ 2080. RG. PosMSchr. **09** 48, R. **09** Ziff. 1334. Auch der Ehemann einer Miterbin, dem durch letztwillige (sog. familienrechtliche) Anordnung des Erblassers Verwaltung und Nutznießung am Erbteile der Frau entzogen sind (BGB. § 1369), gehört zu den nach § 2080 Abs. 1 selbständig anfechtungsberechtigten Personen (Mot. **5** 56, Prot. **5** 60).

§§ 2081, 2279. BayObLG. **9** 603, SeuffA. **64** 154, R. **09** Ziff. 84 (BayObLG.). Eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfordert, daß sie für dieses bestimmt ist und ihm in solcher Weise zugeht, daß es erkennt, es solle die Erklärung als Nachlaßgericht entgegennehmen. Davon kann bei der Erwähnung der in der Verhandlung vor dem Notar abgegebenen Erklärung in dem Berichte, den der Notar dem Amtsgericht als Vormundschaftsgericht über den Stand der Nachlaßsache erstattet hat, keine Rede sein.

§ 2084. 1. **RG.** JW. **1910** 61, R. **1910** Ziff. 333. Die Urkundsperson ist nur das Werkzeug, durch das der Erblasser seinen Willen erklärt und die nur den Willen des Erklärenden in eine diesem Willen entsprechende Form zu kleiden hat. Wenn daher auch die Urkundsperson (der Notar) die Willenserklärung des Erblassers nicht in einem bestimmten Sinne hat beurkunden wollen, so schließt dies doch nicht aus, daß der Erblasser diesen Willen gehabt und in den vom Notar gebrauchten Worten ausgedrückt gefunden hat. Die Ansicht, daß der Wille des Erblassers nur dann als erklärt anzusehen sei, wenn er dem Notar erkennbar geworden sei, ist nicht zu billigen. Die Auffassung, die der Notar von der Willensrichtung des Erblassers gewinnt, kann allerdings von großer Bedeutung für den Beweis dieser Willensrichtung sein, nicht aber die Willenserklärung des Erblassers ersetzen. Diese kann eine von der Auffassung des Notars abweichende und trotzdem wirksam beurkundete sein.

2. OLG. **18** 333 (KG.). Bei Auslegung einer Willenserklärung hat der Richter auch außerhalb ihrer liegende Umstände, insbesondere bei einem Testamente auch anderweitige formlose Erklärungen des Erblassers über dessen Sinn zu beachten, nur darf gegen den völlig zweifelsfrei erklärten Willen des Erblassers nicht angekämpft werden. Mit dieser Einschränkung wird dem Beschlusse OLG. **6** 72, der übrigens lebhaften Widerspruch erfahren hat (Dernburg **5** § 42[8]) beigetreten, und nur in diesem Sinne, d. h. daß der wirklich (nicht bloß anscheinend) klare Wille des Erblassers einer Auslegung weder fähig noch bedürftig sei, ist das Urteil (aaO. 332) zu verstehen. Ob aber der Wille des Erblassers zweifelsfrei erklärt oder ob er klar ist, wird häufig nicht lediglich nach grammatikalischen Grundsätzen zu beurteilen sein, vielmehr wird auch hierbei oft die Auslegung insofern einzusetzen haben, als nicht nur die Worte des Testaments allein, sondern auch der vom Erblasser mit dessen Errichtung verfolgte Zweck und eine wirtschaftlichen Ziele zu berücksichtigen sind. Dies besonders dann, wenn zwei Testamente desselben Erblassers vorliegen, die, vom sprachlichen Standpunkt und rein äußerlich betrachtet, einen im wesentlichen gleichen Inhalt haben. In einem solchen Falle muß sogar zur Ermittelung des wahren Willens eine sinngemäße Ergänzung der auszulegenden Verfügung für zulässig erachtet werden, denn Auslegung und Ergänzung sind keineswegs immer Gegensätze, letztere wird sich vielmehr häufig lediglich als eine Entwickelung der Willensmeinung des Erblassers im oben angegebenen Sinne darstellen.

3. ZBlFG. **10** 349, R. **09** Ziff. 2809 (BayObLG.). Eine spätere einseitige letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten kann nicht zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments beider Ehegatten verwendet werden, da ungewiß bleibt, ob die spätere Verfügung dem wahren Willen beider Ehegatten, wie er zur Zeit der gemeinschaftlichen Testamentserrichtung bestand, entspricht.

4. OLG. **18** 359, ElsLothJZ. **09** 141, DJZ. **09** 608 (Colmar). Haben sich in einem Erbvertrage zwei Eheleute gegenseitig den Nießbrauch an ihrem Nachlasse vermacht und gleichzeitig bestimmt, daß beim Tode des von ihnen zuerst Versterbenden ihr Gesamtvermögen in zwei Hälften zu teilen sei, von denen die eine den Erben des Verstorbenen und die andere dem überlebenden Ehegatten zufallen solle, so steht dieser Erbvertrag nicht im Widerspruche mit dem vom Ehemann an demselben Tage errichteten Testamente, worin dieser für seinen Nachlaß einen Erben einsetzt. Der Erbvertrag enthält keine Erbeinsetzung, jedenfalls keine die Vertragsparteien bindende.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§§ 2087, 2147 ff. 1. **RG.** WarnE. 2 282, R. **09** Ziff. 994. Die Zuwendung eines Bruchteils des Vermögens stellt keineswegs notwendig eine Erbeinsetzung dar. Ist bei der Zuwendung der Quote gemeint, daß der Bedachte diejenige Summe erhalten solle, die sich auf der Grundlage der Feststellung des reinen Nachlasses als der dem Bruchteil entsprechende Betrag ergibt, so liegt ein wahres Vermächtnis vor (Planck Anm. 2b, Staudinger Anm. 4 zu § 2087, Dernburg, Deutsches Erbrecht § 47 IV).

2. SchlHolstAnz. **09** 321 (LG. Altona). Die Bestimmung des § 2087 Abs. 2 schließt nicht aus, daß, sofern der Erblasser in der Absicht, über sein ganzes Vermögen zu verfügen, nur Zuwendungen einzelner Stücke ausspricht, die Bedachten als Erben anzusehen sind.

§§ 2096, 2100. Die Entsch. KGJ. **35** A 215 — JDR. **7** zu §§ 2096, 2100 — auch OLG. **18** 330 (332).

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Der heftige Kampf, der um die Rechtsstellung des befreiten Vorerben in den Vorjahren entbrannt war, kann nunmehr im wesentlichen als ausgekämpft angesehen werden, nachdem die Rechtsprechung (vgl. u. zu § 2136) insoweit nachgegeben hat, als sie an den Nachweis, daß die Verfügung des Vorerben keine unentgeltliche sei, nicht mehr so strenge Anforderungen stellt, sondern diesen Nachweis als erbracht ansieht, wenn es nach der Sachlage (z. B. im Falle der Vorlegung eines Kaufvertrags) offenkundig ist, daß ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt. Weber ist jedoch noch einmal auf den Kampfplatz getreten, um mit seinen scharfen Waffen gegen die neuerdings von Strohal (im Planckschen Kommentar) vertretene Auffassung zu Felde zu ziehen. Das RG. hat seine Ansicht, daß zur Löschung einer Nachlaßhypothek neben der Löschungsbewilligung des befreiten Vorerben die Einwilligung des Nacherben zu fordern sei, nochmals eingehend begründet. — Hervorzuheben sind ferner die Aufsätze von Bauer (zu § 2100) über die Auslegungsfrage, ob ein Erblasser ein Nießbrauchsvermächtnis oder die Einsetzung eines Vorerben beabsichtigt habe, von Mantey über die Auslegung des § 2105 und von Kretzschmar (zu § 2108) über den Verkauf einer Erbschaft durch den Nacherben vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Mit der Rechtslage im Falle des Konkurses des Vor- und Nacherben beschäftigt sich die lehrreiche Entsch. des OLG. Dresden (zu § 2108), vgl. auch die diese Frage streifenden Ausführungen von Schimmelbusch, RheinA. **107** 32, über den Tod des Gemeinschuldners und dessen Einfluß auf das Konkursverfahren.

§ 2100. 1. Vorerbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis? **a)** Bauer, DJZ. **09** 205. Weil nach dem BGB. die Stellung des Vorerben, vom

wirtschaftlichen und deshalb dem Laien näherliegenden Standpunkt aus betrachtet, weit mehr der eines Nießbrauchers als der eines Erben im gewöhnlichen Sinne gleicht, so kann aus dem Gebrauche der Worte „Verwaltung" und „Nutznießung" im Testament und dem Fehlen der Bezeichnung des Bedachten als „Erben" allein nichts gegen die Annahme einer Vorerbschaft entnommen werden. Weitergehend wird die Einsetzung des Bedachten als Vorerben unter Umständen selbst dann als gewollt zu erachten sein, wenn der Erblasser ausdrücklich erklärt hat, daß der, dem er gleichzeitig Verwaltung und Nutznießung zugewendet hat, nicht Erbe sein solle. **b)** OLG. **18** 335 (KG. III. ZS.). Ist dem in einem Testamente zum Erben Eingesetzten in einem Nachtrage lediglich der Nießbrauch an demjenigen Erbteile, der ihm im Testamente zugedacht war, vermacht und sein Recht ausdrücklich auf den lebenslänglichen Zinsgenuß des Erbteils beschränkt, so handelt es sich in Wirklichkeit nur um ein Nießbrauchsvermächtnis, auch wenn der Bedachte in dem Nachtrage nicht als Erbe bezeichnet ist.

2. HansGZ. **09** Beibl. 295 (Hamburg). Ist in einem hamburgischen vor 1900 errichteten Testamente Belegung des Kapitals auf Testamentsnamen angeordnet und einer Tochter nur ein Zinsgenuß hiervon vermacht, so daß ihre Kinder erst nach ihrem Tode das Kapital erben sollen, so liegt nicht ein Fall der Nacherbfolge (BGB. § 2100) vor, so daß die Tochter schon mit dem Tode ihrer Eltern als Vorerbin der Substanz nach anzusehen wäre.

§§ 2101, 2108. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **7** zu §§ 2101, 2108 — auch (vollständig) SeuffBl. **09** 29.

§ 2104. BadJM., BadRpr. **09** 18. Haben sich Eheleute gemäß § 2269 BGB. gegenseitig zu Erben eingesetzt, aber bestimmt, daß der überlebende Teil im Falle seiner Wiederverheiratung zusammen mit den Kindern Erbe des erstverstorbenen nach BGB. sein solle, so ist die letztgenannte Bestimmung nach § 2104 zu beurteilen und danach eine Nacherbschaft der Kinder bezüglich ihres gesetzlichen Erbteils für den Fall anzunehmen, daß der überlebende Ehegatte sich wieder verheiratet.

§ 2105. *Mantey, GruchotsBeitr. **53** 794. § 2105 Abs. 2 ist weder Auslegungsnorm noch ein Satz, der ohne Rücksicht darauf gilt, ob seine Regel dem Willen des Erblassers entspricht, wenn dieser nur keine abweichende Anordnung getroffen hat (Dispositivsatz), sondern enthält zwingendes Recht. — Stirbt der Vorerbe, nachdem er Vorerbe geworden, aber bevor die Erbschaft an den Nacherben angefallen ist, so vererbt sich sein Vorerbrecht für die Zeit bis zum Eintritte der Nacherbschaft auf diejenigen, die nach Gesetz oder Verfügung von Todes wegen seine Erben sind. Das gilt auch bei Erbeinsetzung einer Deszendenz, von der einige Glieder zur Zeit des Erbfalls vorhanden sind, andere möglicherweise nach dem Erbfalle noch entstehen, so daß erstere Vorerben der letzteren sind. Stirbt ein Mitglied der Deszendenz nach dem Erbfalle, so tritt nicht ein „Anwachsungsrecht" für die übrigen Deszendenzmitglieder ein, sondern eine Beerbung des verstorbenen Deszendenzmitglieds durch seine gesetzlichen oder gewillkürten Erben auch hinsichtlich des ihm als Mitglied der Deszendenz Zugewendeten — bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge.

§ 2108. 1. Verkauf der Erbschaft durch den Nacherben vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge. Kretzschmar, R. **09** 197. Die Übertragung — und sonach auch die Verpfändung sowie die Pfändung — „des Rechtes des Nacherben" vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge sind ausgeschlossen. Der Nacherbe kann aber die Erbschaft bereits vor diesem Zeitpunkte verkaufen; auf den Kauf, sowie auf einen sonstigen auf Veräußerung der Erbschaft gerichteten Vertrag haben die Vorschriften der §§ 2371 ff. entsprechende Anwendung zu finden. Durch einen solchen Vertrag bleibt die Rechtsstellung des Nacherben, insbesondere das Recht zur Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft unberührt; er kann aber dem Käufer zur Erklärung

der Erbschaftsannahme eine (nach § 168 Satz 2 BGB.) unwiderrufliche Vollmacht erteilen. Dies hindert ihn aber nicht, die Erbschaft noch vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wirksam auszuschlagen und dadurch (unbeschadet der Verpflichtung zum Schadensersatze) dem Kaufe im Ergebnisse die Wirksamkeit zu entziehen, denn er kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 2142 Abs. 1), während er die Annahme der Erbschaft (gemäß § 1946) erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erklären kann, weil er erst mit diesem Zeitpunkte Erbe wird (aM. Strohal, Endemann, Cosack, Neumann, Binder). Im übrigen kann der Nacherbe den ihm gegen den Vorerben auf die künftige Herausgabe der Erbschaft zustehenden Anspruch abtreten, ebenso ist dieser Anspruch der Verpfändung und Pfändung zugängig. Ist der Nacherbe nur zu einem Bruchteile der Erbschaft berufen, so wird auch eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Nacherben über den Anteil gemäß § 2033 Abs. 1 für angängig, sowie nach § 859 Abs. 2 ZPO. die Pfändung des Anteils mit der Wirkung als zulässig zu erachten sein, daß die Verfügung mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wirksam wird, ihre Wirksamkeit jedoch verliert, wenn der Nacherbe die Erbschaft ausschlägt.

2. Konkurs des Nach- und Vorerben. a) LeipzZ. **09** 794 (Dresden). Das Recht auf den künftigen Anteil am Nachlasse, das der auf einen Bruchteil eingesetzte Nacherbe mit dem Erbfall erlangt, unterliegt der Pfändung und gehört daher auch nach § 1 Abs. 1 KO. zu seiner Konkursmasse, wenn der Nacherbe in Konkurs gerät und der Erbfall vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten ist, unbeschadet des Rechtes des Nacherben, die Erbschaft auch mit Wirkung gegenüber der Konkursbeschlagnahme des Rechtes (KO. § 9) auszuschlagen. Hat, wenn der Fall der Nacherbfolge noch während des Konkursverfahrens eingetreten ist, der Nacherbe die ihm angefallene Erbschaft angenommen, so kann, da nunmehr der Anteil an dem Nachlasse zur Konkursmasse gehört, der Konkursverwalter die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses betreiben. Ist auch der Vorerbe in Konkurs geraten, so unterliegt vom Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge an die Erbschaft dem Aussonderungsrechte des Nacherben (§§ 2130, 2139 BGB.) bzw. seiner Konkursmasse, während vor diesem Zeitpunkte nur das Recht des Nacherben auf dasjenige, was sich für ihn aus der künftigen Verwirklichung seines Nacherbenrechts ergibt, zu seiner Konkursmasse gehört. b) *Schimmelbusch, RheinA. **107** 45. Tritt im Laufe des Konkurses über das Vermögen eines Vorerben durch dessen Tod die Nacherbfolge ein, so gehören von diesem Zeitpunkt an die Vermögensstücke, aus denen die Erbschaft besteht, nicht mehr zur Konkursmasse, zu der sie bis dahin wegen der Rechtstellung des Vorerben als Herrn des Erbschaftsvermögens gehört hatten. Der Nacherbe kann alsdann nach § 2139 das Erbschaftsvermögen aus der Konkursmasse aussondern.

§ 2113. 1. Die Entsch. KGJ. **36** A 166 — JDR. **7** Ziff. V zu § 2113 — auch OLG. **18** 338.

2. SchlHolstAnz. **09** 18 (Kiel). Die Gewährung zinsloser Darlehen begründet nicht die Anwendung des § 2113 Abs. 2, da diese Vorschrift nur die das Stammvermögen angreifenden Verfügungen betrifft.

§ 2116. **RG.** R. **09** Ziff. 696. Durch das einem Rentenvermächtnisnehmer testamentarisch eingeräumte Recht, wegen des Rentenvermächtnisses eine Sicherstellung mit den zum Nachlasse gehörigen Wertpapieren zu verlangen, wird das Recht des Nacherben auf die dem § 2116 entsprechende Verfügungsbeschränkung nicht ausgeschlossen, sondern nur eingeschränkt. Hat daher der Vorerbe zur Sicherstellung des Vermächtnisnehmers eine Summe hinterlegt mit der Bestimmung, daß er ohne dessen Einwilligung über den Betrag nicht verfügen dürfe, so kann der Nacherbe eine Ergänzung der Hinterlegungserklärung dahin ver-

langen, daß unbeschadet des Pfandrechts des Rentengläubigers der Vorerbe über die Sicherheit nur mit Genehmigung des Nacherben verfügen dürfe.

§ 2119. OLG. **18** 318 (Stuttgart). § 2119 gewährt dem Nacherben einen klagbaren Anspruch gegenüber dem Vorerben auf mündelsichere Anlegung des zur Erbschaft gehörigen Geldes.

§ 2121. 1. OLG. **18** 364 (KG. III. ZS.). Der Anspruch des Erben (Nacherben) aus § 2121 beschränkt sich auf Vorlegung eines Verzeichnisses der Nachlaßaktiva; ein Inventar im weiteren Sinne braucht nicht erteilt zu werden. Eine Verpflichtung zur Beschwörung des Verzeichnisses besteht nur unter den Voraussetzungen des § 2127 und § 260 BGB.

2. OLG. **18** 344 (KG. III. ZS.). § 2121 regelt lediglich die Rechte des Nacherben gegenüber dem Vorerben; eine analoge Anwendung gegenüber dem Testamentsvollstrecker ist nach dem klaren Wortlaute nicht angängig. — Für die Ausübung der dem Nacherben im Abs. 3 des § 2121 gewährten Befugnis ist kein Raum mehr, wenn sie verzögert ist und der Vorerbe inzwischen bereits ein den Anforderungen des Abs. 1 entsprechendes Privatverzeichnis mitgeteilt hat.

§ 2126. **RG.** R. **09** Ziff. 694. Allerdings entsteht auch aus einem Rentenvermächtnisse nach § 1967 Abs. 2 BGB. eine Nachlaßverbindlichkeit. Daraus folgt jedoch nur, daß die Vorschriften über die Erbenhaftung im allgemeinen auch auf die Ansprüche aus einem solchen Vermächtnis Anwendung finden. Die Art und Weise aber, wie das Verhältnis zwischen dem Rentengläubiger und dem mit dem Rentenvermächtnisse beschwerten Erben gesetzlich geregelt ist, hat mit der Frage, ob im Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben die Rentengefälle aus dem Stammvermögen oder aus den Nutzungen des Nachlasses zu bestreiten sind, nichts zu tun. Hierüber entscheidet lediglich der ausdrückliche oder durch Auslegung zu ermittelnde letzte Wille des Erblassers.

§§ 2136, 2137. I. a) Weber, DNotV **09**. 9, erörtert die neueste Rechtsprechung über den befreiten Vorerben (DNotV. **08** 280, JW. **08** 683) und ihre Würdigung durch Strohal in der 3. Aufl. des Planckschen Kommentars. Strohal hält es als zu weit gehend, wenn das RG. lediglich dem Grundbuchrichter gegenüber eine Liquidstellung der Entgeltlichkeit bei Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens, insbes. des Testamentsvollstreckers unbedenklich zulasse, bei Verfügungen des befreiten Vorerben dagegen schlechtlich ausschließe, während es sich in beiden Fällen um dieselbe Frage, nämlich eine solche der Legitimationsprüfung handle. Einen Unterschied zwischen den Verfügungen des Vorerben und des Verwalters fremden Vermögens findet er jedoch darin, daß 1. die auf Grund von Verfügungen des Verwalters fremden Vermögens vorgenommenen Buchungen sich äußerlich als wirksam gegen den Herrn des Vermögens darstellen, während auf Grund von Verfügungen des Vorerben Buchungen möglich seien, die die Frage der Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Nacherben offenließen, 2. daß der Vermögensverwalter dem Vermögensherrn ohne Ausnahme verantwortlich und auskunftspflichtig sei, nicht aber der befreite Vorerbe dem Nacherben. Weber vermag diesen Unterscheidungen keine Bedeutung beizulegen. Zu 1 führt er aus, daß auch bei Verfügungen des Vermögensverwalters die Prüfung ihrer Wirksamkeit der Eintragung voranzugehen habe, während § 52 GBO. nur zugunsten des Nacherben gegenüber dem Vorerben einen Schutz schaffe, den der Vermögensherr gegenüber dem Verwalter seines Vermögens schon genieße. Zu 2 macht er geltend, daß Gesetzgeber und Erblasser dem Vorerben gegenüber die gegen den Vermögensverwalter geschaffenen Schutzmittel für unnötig und unwürdig erachtet hätten, daß unter diesen Umständen aber auch der Grundbuchrichter nicht berufen sei, von Amts wegen den Nacherben in erhöhtem Maße zu schützen. Der Zweck des § 52 GBO. wird dahin

angegeben, daß dadurch nicht nur der Nacherbe gegen Beeinträchtigungen durch den eingetragenen Vorerben vor oder nach Eintritt der Nacherbfolge geschützt werden, sondern daß der Nacherbe überhaupt gegen jede Verfügung des — eingetragenen oder nicht eingetragenen — Vorerben, durch welche sein Recht vereitelt oder beeinträchtigt werden kann, gesichert werden soll. Dieser Zweck wird nur dann erreicht, wenn der Vorerbe entweder zuvor sein und des Nacherben Recht eintragen läßt oder dem Grundbuchrichter die Wirksamkeit seiner Verfügung gegen den Nacherben nachweist. Endlich wendet sich Weber aaO. 24 gegen die Auffassung Strohals, das Gesetz habe nach vorstehendem selbst die Möglichkeit vorgesehen, daß die wegen nicht hinreichend liquider Entgeltlichkeit vorerst zweifelhaft gebliebene Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben hinterher dem Nacherben gegenüber erwiesen werden müsse, indem er ausführt, daß die Unwirksamkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben immer erst nach Eintritt der Nacherbfolge und mit dem dem Nacherben obliegenden Nachweise der Unentgeltlichkeit geltend gemacht werden könne. **b)** Völsing, HessRspr. **10** 47, glaubt, daß bei der derzeitigen Rechtslage in einzelnen Bezirken seit geraumer Zeit in Testamenten von Gericht und Notar die Vor- und Nacherbschaft nicht mehr angewandt werde (?).

II. Aus der Rechtsprechung. 1. **a)** Der Ferienzivilsenat des KG., DNotV. **09** 664, hält an der früheren Rechtsprechung des KG. fest. Dagegen **b)** D. NotV. **09** 536, SeuffBl. **09** 744 (KG.). Durch Vorlegung des Kaufvertrags kann die Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben nachgewiesen werden. **c)** Zustimmend DNotV. **09** 665, ElsLothJZ. **09** 627 (Colmar). **d)** DNotV. **10** 67 (KG.). Ob der Kaufpreis dem wirklichen Werte des Grundstücks entspricht, ist unerheblich, denn ein Geschäft wird dadurch nicht zu einem unentgeltlichen, daß die Gegenleistung kleiner ist als die Leistung. Es kommt für die Gleichwertigkeit nicht auf den objektiven Wert, sondern die Absicht der Beteiligten an (**RG. 16** 86, **30** 36, **51** 415, **62** 44). Gegen die Annahme eines Scheingeschäfts kann im gegebenen Falle die Person des Käufers und die Eintragung einer Vormerkung sprechen.

2. DNotV. **09** 666 wird vorgeschlagen, die Entgeltlichkeit einer Hypothekenabtretung durch folgenden (stempelfreien) Vermerk in der Abtretungsurkunde zum Ausdrucke zu bringen: „Ferner erklären beide Beteiligten, daß der Entgelt der Abtretung in Höhe des vollen Kapitalbetrags der abgetretenen Hypothek bar gezahlt ist."

3. **a)** **RG. 70** 332, JW. **09** 221, R. **09** Ziff. 1152 hält an der Ansicht **RG. 61** 233, **65** 214 (JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2136) fest, daß für die Löschung von Nachlaßhypotheken im Grundbuche neben der Löschungsbewilligung des befreiten Vorerben noch die Einwilligung der Nacherben erforderlich sei. Die Abgabe der Einwilligungserklärung steht aber nicht im freien Belieben der Nacherben, vielmehr kann der Vorerbe eine solche fordern, sofern sachlich nicht ein Recht zum Widerspruche besteht. Ein solches Widerspruchsrecht kann nicht schon daraus hergeleitet werden, daß vereinbarungsgemäß bei Lebzeiten der Gläubiger die Hypothek seitens des Schuldners überhaupt nicht und seitens der Gläubiger nur bei unpünktlicher Zinszahlung kündbar gewesen sei, denn daraus folgt nicht, daß die Absicht dahin gegangen ist, für die Nacherben als Dritte (§ 328 BGB.) unmittelbar ein Recht auf das Kapital zu begründen. Anders, wenn erweislich die Hypothek lediglich zu dem Zwecke eingezogen ist, um sie den Nacherben zu entziehen und der jetzigen Ehefrau des Vorerben oder deren Verwandten zuzuwenden. Dies würde einen bewußten Mißbrauch der testamentarisch dem Vorerben eingeräumten Befugnisse und eine Vereitelung des Rechtes des Nacherben, also eine gröblich gegen die guten Sitten verstoßende unerlaubte Handlung darstellen, zu einer solchen aber in der Form der Einwilligung in die Löschung noch die Mitwirkung des Nacherben zu beanspruchen, würde der Vorerbe nicht berechtigt sein. **b)** Vgl. dazu die Bemerkungen von Weißler, DNotV. **09** 590.

4. OLG. **18** 223, DNotV. **09** 342 (KG.). Die Voraussetzung des § 54 Satz 1 GBO. liegt nicht vor, wenn das Grundbuchamt auf Grund der Bewilligung des Vorerben ohne Vermerk der Nacherbschaft und ohne Bewilligung des Nacherben das Eigentum an einem Grundstück umgeschrieben hat, sofern bei der Umschreibung kein auch nur einigermaßen sicherer Anhalt dafür erbracht war, daß das Grundstück nicht gegen volles Entgelt übereignet sei.

§ 2137. Die Entsch. des RG. — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 2137 — auch **RG. 69** 257, ElsLothNotZ. **09** 33.

§ 2145. *Reichel, Schuldmitübernahme 104 ff. § 2145 Abs. 1 Satz 2 begründet eine gesetzliche Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme) dieser Schulden.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2171. RG. JW. **1910** 6, R. **09** Ziff. 3726. Ein Vermächtnis aus dem der Bedachten bekannten Grunde, sie werde dem verheirateten Erblasser wie seither, auch für die Zukunft den ehebrecherischen Geschlechtsverkehr gestatten, verstößt gegen die guten Sitten (BGB. § 138).

§ 2174. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3382. Die Vermächtnisnehmer haben gegen den Verwalter des Vermögens des Erblassers keinen Anspruch auf Rechnungslegung, ihr Recht erschöpft sich in dem persönlichen Anspruche, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.

2. *Rabel, RheinZ. **1** 192. Wird die Erfüllung der Vermächtnisforderung durch eine nichtschuldhafte Handlung des Beschwerten unmöglich, vernichtet er z. B. die Sache, ehe das Testament entdeckt wird, so tritt nicht stets Befreiung nach § 275 BGB. ein. Der Wille des Erblassers kann dahin auszulegen sein, daß der Beschwerte den Wert des Gegenstandes entrichte, analog § 2170 Abs. 2. Vgl. Code civil Art. 1042, Abs. 2. (Vgl. o. zu § 275 Ziff. 2.)

§ 2180. WürttZ. **22** 44 (Stuttgart). Ein Vermächtnis kann (formlos) auch gegenüber dem Testamentsvollstrecker ausgeschlagen werden, solange noch nicht die Annahme ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt ist. Eine solche Handlung kann noch nicht darin erblickt werden, daß der mit einem Nießbrauche Bedachte das zu nutzende Kapital gegen Empfangsbescheinigung in Empfang nimmt und an die Erben weitergibt, im Gegenteil kann darin der Wille, das Vermächtnis auszuschlagen, erblickt werden.

§ 2187. RG. JW. **1910** 6, R. **09** Ziff. 3718. Wenn der Erblasser den durch § 2187 gewiesenen Weg benutzt, um durch die Person des Vermächtnisnehmers hindurch (der hierbei die Rolle eines formellen Rechtsträgers hat) den Übergang des Vermächtnisses auf einen anderen zu vermitteln, so kann ein solches Vermächtnis, das durchaus ernst gemeint ist, nicht als ein ungültiges Scheinvermächtnis aufgefaßt werden.

§ 2191. Literatur: Rost, WürttZ. **51** 164. Zur Frage der Sicherung des Rechtes des Nachvermächtnisnehmers im Grundbuche.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2193. Die Entsch. des OLG. Cöln — JDR. **7** zu § 2193 — auch OLG. **18** 319.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat vielfach Gelegenheit gehabt, sich über die Befugnisse des Testamentsvollstreckers, insbesondere dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht, sowohl im Verhältnisse zu dem Erben, als auch zu Dritten oder zu einem von dem Erblasser ernannten Generalbevollmächtigten (vgl. zu § 2208) auszusprechen. Das KG. erachtet nicht nur den Alleinerben, sondern auch den alleinigen Vorerben zur Bekleidung des Amtes als Testamentsvollstrecker für unfähig.

Literatur: Kretzschmar, ZBlFG. **9** 587, gibt einen Überblick über die Lehre von der Testamentsvollstreckung. A. Im allgemeinen (Anordnung der Testamentsvollstreckung, Bestimmung und Eigenschaften der Person des Testamentvollstreckers, Beginn und Beendigung des Amtes, Testamentsvollstreckerzeugnis, Einsicht der eine Testamentsvollstreckung betreffenden Schriftstücke, Übergangszeit). B. Hinsichtlich des Wirkungskreises des Testamentsvollstreckers (Anordnung des Gesetzes, regelmäßiger Wirkungskreis und dessen Beschränkungen, besondere Arten der Testamentsvollstreckung, Prozeßführung und Zwangsvollstreckung, Rechtsverhältnis beim Vorhandensein mehrerer Testamentsvollstrecker). C. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zu den Erben und den anderen Nachlaßbeteiligten (Allgemeines, Verzeichnung des Nachlasses, Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung, Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag, Verantwortlichkeit und Vergütung des Testamentsvollstreckers).

§ 2197. Das KG. verbleibt (RJA. **10** 116, SeuffBl. **1910** 38) bei der Entsch. KGJ. **33** A 159 — JDR. **6** Ziff. a zu § 2197 —, wonach der Alleinerbe nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt werden könne, und läßt nur eine Ausnahme für den Fall zu, daß die Testamentsvollstreckung ausschließlich zu dem Zwecke, für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen, gemäß § 2223 BGB. angeordnet ist. Aus denselben Erwägungen wird es auch nicht für zulässig erachtet, den alleinigen Vorerben für die Dauer der Vorerbschaft zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, und zwar auch nicht im Falle des § 2222 BGB. zur Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten des Nacherben, da die Vorschrift des § 2222 einen erhöhten Schutz der Rechte des Nacherben bezweckt, dieser Zweck aber vereitelt und in das Gegenteil verwandelt werden würde, wenn der Vorerbe selbst zum Testamentsvollstrecker für den Nacherben bestellt und dadurch eine freiere Stellung, als sie selbst nach § 2136 BGB. zulässig ist, erlangen würde.

§ 2204. 1. SchlHolstAnz. **09** 18 (Kiel). Ein Leistungsanspruch des Testamentsvollstreckers gegen einen Miterben auf Anerkennung des Erbteilungsplans ist nicht gegeben, da der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung selbst und gegebenenfalls sogar gegen den Willen der Erben und unabhängig von ihrer Zustimmung durchzuführen hat, und auch aus dem Gesichtspunkte des Anspruchs auf Entlastung ist ein Klagerecht wenigstens so lange nicht gegeben, als nicht die Voraussetzung hierfür, nämlich die Beendigung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers, gegeben ist.

2. KGBl. **1910** 20 (KG. III. ZS.). Dem übereinstimmenden Verlangen der Erben, eine Teilung abweichend von dem Testamente vorzunehmen, hat, soweit nicht der Wille des Erblassers entgegensteht, der Testamentsvollstrecker zu entsprechen, dagegen ist er nicht gehalten, einen Widerspruch nur einzelner Erben zu beachten. Diesen bleibt es, wenn sie sich benachteiligt glauben, überlassen, nach durchgeführter Teilung ihr Recht gegenüber den nach ihrer Meinung bevorzugten Miterben nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung geltend zu machen oder bei schuldhaftem Verhalten des Testamentsvollstreckers von ihm nach der Vorschrift des § 2219 Ersatz zu suchen.

§ 2205. OLG. **18** 345 (KG. III. ZS.). Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers findet seine Grenzen nach außen in ausdrücklichen Testaments- oder Gesetzesvorschriften (z. B. §§ 2205 Satz 3, 2207), innerhalb dieser Grenzen entfaltet es sich jedoch frei und ist lediglich von dem pflichtmäßigen Ermessen des Verwaltenden beherrscht. Direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Erben und Vollstrecker in dem Sinne, daß dieser dem Erben gegenüber zu einem Tun oder Unterlassen rechtlich verpflichtet wäre, sind in dem Gebiete dieses Verwaltungsrechts nicht denkbar. Die Schutzmaßregeln für den Erben gewähren die §§ 2219, 2227.

§ 2205. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 85. Hinsichtlich der Nachlaßforderungen ist der Testamentsvollstrecker zur Klage berechtigt.

2. *Kreß, SeuffBl. **09** 229 ff. Ist das im § 569 BGB. dem Erben eingeräumte Kündigungsrecht gegebenenfalls vom Testamentsvollstrecker auszuüben? Das Nähere hierüber s. o. zu § 569 BGB. Ziff. 1.

§ 2206. Die Entsch. des KG. — JDR. 7 zu § 2206 — auch DJZ. **09** 268.

§ 2208. KGJ. **37** A 231, BreslauAK. **09** 19 (KG.). Die von dem Erblasser für sich und seine Erben (z. B. auch durch Bestellung eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten) erteilte Generalvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten zur Verfügung über die Nachlaßgegenstände auch insoweit, als diese der Verwaltung eines von dem Erblasser ernannten Testamentsvollstreckers unterliegen. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung enthält keinen wirksamen Widerruf der für die Erben erteilten Vollmacht, da der Widerruf oder die Kündigung dem Bevollmächtigten gegenüber zu erklären sind (BGB. §§ 168 Satz 3, 167 Abs. 1, 130). Unerheblich ist, ob die Vollmacht vor oder nach der Errichtung des Testaments, in dem die Testamentsvollstreckung angeordnet ist, erteilt worden ist. Eine analoge Anwendung des § 23 KO. ist ausgeschlossen, da sowohl die Vollmacht als auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung auf dem Willen des Erblassers beruhen. Wie die Frage im Falle der Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu entscheiden wäre, wird dahingestellt gelassen.

§ 2211. PosMSchr. **09** 49 (Posen). Die Beschränkungen des Erben und seiner Privatgläubiger hinsichtlich eines der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstandes treten nicht erst mit dem Zeitpunkte der Annahme des Amtes, sondern schon mit dem Erbfall ein, da andernfalls der Wille des Erblassers geradezu vereitelt werden könnte (aM. Staudinger, Anm. 2 zu § 2211).

§ 2212. OLG. **18** 335, 337 (KG. III. ZS.) läßt es dahingestellt, ob der Testamentsvollstrecker den Erbschaftsanspruch aus § 2018 und damit auch das Recht auf Auskunftserteilung aus den §§ 2027, 260 als ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht geltend machen könne.

§§ 2212, 2213. 1. KGBl. **09** 28 (KG. III. ZS.). Wenn auch mangels einer ihm vom Erblasser erteilten weitergehenden Vollmacht der Testamentsvollstrecker nicht befugt ist, über das Erbrecht zu prozessieren, so kann doch in einem Rechtsstreite, den er führt, ein Streit dieser Art dann verhandelt und entschieden werden, wenn er einen Inzidentpunkt bildet, freilich ohne Wirkung gegenüber den am Prozeß als Partei nicht Beteiligten. Er ist aber auch für befugt zu erachten, wenn der Anspruch einzelner Erbinteressenten gegen ihn auf Auszahlung ihres Erbteils gerichtet ist, das Nichtbestehen des Anspruchs einzuwenden und zu diesem Zwecke auch geltend zu machen, daß der Kläger überhaupt kein Recht auf den eingeklagten Erbteil besitze. Ist dies aber richtig, so kann er auch mit der negativen Feststellungsklage einem Anspruch auf Auszahlung eines Erbteils entgegentreten, denn es handelt sich dabei lediglich um einen in die Form des Angriffs gekleideten Einwand der vorerörteten Art.

2. **RG.** JW. **09** 52, HansGZ. **09** Beibl. 123, R. **09** Ziff. 288. Die Frage, ob der Beklagte Erbe sei, läßt sich nicht zwischen dem Beklagten und dem Testamentsvollstrecker zum endgültigen Austrage bringen (Mot. **5** 137, Prot. **5** 300), dagegen kann der Testamentsvollstrecker aus Anlaß der ihm obliegenden Geschäftsführung Rechtsstreite zu führen haben, für deren Entscheidung die Frage der Erbberechtigung des Gegners von Erheblichkeit ist und als Inzidentpunkt der Prüfung bedarf. Denkbar ist z. B. eine Feststellungsklage, daß das zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Erben bestehende Rechtsverhältnis (vgl. § 2218) zwischen ihm und dem Beklagten nicht bestehe.

§ 2214. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 2033.

§ 2215. OLG. **18** 344 (KG. III. ZS.). Die hier festgesetzte Inventarisierungspflicht trifft den Testamentsvollstrecker vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nur dem Vorerben gegenüber.

§ 2216. 1. RJA. **10** 114 (KG.). Die durch § 2216 begründeten Pflichten des Testamentsvollstreckers bestehen für diesen nur den Erben und den Vermächtnisnehmern gegenüber, die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers nach außen hin wird durch das gesetzliche Gebot der ordnungsmäßigen Verwaltung oder durch Verwaltungsanordnungen des Erblassers nicht berührt. Die Vorschrift des § 2216 Abs. 2 Satz 2 bezweckt lediglich, die vermöge der Anordnung des Erblassers begründete erhebliche Gefährdung des Nachlasses dadurch zu beseitigen, daß der Testamentsvollstrecker von seiner Amtspflicht zur Befolgung der Anordnung des Erblassers entbunden wird. Ist die Gefährdung des Nachlasses bereits dadurch beseitigt, daß der Testamentsvollstrecker unter Verletzung seiner Amtspflicht sich eigenmächtig über die Vorschrift des Erblassers hinweggesetzt hat, so ist für eine Außerkraftsetzung der bereits gegenstandslos gewordenen Anordnung des Erblassers kein Raum mehr.

2. RheinZ. **2** 103, ElsLothNotZ. **09** 167, ElsLothJZ. **09** 277, R. **09** Ziff. 1335 (Colmar). Als „Beteiligter" im Sinne des § 2216 Abs. 2 Satz 2, der zu dem Antrag auf Außerkraftsetzung einer Anordnung des Erblassers berechtigt wäre, kommt nicht schon ein nächster Angehöriger des Erben in Frage, vielmehr bedarf es der Darlegung eines rechtlichen Interesses daran, daß die Anordnung vollzogen werde oder unvollzogen bleibe.

§ 2218. **RG.** JW. **09** 75, PosMSchr. **09** 9, R. **09** Ziff. 511. Ein Streit über die Entlastung des Testamentsvollstreckers kann sich nur an eine Rechnungslegung über die gesamte Verwaltung (§§ 2218, 666, 259 BGB.) anschließen. Dagegen kann ein Streit über die gehörige Pflichterfüllung bei Gelegenheit eines einzelnen Geschäfts unabhängig von der dem Testamentsvollstrecker obliegenden Rechnungslegung auf dessen Klage dann zum Austrage gebracht werden, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 256 ZPO. vorliegen.

§ 2221. 1. **a)** OLG. **18** 316 (KG.). Hat der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine bestimmte Summe als Vergütung für seine Mühewaltung ausgesetzt, so ist es als im Sinne des Erblassers liegend anzusehen, das Honorar verhältnismäßig zu kürzen, wenn kurze Zeit nach seinem Tode die Nachlaßverwaltung eingeleitet worden ist und dadurch die Verwaltung des Testamentsvollstreckers in der Hauptsache ihr Ende erreicht hat. **b)** Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1984.

2. OLG. **18** 320, R. **09** Ziff. 86 (Hamburg). Ist einem Testamentsvollstrecker testamentarisch für seine Tätigkeit eine Gesamtvergütung ausgesetzt und hat er diese Vergütung erhalten, so ist dadurch zwar sein Recht, sein Amt jederzeit zu kündigen, nicht erloschen. Kündigt er jedoch ohne wichtigen Grund, so hat er einen angemessenen Teil des Honorars, das die Gegenleistung für eine noch länger dauernde Tätigkeit bildete, wieder herauszugeben.

§ 2222. OLG. **18** 335 (KG. III. ZS.). Die Ausübung der dem Nacherben bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge zustehenden Rechte gehört nicht ohne weiteres zur Ausführung der Verfügung des Erblassers und damit zur regelmäßigen Aufgabe des Testamentsvollstreckers, vielmehr handelt es sich im § 2222 um eine Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers, die vom Erblasser besonders erklärt werden muß.

§ 2223. Rost, DJZ. **09** 710 f. Ist Gegenstand des Vermächtnisses ein Grundstück oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht an einem Grundstück und wird der Vermächtnisgegenstand auf den Vermächtnisnehmer übertragen, die Übertragung auch im Grundbuch eingetragen, so kann sich das Bedürfnis herausstellen, die Beschränkung des Vermächtnisnehmers durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Grundbuch ersichtlich zu machen, da eine entsprechende Anwendung des § 2206 BGB. durch das praktische Bedürfnis in dem

Sinne geboten sein kann, daß an die Stelle der Verwaltung des Nachlasses die Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes tritt (Planck Anm. 3 zu § 2223), und da die dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen gerade zur Voraussetzung haben können, daß der Gegenstand des Vermächtnisses in der Hand des Vermächtnisnehmers bleibt und dieser nicht über ihn verfügt. § 53 GBO. kann keine Anwendung finden, weil er lediglich die Eintragung des Erben betrifft; die Eintragung kann nur auf Antrag des Testamentsvollstreckers mit Bewilligung des Vermächtnisnehmers erfolgen.

§ 2227. ElsLothJZ. **09** 154 (Colmar). Mangel an Uneigennützigkeit, wenn z. B. der Testamentsvollstrecker ein formell richtiges Testament ohne haltbaren Grund angefochten und in Anbetracht der erfolgten Anfechtung mit einer Miterbin eine für ihn als Miterben vorteilhafte Vereinbarung getroffen hat, ist ein wichtiger Grund im Sinne des § 2227.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Die Bedeutung dieses Titels für die Rechtsanwendung wird wiederum durch die Fülle der zu ihm ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen dargetan; wie immer, knüpfen sich an die Frage der Gültigkeit eigenhändig errichteter Testamente die meisten Streit- und Zweifelsfragen. Das KG. ist in erfreulicher Weise (so bei der Beurteilung mehrfach datierter Testamente und bei der Ergänzung unvollständiger Zeit- und Ortsangaben aus dem sonstigen Inhalte des Testaments) dem Bedürfnisse der Praxis und dem Interesse der möglichsten Aufrechterhaltung des letzten Willens, worauf Danz, DJZ. **09** 281, so eindringlich hingewiesen hat, entgegengekommen (vgl. Ziff. 5 u. 7 zu § 2231). Auch das RG. hat wiederum Gelegenheit gehabt, sich über eine Reihe wichtiger Fragen, so über die Bedeutung der mündlichen Erklärung des Erblassers (zu § 2238), der Feststellung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne (zu § 2242), der Verantwortlichkeit des Gemeindevorstehers bei Aufnahme eines Nottestaments (§ 2249), des Widerrufs eines Testaments (§ 2253) und die Vornahme von Veränderungen an der Testamentsurkunde (§ 2255) auszusprechen. Das OLG. Colmar hat (zu § 2263) einen Verzicht auf die Eröffnung des Testaments, das KG. (zu § 2264) die Rückgabe der Testamentsurschrift an eine Privatperson für unzulässig bezeichnet.

Literatur: Danz, DJZ. **09** 281, Können Testamente mit Formfehlern aufrechterhalten werden? (Dazu Hellwig, DJZ. **09** 424, v. Bozóky, R. **09** 592.) — Josef, BuschsZ. **39** 341, Zum Beschwerderecht in den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit (u. zu § 2264). — Kretzschmar, BayNotZ. **09** 77, 166, Das ordentliche öffentliche Testament. — Ders., BayNotZ. **09** 359, Eröffnung des Testaments. — Riemann, R. **09** 208, Darf der Richter oder Notar das vor ihm errichtete Testament vor Ablieferung in die amtliche Verwahrung zum Zwecke der Vernichtung zurückgeben? (u. zu § 2255) — Schmale, ZBlFG. **10** 129, Testamentrechtliche Fragen (zu § 2260). — Vgl. auch Lit. zu § 2231.

§ 2231. Literatur: Drewes, KGBl. **1910** 14, verneint, daß das eigenhändige Testament sich in der Praxis bewährt habe, und befürwortet nur dessen Aufrechterhaltung als Nottestament. — Joel, DNotV. **09** 293, findet eine Schattenseite des Privattestaments darin, daß die Kinder bei der gemäß § 2260 Abs. 2 BGB. vorgeschriebenen Anhörung sich möglicherweise in Widerspruch mit der die Echtheit des Testaments eidesstattlich versichernden Erklärung des überlebenden Elternteils setzen könnten und entgegen dem Willen des Erblassers schon bei dem Tode des einen Elternteils erführen, wie die Eltern über die dereinstige Teilung des Vermögens verfügt hätten.

Eigenhändiges Testament.

1. Beweismittel. OLG. **18** 350 (KG.). Eidesstattliche Versicherungen können bei Prüfung der Frage, ob ein Testament den Formvorschriften des § 2231 Nr. 2 BGB. genügt, keine Berücksichtigung finden.

2. Nichtunterschriebene Nachträge. OLG. 18 353 (KG. III. ZS.). Durch einen durch Unterschrift nicht gedeckten Nachsatz zu einem im übrigen formgültig errichteten eigenhändigen Testamente wird die Gültigkeit dieses Testaments nicht in Frage gestellt.

3. Abkürzungen. OLG. 18 350 (KG.). Zulässig sind im Verkehr übliche Abkürzungen, z. B. 24. 1. 09.

4. Unterzeichnung nur mit dem Vornamen: Götze, GuR. **10** 330, hält eine solche für zulässig, wenn sich die Persönlichkeit des Erblassers und des Erben mit Sicherheit feststellen läßt.

5. Abschlußdatum. Doppeldatierung. Datumsänderungen. **a)** KGJ. **37** A 119, OLG. **18** 346, R. **09** Ziff. 1534 (KG.). Eine bestimmte Reihenfolge, in der den Formvorschriften des § 2231 Ziff. 2 genügt werden müßte, ist nicht vorgeschrieben. Das Datum kann daher an einem späteren Tage als der Text und die Unterschrift des Testaments geschrieben sein; bis dahin liegt nur ein Testamentsentwurf vor. Die Beifügung des Datums bildet alsdann den letzten Teil der Testamentserrichtung (**RG. 43** 378), und das zeitliche Datum ist richtig, wenn es den Tag angibt, an dem das Datum beigefügt ist. Enthält das Testament zwei Tagesangaben, von denen die eine den Beginn, die andere den (allein wesentlichen) Abschluß der Niederschrift bezeichnet, so ist seine Geltung unbedenklich. Aber auch ohne eine dahin gehende ausdrückliche Angabe wird eine Doppeldatierung regelmäßig dahin zu verstehen sein, daß das Testament am früheren Tage begonnen und am späteren Tage beendet ist. Verändert der Erblasser ein mit Datum und Unterschrift versehenes Testament nachträglich, so nimmt er damit der Tagesangabe die Bedeutung des Abschlußdatums; das Testament wird durch die Veränderung zum Entwurfe, das Abschlußdatum zum Beginndatum. Um diesen Entwurf wieder zum gültigen Testamente zu machen, bedarf es erneuter Datierung mit Angabe des Tages, an dem das Testament in ergänzter Gestalt zum Abschlusse gebracht ist. Die Beibehaltung des alten Datums kann in einem solchen Falle die Gültigkeit des Testaments nicht beeinträchtigen, es liegt gerade dann der Fall vor, daß zeitlich das alte Datum den Beginn und das neue Datum den Abschluß der Testamentserrichtung angibt. Abgelehnt wird die Ansicht (Mantey, GruchotsBeitr. **43** 653, Brock, Eigenh. Testament 81, Gößler, Datierung des eigenh. Test. 24, Herold, SächsA. **2** 508), daß Zusätze zu einem Testament, auch wenn sie am Rande oder zwischen den Zeilen des Textes vorgenommen werden, nicht nur eine erneute Datierung, sondern auch eine Wiederholung der Unterschrift des Erblassers erfordern, wenigstens soweit nicht das frühere Datum durchstrichen werde. Vielmehr nimmt das KG. an, daß auch die nachträglich bewirkten Zusätze oder Abänderungen durch die vorhandene Ortsangabe, sofern sie noch zutrifft, und, sofern die Zusätze über der Unterschrift stehen, auch durch diese gedeckt werden. **b)** R. **09** Ziff. 697 (Naumburg). Nicht wesentlich ist die Einheitlichkeit des Errichtungsakts einschließlich der Zeitangabe. Deshalb kann es dem Erblasser nicht verwehrt werden, einen späteren Tag im Testament anzugeben, wenn es sein Wille ist, daß das Testament erst von diesem Tage an als sein letzter Wille gelten soll. **c)** OLG. **18** 348, RheinZ. **1** 541, ElsLothNotZ. **09** 71, ElsLothJZ. **09** 94, R. **09** Ziff. 289 (Colmar). Dem Erfordernisse der Datierung ist durch das an den Schluß des Testaments gesetzte Datum genügt, das unzweideutig den Zeitpunkt seines Abschlusses bestimmt, das an den Beginn gesetzte frühere Datum läßt nur den Schluß zu, daß es nicht an einem Tage geschrieben worden ist. So schon nach französischem Rechte auf Grund des Art. 970 code civil Entsch. des Kassationshofs vom 8. Juli 1823 (Dalloz, rép. gen. s. v. Dispositions entre vifs Nr. 2665. **d)** PosMSchr. **09** 103 (KG.). Steht fest, daß die Erblasserin das „F., den 21. Oktober 1908" datierte Testament nicht in F., sondern in B. während

des Aufenthalts in einer Klinik am 21. Okt. 1908 errichtet hat, so ist das Testament, weil es den Ort der Errichtung nicht wahrheitsgetreu angibt, nichtig, mag auch das Datum nur aus Versehen falsch angegeben sein. Der Umstand, daß die Erblasserin noch am Tage der Testamentserrichtung von B. nach F. zurückgekehrt ist, ist unerheblich, wenn nicht ersichtlich ist, daß das Testament, obwohl es in B. vollständig hergestellt war, nach dem Willen der Erblasserin nur die Bedeutung eines Testaments entwurfs haben und erst nach der Rückkehr der Erblasserin nach F. die Kraft eines Testaments erlangen sollte. Der Ort der Errichtung ist namentlich deshalb, weil er für die Form des Testamentes maßgebend ist, in dem Testament anzugeben. — **e**) Vgl. dazu Weißler, DNotV. **09** 550.

6. Datum auf der Stempelmarke. OLG. **18** 349 (Celle). Dem Erfordernisse der Orts- und Zeitangabe eines eigenhändigen Testaments ist genügt, wenn die auf die Testamentsurkunde aufgeklebte und dadurch zu deren Bestandteil gewordene Stempelmarke richtig datiert ist, auch wenn die Datierung auch dazu bestimmt war, die Stempelmarke zu entwerten.

7. **a**) Unvollständige Orts- und Zeitangabe. KGBl. **1910** 7, R. **1910** Ziff. 101, 102 (KG.). Trägt die Testamentsurkunde den Vordruck: „Berlin W, Nürnberger Str. 21" und hat der Erblasser seiner Unterschrift nur die handschriftliche Angabe: „Nürnberger Straße 21" beigefügt, so kann der Inhalt und die Beschaffenheit der Testamentsurkunde zur Erläuterung der unklaren Ortsangabe herangezogen werden. Die entgegenstehende Entsch. RJA. **7** 15, R. **06** 643 — JDR. **5** Ziff. II 2 g zu § 2231 — wird nicht aufrechterhalten. Hat ferner der Erblasser den üblichen Vordruck der Jahreszahl (190 . . .) handschriftlich vervollständigt (1903) und ergibt sich aus dem Testamente zweifellos, daß er mit der von ihm geschriebenen Zeitangabe 1. Sept. 3 (die Ziffern 190 im Vordrucke vor der 3) den 1. September 1903 als den Tag der Testamentserrichtung angeben wollte, so ist das Erfordernis der eigenhändigen Angabe des Tages der Testamentserrichtung als erfüllt anzusehen. — **b**) Vgl. hierzu die Bemerkungen von Drewes, KGBl. **1910** 14.

8. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **7** Ziff. 3 b zu § 2231 — auch BayRpflZ. **09** 70, SeuffA. **64** 464, die Entsch. OLG. Dresden — Ziff. 5 aaO. — auch (ausführlich) SeuffA. **64** 102.

§ 2232. Literatur: Kretzschmar, BayNotZ. **09** 77, 166, gibt einen Überblick über die Erfordernisse eines ordentlichen öffentlichen Testaments unter den Abschnitten: Zuständigkeit. Verfahrensvorschriften. Mitwirkende Personen. Formen der Testamentserrichtung. Protokoll. Testament eines Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten. Fremdsprachiges Testament. Verwahrung und Rückgabe des Testaments. Errichtung von Testamenten außerhalb Deutschlands vor deutschen Behörden. Errichtung von Testamenten im Felde sowie auf einem in Dienst gestellten Schiffe der Kaiserlichen Marine.

§ 2238. **RG.** JW. **09** 461, R. **09** Ziff. 2810 — in Bestätigung von Braunschw. RpflZ. **08** 159 — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2238. Ist der Gerichtsschreiber zwar bei der Aufnahme des Protokolls, nicht aber zugegen gewesen, als der Erblasser dem Richter seinen letzten Willen mündlich erklärte (§ 2238), hat andererseits der Erblasser das Diktat des Richters gar nicht gehört, da er andernfalls die groben Unrichtigkeiten des Wortlauts verbessert haben würde, und beruhte sein Schweigen bei der Vorlesung nicht auf Zustimmung, sondern auf Teilnahmlosigkeit, so hat es an einer in Gegenwart des Gerichtsschreibers abgegebenen Erklärung des letzten Willens gefehlt. Es würde auch nicht genügt haben, wenn der Erblasser die an den Gerichtsschreiber gerichteten Worte des Richters gehört und verstanden hätte. Denn auch in solchem Falle ließe sich sein Stillschweigen der durch § 2238 verlangten mündlichen Erklärung nicht gleichstellen.

§§ 2240 ff. Literatur: Danz, DJZ. **09** 281, warnt vor zu großem Formalismus bei Anwendungen der das Testament betreffenden Formvorschriften, da auch diese so auszulegen seien, wie durch sie der damit verfolgte Zweck, nämlich die Lebens-

bedürfnisse zu befriedigen, am besten erreicht werden könne. Vgl. dazu Hellwig, DJZ. **09** 426, und v. Bozóky, R. **09** 592.

§ 2241. 1. Nr. 1. Kretzschmar, BayNotZ. **09** 85. Da die Datierung des öffentlichen Testaments keine Willenserklärung enthält und für die Richtigkeit der Angabe nur eine Vermutung spricht, so hat die Widerlegung der Vermutung nicht die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, sondern es hat nur an die Stelle des unrichtigen Datums das richtige zu treten. AM. OLG. **2** 465 (Rostock), **12** 375 (KG.), Staudinger. Verlangen wird man allerdings müssen, daß sich das richtige Datum, soweit es darauf ankommt, in zweifelsfreier Weise nachweisen läßt. Das wird bei der Errichtung gerichtlicher oder öffentlicher Urkunden wohl ausnahmslos der Fall sein.

2. Nr. 2. a) Die Entsch. **RG.** — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2241 — auch BayRpfl.Z **09** 51, GruchotsBeitr. **53** 1065, R. **09** Ziff. 87, 88, SächsOLG. **30** 83 (in Abänderung der Entsch. SächsOLG. **28** 151). **b)** OLG. **18** 353 (KG.). Zur Bezeichnung der bei der Beurkundung Mitwirkenden genügt eine im Protokoll enthaltene Bezugnahme auf die am Schlusse befindlichen, unter Beifügung des Amtscharakters abgegebenen Unterschriften der Urkundspersonen (**RG. 50** 16), z. B. wenn die Eingangsworte des Protokolls erkennen lassen, daß die als erschienen aufgeführten Personen auf dem Gerichtstage, d. h. vor der mit der Abhaltung des Gerichtstags betrauten Gerichtskommission erschienen sind, oder wenn vermerkt ist, daß die Erschienenen den Unterzeichneten nicht persönlich bekannt seien.

§ 2242. 1. Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne (Abs. 2). **a)** Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **7** Ziff. 3 B zu § 2242 — auch BayObLG. **9** 1, DJZ. **09** 90, OLG. **18** 354 Anm. 1. **b) RG.** JW. **09** 314, BayRpflZ. **09** 230, PosMSchr. **09** 79, R. **09** Ziff. 2130. Der Schlußvermerk in einem über die mündliche Erklärung des Erblassers aufgenommenen Testamente: „Vorstehendes Protokoll ist dem Testator vorgelesen und von ihm genehmigt worden. Infolge Schwäche am Arme war der Testator außerstande, das Protokoll zu unterschreiben", genügt nicht den Anforderungen des § 2242 Abs. 2. Bei der Rechtsansicht **RG. 69** 79 — JDR. **7** Ziff. 3a zu § 2242 — wird verblieben. Es kann nicht als richtig anerkannt werden, daß die Feststellung der Schreibensunfähigkeit ein Mehreres bedeute als die Feststellung der hierauf bezüglichen Erklärung des Erblassers. Die Fassung des Testaments ist auch nicht eine solche, daß daraus die Vorlesung und Genehmigung des Schlußvermerkes gefolgert werden könnte (vgl. **RG. 65** 375, **69** 83). Zuzugeben ist, daß, wenn auch nur das bereits Niedergeschriebene vorgelesen und genehmigt werden kann, doch die Beurkundung in der Weise erfolgen kann, daß abweichend von der wirklichen Zeitfolge die geschehene Vorlesung und Genehmigung des nachfolgenden Vermerkes festgestellt wird. Soll dies aber der Sinn der Feststellung sein, so muß es aus dem Testament in irgendeiner Weise erhellen. Daraus allein, daß die Vorlesung und Genehmigung des Protokolls bezeugt ist, welcher Ausdruck allerdings einer verschiedenen Deutung fähig ist (vgl. **RG. 63** 33), ist in dieser Beziehung nichts zu entnehmen. Unwesentlich ist es, wenn bei dem Amtsgerichte die Übung besteht, daß regelmäßig der Schlußvermerk des Testaments mit vorgelesen wird, da eine solche partikuläre Übung nicht dazu führen könnte, das Testament in anderer Weise auszulegen. — Vgl. dazu Weißler, DNotV. **09** 554. **c)** OLG. **18** 354 (Braunschweig). Für die Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, genügt, daß aus dem Protokoll irgendwie ersichtlich ist, der Erblasser habe jene Erklärung zum Ausdrucke gebracht. Dies ist schon dadurch geschehen, daß der Erblasser das Protokoll mit seinem Handzeichen versehen hat (JW. **07** 260), oder wenn dem Handzeichen der Versuch des Unterschreibens durch eine unvollendet gebliebene Namensunterschrift

vorangegangen ist. d) KGJ. 37 A 124, R. 09 Ziff. 1535 (KG.). Das über die Testamentserrichtung aufgenommene Protokoll enthält eine ausreichende Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, wenn sich unter dem vorgelesenen Teile des Protokolls ein Handzeichen des Erblassers befindet und im Protokolle festgestellt ist, daß der Erblasser dieses Handzeichen unter das Protokoll gesetzt habe. Wer unter eine Urkunde zum Zeichen der Genehmigung des Inhaltes ein Handzeichen setzt, gibt damit die Erklärung ab, daß er zur Beifügung der Namensunterschrift außerstande sei. Einer Vorlesung und Genehmigung der gemäß § 2242 Abs. 2 getroffenen Feststellung bedarf es nicht (**RG. 63** 31).

2. Abs. 3. DJZ. **09** 1269 (KG.). Nach der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen können die unter ihr fehlenden Unterschriften der Urkundspersonen nicht nachgeholt werden. Es wäre ein unhaltbarer Zustand, wenn durch Ausfertigungen usw. desselben Testaments je nach deren Erteilung vor oder nach der Hinzufügung der fehlenden Unterschriften der eine Beteiligte die Verletzung, der andere die Befolgung des § 2242 Abs. 3 nachweisen könnte. Unerörtert gelassen ist die Frage, ob der Erblasser die Vornahme der sämtlichen für die Errichtung eines gerichtlichen Testaments vorgeschriebenen Förmlichkeiten erlebt haben muß.

§ 2244. OLG. **18** 355 (Marienwerder). Durch § 2244 wird der Inhalt des Protokolls, der der Unterschrift des Dolmetschers bedarf, erschöpfend bestimmt. Dazu gehört nicht die Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne (§ 2242 Abs. 2).

§ 2246. 1. a) Eine AVf. des OStA. Colmar v. 30. April 09 (ElsLoth. NotZ. **09** 173) gibt nähere Anweisung, wie die Notare zu verfahren haben, wenn der Erblasser von seinem Testamente, nachdem es gemäß § 2246 verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung genommen worden ist, später Einsicht verlangt. b) Vgl. dazu die Bemerkungen von Kerckhoff, ElsLothNotZ. **09** 177.

2. BadRpr. **09** 150 empfiehlt BadJM. v. 3. Juni 09, dem Testierer bei Errichtung eines öffentlichen Testaments eine Abschrift des Testaments zu erteilen.

3. *Wäntig, DNotV. **09** 632. Wenn der Testator ein Testament, das er vor einem Notar errichtet hat, widerrufen will, bevor der Notar die Testamentsurkunden gemäß § 2246 BGB. in die besondere amtliche Verwahrung gebracht hat, so ist der Notar berechtigt und verpflichtet, dem Testator das Testament herauszugeben unter der Voraussetzung, daß die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunden nach § 2255 BGB. in Gegenwart des Notars erfolgt. Würde der Notar die Herausgabe verweigern, so würde er sich schadensersatzpflichtig machen. Die Landesgesetze sind nicht befugt, dem Notar die Rückgabe an den Testator zu vorgenanntem Zwecke zu verbieten.

§ 2249. RG. JW. **09** 727 verneint die Fahrlässigkeit eines einfachen Gemeindevorstehers in einem kleinen Dorfe, welcher, weil die schleunige Überführung des Erblassers in ein erst nach längerer Eisenbahnfahrt zu erreichendes Krankenhaus beschlossen war, die Errichtung des Testaments so beschleunigte, daß der Kranke noch mit dem nächsten Zuge fortgebracht wurde und deshalb sich nicht mit einer Prüfung der Frage, ob der von ihm als Zeuge zugezogene Schwiegersohn des Erblassers bei der Verhandlung mitwirken dürfe, aufhielt. Ob die in Aussicht genommene Operation an dem Erblasser auch noch hätte vorgenommen werden können, wenn der Gemeindevorsteher sich erst über die Frage, welchen Anforderungen die Zeugen genügen müßten, unterrichtet hätte und der Kranke dann mit einem späteren Zuge gefahren wäre, wird für unerheblich erklärt, da die Frage der Fahrlässigkeit nach der Sachlage zu beurteilen ist, wie sie sich in der kritischen Zeit darstellte und darstellen mußte.

§ 2253. RG. JW. **1910** 22, R. **1910** Ziff. 103. Allerdings ist der Widerruf einer Erbeinsetzung ebenso wie die Erbeinsetzung selbst immer eine Verfügung von

Todes wegen. Aber auf die Absicht, letztwillig zu verfügen, kommt es bei der Frage an, ob eine Erklärung den Widerruf einer Erbeinsetzung enthält. Wird in dem Nachlaß ein an die eingesetzte Alleinerbin gerichteter Brief vorgefunden, worin der Erblasser ihr mitteilt, daß er seiner Nichte als Entgelt für treue Pflege das Wenige, was er noch besitze, zum Geschenke gemacht habe, so legt der Wortlaut des Briefes nicht die Annahme nahe, daß der Erblasser seine Verhältnisse für den Fall seines Todes habe ordnen wollen, eher dürfte anzunehmen sein, daß er durch die Mitteilung von der Tatsache der Schenkung die eingesetzte Erbin darauf habe vorbereiten wollen, daß sie nicht sein gesamtes Vermögen, wie es ihr nach dem Testamente hätte zufallen sollen, sondern nur noch den nach Abzug der verschenkten Gegenstände verbleibenden Rest erhalten solle.

§ 2255. 1. Riemann, R. **09** 208, gegen Wäntig, DNotVZ. **08** 632 ff. — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 2255 —. Der Richter oder Notar darf das vor ihm errichtete Testament vor Ablieferung in die amtliche Verwahrung nicht zum Zwecke der Vernichtung an den Testator herausgeben. § 2255 (als Ausnahme von § 2254) besagt nur, daß ein vom Verfügenden absichtlich vernichtetes Testament auch als widerrufen gilt, um dadurch die Beweisschwierigkeiten und Streitigkeiten bei Vernichtung der Testamentsurkunde abzuschneiden.

2. **a)** Die Entsch. **RG. 69** 413 — JDR. **7** Ziff. 3 zu § 2255 — auch DJZ. **09** 210, R. **09** Ziff. 89, SeuffA. **64** 466. **b)** An der hierin dargelegten Rechtsauffassung, daß ein Privattestament vom Erblasser auch durch Einreißen und durch Entfernung des darauf gedrückten Siegels im Sinne von § 2253 widerrufen werden kann, hält das **RG.** fest: JW. **09** 363.

3. **RG. 71** 293, JW. **09** 449, NiemeyersZ. **19** 516, R. **09** II Ziff. 2664, 2665, 2666. Ohne die Aufhebungsabsicht reichen selbst solche Veränderungen, durch die nach allgemeinen Gepflogenheiten der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, seinen Ausdruck findet, nicht aus, das Testament außer Kraft zu setzen. **RG. 69** 413, ➵ vgl. o. Ziff. 2 a ➴ geht von demselben Grundsatz aus und betrifft nur die Frage nach der erforderlichen Beschaffenheit der Veränderungen, die beim Vorhandensein der Aufhebungsabsicht den Widerruf rechtswirksam machen. Die Widerrufsform des § 2255 kann nicht nur auf das ganze Testament, sondern auch auf einzelne in ihm enthaltene Verfügungen Anwendung finden (vgl. Mot. **5** 301). Andererseits sind positive Veränderungen, insbesondere nachträglich hinzugesetzte Worte oder Sätze, auch wenn sie von der Hand des Erblassers herrühren, als letztwillige Verfügungen unwirksam. Verändern sie sachlich das, was mit Datum und Unterschrift abgeschlossen in einem eigenhändigen Testamente verfügt ist, so enthalten sie neue letztwillige Verfügungen, bei deren Errichtung die Formen des § 2231 Nr. 2 von neuem gewahrt werden müssen. Sie können nur Bedeutung für die Auslegung dessen gewinnen, was von den Verordnungen des Testaments stehen geblieben ist. Liegt nur eine Veränderung in der Fassung (Ersetzung eines Ausdrucks durch einen gleichbedeutenden, durch Überschreibung des Durchstrichenen) vor, so ist das Testament in der ursprünglichen Fassung in Wirksamkeit geblieben, denn der Erblasser hat durch die Fassungsänderung zu erkennen gegeben, was er von vornherein mit den formell in Kraft gebliebenen, wenn auch durchstrichenen Worten gemeint hatte.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 2443. Ein Testamentswiderruf liegt vor, wenn die mit Zustimmung des Erblassers an der Testamentsurkunde vorgenommenen Durchstreichungen, Einschiebungen und Zusätze die Urkunde derart entstellen und zum Teil unklar machen, daß daraus der Wille des Erblassers zu entnehmen ist, die in der Urkunde enthaltene Willenserklärung solle nicht mehr gelten, vielmehr nunmehr die Bedeutung eines neuen Testamentsentwurfes haben.

Kommt es dann nicht mehr zur Errichtung des neuen Testaments, so hat die gesetzliche Erbfolge einzutreten.

5. a) BadRpr. **09** 193 (Karlsruhe). Wenn das Gesetz, soweit es sich um den Widerruf durch Vornahme von Veränderungen an der Urkunde handelt, verlangt, daß es Veränderungen sind, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, so kommt es im Einzelfalle nicht darauf an, ob der Inhalt der Urkunde gewollt ist, sondern darauf, ob objektiv die Veränderungen so beschaffen sind, wie diese Widerrufsform es erfordert, und ob, wenn diese erste Frage zu bejahen ist, der Erblasser die Entkräftung der Urkunde als solcher beabsichtigt hat. Sind daher an einer Urkunde mittels Durchstreichung und anderer Gestaltung des Textes eine Reihe von Veränderungen vorgenommen, zum Teil in einer Form und mit Schreibgeräten, die bei Urkunden solcher Art nicht üblich sind, so kann daraus nur geschlossen werden, daß der Erblasser die Absicht gehabt hat, dieses Testament durch ein anderes noch zu errichtendes zu ersetzen. Solange dieses andere noch nicht fertig war, sollte das erste fortgelten. Hat der Erblasser einzelne Verfügungen mittels Durchstreichens widerrufen, so kann ein solcher Widerruf zur Folge haben, daß auch weitere formell nicht widerrufene Verfügungen hinfällig werden. Ob diese Wirkung eintritt, ist eine Auslegungsfrage, für die die Regel des § 2085 BGB. gilt. b) Die Revision ist vom **RG.** BadRpr. **09** 256, **1910** 11 zurückgewiesen worden.

§ 2256. *Wäntig, DNotV. **09** 632. Unter amtlicher Verwahrung im Sinne des § 2256 ist die besondere amtliche Verwahrung des § 2246 zu verstehen.

§ 2258. 1. SächsRpflA. **09** 528 (Dresden). Hat ein Erblasser in einem eigenhändigen Testamente Vermächtnisse ausgesetzt und in einem späteren gerichtlichen Testament andere Personen zu Erben eingesetzt, ohne das frühere Testament zu widerrufen, so gilt das frühere Testament neben dem späteren, wenn nicht in dem späteren Testamente der Wille des Erblassers, auch über die früher verfügten Gegenstände anderweit zu verfügen, zum Ausdrucke gebracht worden ist. Ein nebenhergehender nicht zum Ausdrucke gebrachter Wille könnte nicht in Betracht kommen (JW. **99** 755 Ziff. 35). Auf die Auffassung des amtierenden Richters und darauf, ob dieser glaubte, die Erblasserin verfüge über ihren ganzen Nachlaß, kommt es nicht an. In anderer Weise als in den in §§ 2254 bis 2256 vorgesehenen Formen kann — abgesehen von § 2258 — der Widerruf eines Testaments nicht erfolgen, insbesondere nicht durch bloße mündliche Erklärungen des Erblassers, daß seine früheren Verfügungen ungültig seien.

2. ElsLothJZ. **09** 647 (Colmar). Ein Erblasser hatte in einem früheren Testament unter anderem sein Enkelkind zum Erben eingesetzt und in einem mit einem späteren Ehegatten geschlossenen Ehevertrage sodann bestimmt: „Hinterläßt der Erstversterbende Kinder oder sonstige Erben und rechtmäßige Deszendenten, so soll sich diese Schenkung auf den stärksten verfügbaren Anteil unter Ehegatten sowohl in Eigentum als in Nutznießung erstrecken.“ Aus dieser (im Anschluß an art. 1094 code civil getroffenen) Bestimmung ist ein Wille des Erblassers, das ältere Testament zu widerrufen und den zweiten Ehegatten zum Alleinerben einzusetzen, nicht gefolgert worden.

§ 2259. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **7** Ziff. 3 zu § 2259 — auch OLG. **18** 356, SeuffBl. **09** 105, R. **09** Ziff. 290.

2. KGJ. **37** A 127 (KG.). Liefert ein Gericht die Urschrift eines gerichtlich beurkundeten Erbvertrags, die nicht in die besondere amtliche Verwahrung dieses Gerichts gebracht, sondern lediglich in dessen gewöhnlicher Urkundenverwahrung geblieben ist, an das Nachlaßgericht nicht ab, so steht diesem die sachliche Beschwerde zu, wenn das andere Gericht die Ablieferung verweigert.

3. **RG.** (Straff.) JW. **09** 300. Ein Witwer, der das von seiner Ehefrau errichtete Testament, worin sie ihn zum Alleinerben einsetzt und andere Bestimmungen trifft, vernichtet, macht sich nach § 271 Nr. 1 StGB. strafbar, wenn er in der Absicht, anderen Nachteile zuzufügen, die Testamentsurkunde vernichtet hat, auch wenn tatsächlich ein Schaden nicht eingetreten ist. Das Testament war bestimmt und geeignet, die Tatsache zu beweisen, daß die Erblasserin die in dem Testament angegebenen letztwilligen Verfügungen getroffen habe. Ob die Verfügungen rechtswirksam waren, ist für die Urkundeneigenschaft des Testaments belanglos. Die Testamentsurkunde ist auch als eine solche anzusehen, die dem Witwer nicht ausschließlich gehörte, denn wenn er auch, da er zum Alleinerben eingesetzt war, im juristisch-technischen Sinne Alleineigentümer der Testamentsurkunde war, so war er doch verpflichtet, sie unverzüglich nach dem Tode der Erblasserin dem Nachlaßgericht abzuliefern, und er hatte sonach rechtlich keine Verfügungsgewalt über sie.

§ 2260. Literatur: Kretzschmar, BayNotZ. **09** 359, behandelt die Eröffnung des Testaments, im besonderen I. Begriff und Gegenstand der Eröffnung. II. Zuständige Behörde. III. Ablieferung von Testamenten. IV. Eröffnungsverfahren. V. Einsicht des eröffneten Testaments und Abschriften davon. VI. Eröffnung alter Testamente.

1. *Schmale, ZBlFG. **10** 129. Vor der Eröffnung ist zu prüfen, ob ein Testament vorliegt, d. i. ob das eingereichte oder vorliegende Schriftstück formell und materiell den Erfordernissen eines Testaments genügt. Ergibt diese Prüfung, daß das Schriftstück ein Testament nicht sein kann, so kann eine Eröffnung nicht stattfinden. — Erscheint im Eröffnungstermine niemand, so findet eine „Verkündung" des Testaments nicht statt. Die Eröffnung besteht in diesem Falle in der tatsächlichen Öffnung und Übernahme des geöffneten Testaments zu den Akten, — wenn ein unverschlossenes eigenhändiges Testament vorliegt, nur in dieser Übernahme zu den Akten — und in der protokollarischen Feststellung dieses Aktes. Liegt ein gemeinschaftliches Testament vor, das nicht ganz zu eröffnen ist, so sind im Protokolle die Teile zu bezeichnen, die von der Eröffnung ausgeschlossen bleiben.

2. KGJ. **37** B 18 (KG.). Der Grundsatz, daß zur Eröffnung des Testaments zu schreiten sei, sobald der Tod des Erblassers gerichtlich bekannt geworden ist, gilt auch für den Fall, daß mehrere Testamente vorhanden sind und daß in einem späteren das frühere widerrufen ist.

3. Über die Behandlung der seit langer Zeit (56 oder 54 Jahre) in Preußen gerichtlich verwahrten Verfügungen von Todes wegen (AGBGB. Art. 82) vgl. Meckbach, DJZ. **09** 1430.

§ 2262. *Hörle, ZBlFG. **9** 713. Da die Eröffnung des Testaments an einen unbekannten Erbbeteiligten nicht zu den im § 1960 BGB. behandelten Angelegenheiten gehört, so kann nur eine Pflegschaft nach § 1913 BGB. angeordnet werden.

§ 2263. RheinZ. **1** 547, ElsLothNotZ. **09** 44, ElsLothJZ. **09** 90, R. **09** Ziff. 291 (Colmar). Die Gründe, die zum Erlasse der Bestimmung des § 2263 geführt haben, sprechen auch dagegen, daß die Beteiligten durch ihren Verzicht die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen verhindern können. Vielmehr soll in einem gerichtlichen Termine Klärung über die Testaments- oder Erbvertrags-Erbfolge geschaffen werden. Auch Dritte, namentlich Nachlaßgläubiger und -schuldner, deren Vorhandensein dem Nachlaßgerichte meist verborgen ist, sind im Hinblick auf § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB. an der Festlegung eines solchen Termins interessiert. Diese Bestimmung läßt überdies erkennen, daß der Gesetzgeber voraussetzt, daß ausnahmslos alle Testamente und Erbverträge (§ 2300) zu eröffnen sind. Der RJA. **3** 70, Els. LothZ. **27** 397, OLG. **4** 425 entschiedene Fall liegt insofern anders, als dort der im Ehevertrag als Erbe eingesetzte Ehegatte die Erbschaft ausgeschlagen hatte.

§ 2264. 1. SeuffBl. **09** 777 (KG.). Das öffentliche Interesse, das für die Anordnung der Ablieferung der Testamente (§ 2259) maßgebend war und das auch durch die Vorschrift des § 2264 und die dadurch geschaffene Möglichkeit der Einsichtnahme des Testaments gewahrt werden soll, gestattet keine Rückgabe der Testamentsurschrift an eine Privatperson, insbes. auch nicht die Rückgabe eines zur Eröffnung abgelieferten privatschriftlichen Testaments an den Erben. Dieser Grundsatz steht mit **RG. 53** 390 nicht im Widerspruche, weil es sich dort um einen von einem Notar aufgenommenen Erbvertrag handelte, dessen Rückgabe an den Notar nach bewirkter Eröffnung in Frage stand. Ob der Erblasser durch die Niederschrift des Testaments in das von ihm geführte Familienstammbuch seinem Willen Ausdruck hat geben wollen, daß die Urschrift des Testaments in den Händen seiner als Alleinerbin eingesetzten Frau verbleibe, ist unerheblich (vgl. § 2263).

2. Josef, BuschsZ. **39** 341 ff. Der Inhalt eines Testaments kommt vor der ersten Eröffnung für den Rechtsverkehr nicht in Betracht; daher kann der angeblich Bedachte, dessen Antrag auf Eröffnung des Testaments abgelehnt ist, nicht verlangen, daß das Beschwerdegericht vorübergehend das Testament öffne und einsehe, um zunächst lediglich die Legitimation zur Beschwerde festzustellen. Aus § 2264 ist vielmehr zu schließen, daß vor der Eröffnung eine Einsichtnahme durch Dritte schlechthin unstatthaft ist. Dem gesetzlichen Erben steht die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eröffnung ohne weiteres zu, da das Gesetz nach § 2260 Abs. 1 Satz 2 vermutet, daß seine Rechtslage durch die Eröffnung verändert werde. Auch das Erbschaftssteueramt ist zur Beschwerde gegen die Ablehnung der Eröffnung legitimiert, da ihm ein Recht auf Mitteilung der eröffneten Testamente zusteht, das bedeutungslos wäre, wenn diese Behörde nicht zugleich ein Recht auf Eröffnung hätte.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung zu diesem Titel ist reichlich geflossen. Besonders wird auf die praktisch bedeutsame Entsch. des OLG. Celle (zu § 2267) über die Wahrung der Form des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamentes aufmerksam gemacht.

Literatur: Kretzschmar, ZBlFG. **10** 1, gibt eine Darstellung der Grundsätze des gemeinschaftlichen Testaments unter den Überschriften: I. Geschichtliches. II. Wesen und Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments. III. Form der Errichtung. IV. Unwirksamkeit des Testaments. V. Gegenseitiges Testament. VI. Korrespektive Verfügungen. VII. Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments. VIII. Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments. — Meyer, Ehevertrag und Testament (2). Pforzheim 1909.

§ 2265. 1. OLG. **18** 363 (Colmar). Weder das BGB. noch das FGG. verbieten, in einem gemeinschaftlichen Testamente neben der letztwilligen Verfügung auch einen Erbverzichtsvertrag der Erblasser zu beurkunden. Der Umstand, daß das Testament (übrigens unter der Einschränkung des § 2272 BGB.) widerruflich ist, steht der Zulässigkeit einer solchen rein äußerlichen Verbindung nicht entgegen. Daher unzutreffend die Ausführungen DNotV. **07** 445 (JDR. **6** zu § 2276), weil der Vertrag nur äußerlich in die Form des Testaments gekleidet ist; diese Form ist kein „aliud", sondern ein „majus", in dem das minus enthalten ist.

2. **RG.** JW. **1910** 22, R. **1910** Ziff. 105, DJZ. **1910** 257. Das Wesen des gemeinschaftlichen Testaments besteht darin, daß die letztwilligen Verfügungen mehrerer Personen in einer einzigen Urkunde errichtet werden (vgl. **RG. 50** 309). Nicht darauf kommt es an, ob die Verfügungen auf einem Blatte oder auf mehreren Bogen oder Blättern stehen. Es können mehrere Personen ihre letztwilligen Verfügungen nacheinander auf dasselbe Blatt Papier schreiben, ohne daß ein gemeinschaftliches Testament hergestellt wird; andererseits kann ein gemeinschaftliches Testament aus mehreren Bogen oder Blättern bestehen. Es kommt auch nicht

wesentlich auf den Inhalt der Verfügungen, auf die Einheitlichkeit oder Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsakts oder auf die Absicht der Verfügenden an.

3. Wegen der Anwendung dieser Bestimmungen auf Testamente gütergemeinschaftlicher Ehegatten vgl. die Bemerkung von *Wäntig zu § 1512.

§ 2267. 1. OLG. **18** 361 (Braunschweig). Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments „genügt" die im § 2267 vorgesehene Form. Treffen die Erblasser gesonderte Verfügungen, so ist die gesetzliche Form auch dann gewahrt, wenn jeder Ehegatte seine Verfügung eigenhändig schreibt und mit Ort, Datum und Unterschrift versieht (KG., SeuffA. **61** Ziff. 87).

2. **RG.** R. **1910** Ziff. 106. Eine Beifügung im Sinne des § 2267 und überhaupt ein gemeinschaftliches Testament liegt nicht vor, wenn ein Ehegatte das von dem anderen errichtete Testament lediglich mitunterschreibt und dann auf einem besonderen Bogen ein mit jenem Testament übereinstimmendes Testament errichtet.

3. OLG. **18** 350 (Celle). Das von dem Ehemann eigenhändig geschriebene gemeinschaftliche, mit Zeit- und Ortsangabe (Celle, den 16. August 1906) versehene Testament enthält unter dem Texte die ebenfalls von ihm geschriebenen Worte, und zwar links: „Der Ehemann", rechts: „Die Ehefrau". Unter die Worte: „Der Ehemann" hat dieser seinen Namen gesetzt; unter den Worten „Die Ehefrau" steht der Name der Frau. Zwischen der letzten Zeile des Textes und der die Worte „Der Ehemann, die Ehefrau" enthaltenden Zeile ist in einer einzigen Reihe folgender Satz geschrieben: „Das vorstehende Testament ist auch das meinige. Celle, den 16. August 1906." Der Ehemann behauptet, nachdem er seine Verfügung beendigt, habe seine Frau zunächst nur ihren Namen geschrieben; nach einigen Stunden, aber noch an demselben Tage, habe sie dann noch den eben erwähnten Satz eigenhändig eingefügt. — Die Rechtsbeständigkeit des Testaments wird durch die Einfügung des von der Frau geschriebenen Satzes und ihre Unterschrift unter den vom Manne herrührenden Worten „Die Ehefrau" nicht in Frage gestellt (KGJ. **26** A 44, **28** A 22, OLG. **8** 287). Die im § 2267 vorgeschriebene „Beifügung" der Erklärung des zweiten Ehegatten erscheint auch dann gewahrt, wenn wie hier die Worte zwischen solche gestellt sind, die vom anderen Teile herrühren, denn die erforderliche Eigenhändigkeit der Schrift läßt erkennen, welche Worte zusammengehören. Erforderlich ist aber, daß das Testament des einen Ehegatten errichtet, also von ihm unterschrieben ist, bevor der andere Teil seine Erklärung beifügt, es genügt nicht, wenn die beiden Unterschriften in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhange geleistet sind. Beweispflichtig ist, wer die Gültigkeit des Testaments behauptet. Unerheblich ist, ob die Einschaltung erst nachträglich erfolgt ist, wenn sie nur an demselben Tage geschehen ist. Einheitlichkeit des Errichtungsakts wird nicht erfordert, und wenn auch die Testamentserrichtung zunächst schon als abgeschlossen behandelt wurde, so konnte doch, ohne daß es einer neuen besonders unterschriebenen Erklärung bedurfte, die Frau ihre Nachtragserklärung über ihre Unterschrift setzen. Sie gab damit der vorher geleisteten Unterschrift die erforderliche räumliche Beziehung zu ihrer nachträglichen Erklärung. Dafür, daß die Nachtragserklärung nicht erst an einem späteren Tage beigefügt ist, ist gleichfalls beweispflichtig, wer sich darauf beruft, da der Gedanke nicht von der Hand zu weisen ist, daß das gleiche Datum nur gewählt ist, um es mit dem bereits auf der Urkunde befindlichen in Übereinstimmung zu halten. Der weitergehenden Auffassung **RG. 64** 423, daß dem Datum als Zeugnis bis zum Beweise des Gegenteils Beweiskraft innewohne, wird nicht beigetreten.

§ 2269. Literatur: Stübler, WürttZ. **51** 193, Zur Auslegung des § 2269 BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Erbschaftssteuer.

1. **RG.** R. **09** Ziff. 698. Haben in einem gemeinschaftlichen Testament Ehegatten sich gegenseitig als Erben eingesetzt mit der Bestimmung, daß nach dem

ist es Sache der Testamentsauslegung, festzustellen, ob der Wille der Ehegatten dahin ging, daß der Dritte der Erbe des Längstlebenden der Ehegatten, oder ob beim Tode eines der Ehegatten der Überlebende nur Vorerbe, der Dritte hinsichtlich des Nachlasses des erstverstorbenen Ehegatten aber Nacherbe sein soll. Im Zweifel ist gemäß § 2269 ersteres anzunehmen, und zwar auch dann, wenn das Testament unter der Herrschaft des früheren Rechtes errichtet, der Erbfall aber erst unter neuem Rechte eingetreten ist. Nur ist zu prüfen, ob nicht nach den früheren Auslegungsregeln anzunehmen ist, daß unter ihrem Einflusse die Eheleute etwas anderes gewollt haben (**RG. 59** 84).

2. OLG. **18** 337 (KG.). Die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments: „Zu Erben setzen wir uns gegenseitig ein dergestalt, daß der Letztlebende die freie Verwaltung und Nießbrauch an dem Ererbten hat. Nach dem Tode des Letztlebenden fällt dann unser beiderseitiges Vermögen an die vier Geschwister S." enthält nicht zweifelfrei die Anordnung einer Nacherbfolge; es greift daher die Auslegungsregel des § 2269 Platz.

3. SchlHolstAnz. **09** 65 (LG. Kiel). Die Auslegungsregel des § 2269 ist auf einseitige Testamente nicht anwendbar.

4. **RG.** PosMSchr. **09** 27. Es ist nicht rechtsirrtümlich, wenn die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments, wonach der gesamte beim Tode des letztlebenden Ehegatten noch vorhandene Nachlaß ohne Sonderung des aus dem Nachlasse des einen oder des anderen Ehegatten herrührenden Vermögens den beiderseitigen Verwandten, und zwar zur Hälfte den Verwandten des Mannes und zur Hälfte den Verwandten der Frau zufallen soll, dahin ausgelegt wird, daß der überlebende Ehegatte den Nachlaß des Erstversterbenden nicht als Vorerbe, sondern als Erbe erhalten soll und demgemäß die beiderseitigen Verwandten nicht als Nacherben, sondern lediglich als Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten in den Besitz des Nachlasses kommen. Vgl. OLG. **11** 253, **16** 68.

§ 2270. 1. **RG.** JW. **09** 52, HansGZ. **09** Beibl. 122, R. **09** Ziff. 292. Zur Anwendung des § 2270 bedarf es der Feststellung, daß und aus welchen Gründen anzunehmen ist, der Erblasser hätte die von ihm getroffenen Verfügungen nicht ohne die (nichtigen) Verfügungen seiner Frau getroffen, insbes. wenn er zugunsten seiner Verwandten verfügt hat. Wenn die Verwandten des Erblassers das „sämtliche Nachlaßvermögen", sei es nach dem Ehemanne, sei es nach der Ehefrau, erhalten sollen, wird wohl die Verfügung des Erblassers auch dahin gegangen sein, seine Verwandten sollten das Nachlaßvermögen erhalten, auch wenn das Vermögen der Frau nicht dazu gehöre.

2. ElsLothNotZ. **09** 71, ElsLothJZ. **09** 94 (Colmar). Auch ein gemeinschaftliches Testament kann einseitig (BGB. § 2253) aufgehoben werden, sofern nicht der Fall der §§ 2270, 2271 BGB. („korrespektives Testament") gegeben ist.

3. HansGZ. **09** Beibl. 311 (Hamburg). Die Nichtigkeit der Verfügung des einen Ehegatten zieht die Unwirksamkeit der Verfügung des anderen Ehegatten nach sich, wenn beide Verfügungen, in denen jeder Ehegatte den anderen zum Alleinerben einsetzt, insofern in einem Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen, als der Wille jedes Verfügenden durch die Verfügung des anderen Teiles bestimmt oder mitbestimmt worden ist.

§ 2271. **RG.** R. **09** Ziff. 699. Der überlebende Ehegatte ist nach Annahme der Erbschaft des verstorbenen an das gemeinschaftliche Testament, ebenso wie beim Erbvertrage gebunden, aber nicht gehindert, über das nachgelassene Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen. Nur insofern ist der Dritte, an den der beiderseitige Nachlaß nach dem Tode des überlebenden Ehegatten fallen soll, nach der auch auf korrespektive Testamente anwendbaren Vorschrift des § 2287

Tode des Längstlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen solle, so (**RG. 58** 64) geschützt, als bei einer auf ihre Beeinträchtigung abzielenden Schenkung ihm ein Anspruch gegen den Beschenkten auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht.

§ 2273. 1. **a)** OLG. **18** 359, HansGZ. **09** Beibl. 184, R. **09** Ziff. 996 (Hamburg). Sind Verfügungen von Todes wegen von der Eröffnung ausgeschlossen, so kann sich hierüber nur beschweren, wer ein rechtliches Interesse an der Eröffnung hat, ohne daß ihm das Recht zustünde, zu diesem Zwecke die nicht eröffnete Verfügung einzusehen, vielmehr muß er sich damit begnügen, daß das Gericht prüft, ob er ein solches Interesse hat. Erst wenn ein solches bejaht wird, hat das Gericht darüber zu entscheiden, ob nach den Vorschriften des § 2273 den Antrage stattzugeben ist oder nicht. Das Erbschaftssteueramt kann ein Interesse hierzu aus § 40 Nr. 3 des RErbschStG. nicht herleiten, da diese Bestimmung auf diejenigen Verfügungen, die das Nachlaßgericht von der Eröffnung ausgeschlossen hat, nicht zu beziehen ist. **b)** Dagegen Josef, R. **09** 770.

2. PosMSchr. **09** 10 (KG.). Die Vorschrift des § 2273 beruht auf dem allgemeinen, die Verhütung von Familienunfrieden bezweckenden Grundsatze, daß letztwillige Verfügungen eines noch lebenden Erblassers nicht bekannt gegeben werden dürfen. Die Ausnahmevorschrift des § 2273, wonach die Verkündung gemeinschaftlicher Testamente insoweit zugelassen ist, als die Verkündung der Verfügungen des verstorbenen Ehegatten nicht ohne gleichzeitige Verkündung der Verfügungen des überlebenden ausführbar ist, trifft nur zu, wenn die Verfügungen beider Eheleute äußerlich als eine gemeinsame Erklärung zusammengefaßt sind, dagegen bildet die innere Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen voneinander, z. B. die Bindung der Witwe an ihre eigenen in dem Testament über die Erfolge in ihren Nachlaß getroffenen Anordnungen (§ 2271 BGB.), kein Hindernis für deren äußerliche Sonderung bei der Verkündung.

3. RheinNotZ. **09** 114 (KG.). Das Nachlaßgericht darf bei einem gemeinschaftlichen Testament, in dem Ehegatten sich gegenseitig zu Erben des ganzen Nachlasses einsetzen und weiter bestimmen, daß nach dem Tode des Letztversterbenden der beiderseitige Nachlaß an Dritte fallen soll, nur den ersten Teil des Testaments verkünden. Hat das Nachlaßgericht vorschriftswidrig das ganze Testament verkündet, so folgt daraus keineswegs, daß nunmehr eine nachträgliche Mitteilung an die nicht erschienenen Beteiligten zulässig sei.

4. Josef, BuschsZ. **39** 341 ff. Der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments ist nach dem Tode des Erstverstorbenen dem Rechtsverkehr übergeben; es kann daher trotz der im § 2273 angeordneten Wiederverschließung von neuem geöffnet werden, wenn dies aus irgendeinem Grunde erforderlich erscheint, also auch, wenn ein Beteiligter behauptet, die erste Verkündung sei unvollständig gewesen. Das Nachlaß- und Beschwerdegericht haben in solchem Falle durch nochmalige Öffnung und Einsicht des Testaments die Richtigkeit jener Behauptung festzustellen, ohne daß dem Antragsteller eine Glaubhaftmachung obliegt.

5. Altes Recht. NaumburgAK. **09** 5, 30 (AG. u. LG. Halle) wird, entgegen KGJ. **33** A 102, OLG. **9** 420 angenommen, daß jedenfalls im Gebiete des früheren preußischen ALR. und bei nicht sonderungsfähigen Verfügungen der Eheleute die nochmalige Eröffnung eines bereits vor 1900 eröffneten gemeinschaftlichen Testaments nicht nötig sei, da die frühere Publikation nach Zweck und Inhalt vollkommen der durch das BGB. eingeführten Testamentseröffnung entspreche, insbes. auch, was die im § 1944 Abs. 2 BGB. ausgesprochene Verknüpfung mit dem Beginne der Ausschlagungsfrist betreffe (StriethA. **96** 208).

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2276. Josef, BadNotZ. **09** 119, zerstreut die DNotV. **07** 445 — JDR. **6** zu § 2276 — erhobenen Bedenken mit folgendem Ergebnisse: Die Rechtswirksamkeit der Beurkundung eines Testaments wird dadurch nicht berührt, daß daneben in der Testamentsverhandlung noch Erklärungen unter Lebenden beurkundet werden; ebensowenig wird die Rechtswirksamkeit dieser letzteren dadurch beeinträchtigt, daß sie in die Testamentsurkunde aufgenommen sind. Es genügt also die Vorlesung und Unterzeichnung durch die Beteiligten und die Mitwirkung am Schlusse der einheitlichen (ein Rechtsgeschäft von Todes wegen und eine solche unter Lebenden enthaltenden) Urkunde.

§ 2277. Literatur: Möhle, BoschersZ. **09** 10, macht aus Anlaß des Verlustes an Ehe- und Erbverträgen, der bei dem Brande in Donaueschingen vom 5. August 1908 zu beklagen gewesen ist, Vorschläge wegen sicherer Aufbewahrung solcher Verträge in Württemberg.

SeuffBl. **09** 743 (KG.). Der Notar ist nicht berechtigt, Einsicht in einen von ihm aufgenommenen und dem Gerichte zur besonderen Verwahrung übergebenen Erbvertrag zu fordern.

§ 2279. 1. Die Entsch. des **RG. 67** 65 — JDR. **7** zu § 2279 — auch SeuffA. **64** 196.

2. **a)** SeuffA. **64** 154 (BayObLG.). Die Anfechtung ist nicht gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt, wenn das Nachlaßgericht die Vermittelung der Auseinandersetzung einem Notar übertragen und ein Beteiligter dann vor diesem die Erklärung abgegeben hat, daß er den Erbvertrag anfechte, auch wenn der Notar auf Anfrage die Erklärung dem Vormundschaftsgerichte mitgeteilt hat. **b)** Weißler, DNotV. **09** 560, wirft demgegenüber die Frage auf, ob nicht der vom Nachlaßgerichte bestellte Teilungs-Notar ein Teil des Nachlaßgerichts sei. **c)** Vgl. auch zu § 2081.

3. Abs. 2. KGJ. **37** A 115, RheinNotZ. **09** 104, RJA. **10** 111 (KG.). Wenn Verlobte in einem Ehe- und Erbvertrage (§ 2276 Abs. 2) sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, so ist diese Erbeinsetzung bei dem vor der Eheschließung eingetretenen Tode des einen Verlobten wirksam, es sei denn, daß sich aus dem Inhalte des Vertrags ein entgegengesetzter Wille des Erblassers ergibt (§ 2077 Abs. 2).

§ 2287. Gramming, BayNotZ. **09** 442. Schenkungen, die der durch Erbvertrag gebundene Erblasser aus den regelmäßigen Einkünften seines Vermögens gemacht hat, sind unanfechtbar, da bei ihnen eine Beeinträchtigungsabsicht nicht gegeben sein kann (ebenso Staudinger).

§ 2301. 1. Die Entsch. des RG. — JDR. **7** zu § 2301 — auch BayRpflZ. **09** 91 PosMSchr. **09** 11. Der Erblasser hatte in einem an seinen Bankier gerichteten Schreiben bemerkt: „Ich füge noch hinzu, daß alle Gelder oder Wertpapiere, welche Sie z. Z. für mich in Ihrem Besitze haben, Eigentum des Fräulein H. jetzt sind und wollen Sie diese auf Konto des Frl. H. bringen". Die Klägerin (Frl. H.) hat das nach ihrer Angabe ihr vom Erblasser am 12. März 1906 ausgehändigte Schreiben nach dem Tode des Erblassers dem Bankier übergeben. Das RG. erblickt in diesen Vorgängen eine durch Abtretung vollzogene Schenkung (§ 518 Abs. 2), die nur an die Bedingung geknüpft war, daß die Beschenkte den Schenker überlebe. Der Ersatz der Übergabe (§ 931 BGB.) wird darin gefunden, daß der Schenker als Eigentümer seinen Anspruch auf Herausgabe der Gelder und Wertpapiere an die Beschenkte abtrat.

2. SächsRpflA. **09** 491 (Dresden). Eine Schenkung von Todes wegen liegt nicht vor, wenn der Geber bei der Schenkung nicht an die Möglichkeit gedacht hat, die Beschenkten könnten vielleicht vor ihm sterben, oder wenn er überhaupt eine solche Erwägung nicht angestellt hat. Ist eine Schenkung bereits vollzogen, so gilt sie ohne Wahrung der an sich erforderlichen Form schon um ihrer Vollziehung

selbst willen. Handelt es sich um eine Schenkung, bei der mehrere gleichberechtigte Beschenkte beteiligt sind, so ist die Schenkung vollzogen, wenn sich der Schenkgeber des geschenkten Gegenstandes zugunsten beider Beschenkter entäußert, also wenn er aufgehört hat, darüber körperlich weiter verfügen zu können. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der Schenkgeber dem einen Beschenkten sein Sparkassenbuch ausgehändigt hat mit dem Auftrage, die Einlage in bestimmter Weise auch zugunsten des anderen Beschenkten zu verwerten. In diesem Auftrage liegt zugleich die Abtretung des Rechtes auf die Anlage, wobei der Empfänger des Buches nicht bloß für seine Person, sondern zugleich auch für den Mitberechtigten tätig werden sollte.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Über die Tragweite und den Inhalt der im § 2314 geregelten Auskunftspflicht ist eine Reihe bemerkenswerter Entscheidungen ergangen. Das Reichsgericht hat (zu § 2315) die Bedeutung der (durch Rechtsgeschäft angeordneten) Anrechnung auf den Pflichtteil und (zu § 2316) das Verhältnis der Ausgleichungspflicht zur Pflichtteilsberechnung und die Möglichkeit der Aufgabe oder Verkleinerung des Pflichtteils im Wege des Erbvertrags des näheren dargelegt, endlich auch den Begriff der nach § 2332 für den Beginn der Verjährung wesentlichen Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der ihn beeinträchtigenden Kenntnis umgrenzt.

§ 2303. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2445. Dadurch, daß der auf den Pflichtteil gesetzte Erbe in der Annahme, daß das Testament rechtsgültig sei, sich mit dem Erben über die Höhe des Pflichtteils einigt, begibt er sich nicht des Rechtes, demnächst die Gültigkeit des Testaments zu bestreiten und seinen gesetzlichen Erbteil zu beanspruchen.

2. Abs. 2. Lutz, BadRpr. **09** 211, erörtert den Fall, daß zwei Eheleute allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und sich für den Fall des kinderlosen Todes des einen von ihnen gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben, sodann aber die Ehefrau, die das wesentlich kleinere Vermögen in die Ehe eingebracht hat, kinderlos verstirbt. Es wird für diesen Fall die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs der Eltern der Frau anerkannt, wobei der Pflichtteil aus der durch die Gemeinschaftshälfte verstärkten Hinterlassenschaft größer sein kann, als das Eheeinbringen. Zur Vermeidung solcher unbeabsichtigter Ergebnisse wird empfohlen, daß tunlichst die Eltern der Ehegatten bei derartigen Ehe- und Erbverträgen mitwirken.

§ 2305. WürttJ. **22** 48 (Stuttgart). Beansprucht der Pflichtteilsberechtigte gemäß § 2305 den Wert des an der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils fehlenden Teiles als Pflichtteil, so hat er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, was zum Nachlasse des Erblassers gehört und der Berechnung seiner (des Klägers) Ansprüche zugrunde zu legen ist (ZPO. § 256).

§ 2306. 1. OLG. **18** 361 (Braunschweig). Bei Entscheidung der Frage, ob der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt (§ 2306 Abs. 1 Satz 2), ist allein die Festsetzung des Erbteils durch den Erblasser bestimmend (z. B. Einsetzung der Kinder als Nacherben nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile). Daß der Vorerbe von den ihm gemäß § 2137 eingeräumten Befreiungen ausgedehnten Gebrauch machen und den Überrest auf einen den Pflichtteil nicht erreichenden Betrag schmälern könnte, kommt bei Berechnung des hinterlassenen Erbteils nicht in Betracht (OLG. **5** 360, **11** 261, Dernburg, Erbrecht § 110[5]).

2. ElsLothNotZ. **09** 264, RheinZ. **2** 108, ElsLothJZ. **09** 436 (Colmar). § 2306 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn der Pflichtteilsberechtigte unter einer aufschiebenden Bedingung als Nacherbe eingesetzt ist (Dernburg [2] **5** 307, Strohal [2] **1** 420 Note 19).

§ 2312. **RG.** PosMSchr. **09** 80, R. **09** Ziff. 1781. Die für die Berechnung des Pflichtteils in Ansehung eines zu einem Nachlasse gehörenden Landguts maßgebenden Bestimmungen der §§ 2312, 2049 BGB., Art. 83 PrAGBGB. sind auch auf Gutsüberlassungsverträge anwendbar, durch die ein zukünftiger pflichtteilsberechtigter Miterbe bereits unter Lebenden das dem Erblasser früher gehörige Landgut erworben hat, denn es handelt sich dabei um eine Erfrühung des erbschaftlichen Gutsantritts. Bei Ermittelung des Ertragswerts ist die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks maßgebend; auf einen Mehrwert, der bei einem etwaigen späteren Verkauf erzielt werden könnte, ist nicht Rücksicht zu nehmen.

§ 2314. 1. Die Entsch. SeuffBl. **08** 808 (München) — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2314 — auch OLG. **18** 365.

2. OLG. **18** 364 (KG. III. ZS.). Ein Anspruch aus § 2314 steht dem Pflichtteilsberechtigten im Falle des § 2306 Abs. 1 u. 2 erst zu, nachdem er die Erbschaft ausgeschlagen hat (vgl. auch zu § 2121).

3. OLG. **18** 366 (KG. III. ZS.). Der Pflichtteilsberechtigte als solcher hat keinen Anspruch auf Rechnungslegung. Denn dazu ist der Erbe nur über die von ihm nach dem Tode des Erblassers geführte erbschaftliche Verwaltung verpflichtet; Einblick in diese zu gewinnen, hat aber der bloße Pflichtteilsberechtigte kein Interesse und kein Recht, da sich sein Anspruch lediglich nach dem Stande des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers bestimmt (vgl. StriethA. **34** 122). Ebensowenig hat der Pflichtteilsberechtigte einen allgemeinen Anspruch auf Rechnungs- oder Rechenschaftslegung „über das Inventar" (vgl. auch Ziff. 1 zu § 2314).

4. KGBl. **09** 33, DNotV. **09** 609 (KG. III. ZS.). Dem Pflichtteilsberechtigten steht an sich kein Anspruch auf Auskunft über die zur Ergänzung heranzuziehenden Schenkungen zu, da es sich bei den Schenkungen nicht um den Bestand des Nachlasses handelt. Auch § 2057, der von der Auskunftspflicht der Miterben handelt (vgl. **RG. 58** 88), ist hier nicht anwendbar, wo es sich nicht um Miterben handelt. Freilich kann § 2057 im Falle des § 2316 entsprechend zur Anwendung kommen, weil sich hier die Parteien wie Intestaterben gegenüberstehen, wenn der (ordentliche) Pflichtteil als Quote der Intestatportion berechnet wird. Bei dem Rechtsbehelfe der Ergänzungsklage dagegen haben Miterben Schenkungen als solche nicht auszugleichen oder anzurechnen, das Miterbenrecht muß zudem, wenn der Ergänzungskläger nicht Miterbe ist, insoweit ganz außer Betracht bleiben.

5. SchlHolstAnz. **09** 161 (KG.). Nur der Erbe, nicht der Pflichtteilsberechtigte ist befugt, auf Grund des § 2314 bei dem Nachlaßgerichte den Antrag auf Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses zu stellen (KGJ. **27** A 51, **33** A 92, 93). Ein solcher Antrag wird ersetzt durch ein Urteil, das den Erben zur Stellung des Antrags dazu verurteilt, dem Pflichtteilsberechtigten Vollmacht zur Stellung des Antrags zu erteilen (§ 894 ZPO.). Eine Verurteilung des Erben nur zur Einwilligung in die Aufstellung des Verzeichnisses genügt nicht. Neben der nach § 894 ZPO. wirksamen Verurteilung des Erben zur Antragstellung bedarf möglicherweise der Pflichtteilsberechtigte noch eines nach den §§ 888 und 890 ZPO. zu vollstreckenden Urteils auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses und auf Duldung der Aufnahme des Verzeichnisses, der Zuziehung des Pflichtteilsberechtigten bei dieser Aufnahme und der Ermittelung des Wertes der Nachlaßgegenstände.

6. SächsRpflA. **09** 358 (Dresden). Unter Bestand des Nachlasses im Sinne des § 2314 ist nicht nur der Nachlaßbestand, wie er beim Erbfalle vorhanden war, sondern auch der Nachlaßbestand zu verstehen, wie er sich unter Berücksichtigung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen herausstellt. Wenn § 2316 der Berechnung des Pflichtteils das Verfahren bei der Auseinandersetzung

der Miterben (§ 2057 BGB.) zugrunde legt, so will er damit zugleich in entsprechender Anwendung des § 2057 die beteiligten Abkömmlinge untereinander zur Auskunft über ihre Vorempfänge verpflichten.

7. Über die Herbeiführung der amtlichen Nachlaßverzeichnung wegen Beteiligung Pflichtteilsberechtigter durch das Vormundschaftsgericht in Baden s. Bad. JM. v. 3. Juni u. 6. Aug. 09, BadRpr. **09** 179, 180.

§ 2315. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1151 läßt es dahingestellt, ob es in den Fällen des § 2315 Abs. 1 (und ebenso des § 2050 Abs. 3) eines förmlichen, ausdrücklichen oder stillschweigenden „Einverständnisses" des Empfängers der Zuwendung mit der hierbei vom Erblasser getroffenen Bestimmung oder Anordnung bedürfe, oder ob das Bewußtsein des Empfängers davon, daß er die Zuwendung nur unter gewissen Modalitäten erhalte, genüge. Jedenfalls muß dann, wenn der Erblasser bei Abschluß eines Kaufvertrags mit einem Erben diesem eine Zuwendung durch teilweisen Erlaß des Kaufpreises gemacht, dabei aber bestimmt hat, daß die Zuwendung nach dem Erbfalle zur Ausgleichung zu bringen sei, angenommen werden, daß es sich um eine Zuwendung handelt, die als Vertragsabrede über die Art der Kaufpreisverrechnung einen integrierenden Bestandteil des Kaufvertrags bildet, und daß es daher zur Wirksamkeit der die Anrechnung auf den Pflichtteil anordnenden Bestimmung des Einverständnisses des Käufers bedarf.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1153. Der Erblasser kann nicht durch letztwillige Verfügung einen von ihm vorher beschenkten Erben wirksam dazu verpflichten, sich die ihm vorher gemachte Zuwendung auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen (**RG. 67** 306).

§ 2316. Literatur: Über die Ausgleichungspflicht bei der Pflichtteilsberechnung und das Verhältnis der Ausgleichung zur Anrechnung vgl. den Aufsatz von Kretzschmar, SächsRpflA. **09** 85 ff. (o. zu §§ 2050 ff.).

1. Die Entsch. **RG. 67** 306 — JDR. **7** zu § 2316 — auch ElsLothNotZ. **09** 257.

2. **RG. 71** 133, JW. **09** 393, ElsLothNotZ. **09** 262, R. **09** Ziff. 1898, 1900, 1901, DJZ. **09** 1089. Der Erblasser hat das Recht, mit Maßgeblichkeit für die Erbauseinandersetzung bei der gesetzlichen Erbfolge und darum auch mit Maßgeblichkeit für die Berechnung des Pflichtteils sowohl einen gesetzlichen Erben — mit einer im § 2316 Abs. 3 zugunsten des Pflichtteils der anderen Abkömmlinge vorgesehenen Ausnahme — von der Ausgleichungspflicht zu befreien, obwohl sie nach der Beschaffenheit der Zuwendung begründet sein würde (§ 2050 Abs. 1), als auch umgekehrt ihm eine Ausgleichungspflicht aufzuerlegen, wenn sie an sich aus der Beschaffenheit der Zuwendung sich nicht ergeben würde (§ 2050 Abs. 3). In beiden Fällen ist jedoch die Wirksamkeit einer derartigen Anordnung, soweit sie das gesetzliche Erbrecht beeinflussen soll, dadurch bedingt, daß die Anordnung „bei der Zuwendung" getroffen ist. Hinterher kann der Erblasser zwar solche Anordnungen noch durch letztwillige Verfügungen treffen (**RG. 67** 306). Wenn er aber auf diese Weise das Teilungsguthaben eines Abkömmlinges verringert oder vergrößert, so bleibt der Pflichtteil davon unberührt, vielmehr richtet sich dieser nur nach dem Werte des Erbteils in seiner gesetzlichen Größe. Eine Aufgabe oder Verkleinerung des Pflichtteilsrechts durch den Berechtigten kann nur im Wege des Erbverzichts (§ 2346) erfolgen. Hierbei ist es unerheblich, ob es sich um eine unmittelbare Herabsetzung des Pflichtteilsbetrags handelt oder ob der Berechtigte sich einer Berechnungsweise unterwirft, die auf eine Verkleinerung des Betrags hinführt. Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch einen der Zuwendung nachfolgenden Vertrag mit dem Erblasser die Verpflichtung zur Ausgleichung auf sich nimmt.

§ 2325. 1. OLG. **18** 366 (KG. III. ZS.). Wenn auch der in den §§ 2325 ff. vorgesehene Anspruch auf Pflichtteilsergänzung im allgemeinen denselben Charakter hat wie der ordentliche Pflichtteilsanspruch, so folgt doch daraus noch nicht

eine Auskunftspflicht des Empfängers über die ihm vom Erblasser gemachten Schenkungen. Eine entsprechende Anwendung des § 2314 verbietet sich, da es sich bei den Schenkungen nicht um den Bestand des Nachlasses handelt. Ebensowenig ist § 2057 BGB. entsprechend anwendbar, da es sich bei der Ergänzungsklage um Ansprüche gegen Miterben nicht handelt. (Vgl. Ziff. 3 zu § 2314.)

2. BayObLG. **9** 603, 614, R. **1910** Ziff. 90, DJZ. **10** 88. Die Vereinbarung des Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft ist auch bei großer Verschiedenheit der beiderseitigen Vermögensverhältnisse nicht Schenkung.

§ 2327. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **7** zu § 2327 — auch DJZ. **09** 84, Elf. LothNotZ. **09** 69.

§ 2332. 1. a) R. **09** Ziff. 492 (Frankfurt). Die Kenntnis des Vorhandenseins und des Inhalts der letztwilligen Verfügung auf seiten des Pflichtteilsberechtigten genügt, um die dreijährige Verjährungsfrist in Lauf zu setzen. Darauf, ob der Berechtigte den Sinn der ihn beeinträchtigenden Verfügung richtig verstanden hat, kommt es nicht an. b) **RG. 70** 360, JW. **09** 221, R. **09** Ziff. 1154. Objektiv ist zur Entstehung des Pflichtteilsanspruchs das Vorhandensein einer bestimmt gearteten, durch den Tod des Erblassers wirksam gewordenen, den Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge ausschließenden Verfügung von Todes wegen (Testament, gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag) notwendig (§ 2303). Nach der subjektiven Seite ist weiter ein innerer Vorgang für notwendig erklärt, durch den der Pflichtteilsberechtigte sich den Inhalt jener Verfügung mittels des Vorstellungsvermögens geistig zueigen gemacht hat. Hierzu genügt unter Umständen eine überzeugende mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts der beeinträchtigenden Verfügung. Andererseits ist nicht erforderlich, daß der Pflichtteilsberechtigte die Verfügung in allen Einzelheiten selbständig geprüft und danach ihre juristische Natur zutreffend bestimmt hat. Wesentlich ist nur, daß er richtig erkannt hat, er sei durch die Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen.

2. Die Entsch. des OLG. Kiel — JDR. **7** Ziff. 2b zu § 2332 — auch SeuffA. **64** 75, OLG. **18** 367.

§ 2333. SeuffA. **64** 414 (Jena). Ob eine besonders grobe oder schwere körperliche Mißhandlung vorliegt, ist ohne Belang, es genügt, daß ein Kind seine Hand gegen Vater oder Mutter erhebt, um die Entziehung des Pflichtteils zu rechtfertigen.

§ 2335. R. **09** Ziff. 3383 (BayObLG.). Bei einer Entziehung des Pflichtteils der Ehefrau wegen böslicher Verlassung (§ 1567 Abs. 2 Satz 2 BGB.) braucht der Nachweis der Unbekanntheit des Aufenthalts nicht im Testament erwähnt zu sein, der angegebene Grund muß aber in Wirklichkeit bestehen. Die erforderliche Feststellung hat nötigenfalls das Nachlaßgericht zu treffen.

§ 2336. Lutz, BadNotZ. **09** 171. Ob der Pflichtteilsberechtigte im Falle der Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung (§ 2336 Abs. 4) nur den Pflichtteil oder aber den vollen gesetzlichen Erbteil verlangen kann, ist nach dem jedesmal durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Erblassers zu entscheiden.

§ 2337. Lutz, BadNotZ. **09** 171 ff. Es genügt, wenn die Verzeihung aus schlüssigen Handlungen nachgewiesen werden kann. Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft und braucht darum dem anderen Teile gegenüber nicht kundgegeben zu werden.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

Vorbemerkung: Daß nicht jede Testamentsfälschung den Erben, der sich ihrer schuldig gemacht hat, erbunwürdig werden läßt, wenn nämlich der Erbe durch die Fälschung lediglich dem wahren Willen des Erblassers Geltung verschaffen wollte, hat das RG. (in

Bestätigung der Entscheidung des OLG. Hamburg) anerkannt. Die Voraussetzungen und die Zweckbestimmung der Erbunwürdigkeitsklage sind in der zu § 2342 mitgeteilten Entsch. des RG. erörtert.

§ 2339. Nr. 4. **RG.** JW. **1910** 23, R. **1910** Ziff. 108 — in Bestätigung von HansGZ. **09** Beibl. 133, R. **09** Ziff. 91 (Hamburg). Den Erbunwürdigkeitsfällen des § 2339 ist sämtlich der Gesichtspunkt einer Verfehlung des Erben gegen den Erblasser gemeinsam, gleichviel ob sich die vom Gesetze gemißbilligte Handlungsweise wie die Tötung und der Tötungsversuch (Nr. 1) unmittelbar gegen die Person des Erblassers kehrt oder ob sie darauf ausgeht, den Erblasser im vollen Gebrauche seiner Testierfähigkeit zu beeinträchtigen oder seinen letzten Willen ins Ungewisse zu stellen. Damit steht im Einklange, daß § 2343 die Möglichkeit einer Verzeihung durch den Erblasser vorsieht und, wenn sie erfolgt ist, die Anfechtung als ausgeschlossen ansieht. Deshalb ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn nach Lage des besonderen Falles eine Verfehlung gegen den Erblasser darin nicht erblickt wird, daß der Beklagte bei der Anfertigung und Vorlegung eines gefälschten Testaments beim Nachlaßgerichte lediglich bestrebt gewesen ist, den letzten Willen des Erblassers, wie er in dessen wegen Formmangels nichtiger Verfügung seinen Ausdruck gefunden hatte, zur Geltung zu bringen, zumal wenn ferner festgestellt ist, daß der Erblasser die Berufung des Beklagten zum alleinigen Erben bei voller Geistesklarheit ernstlich gewollt und diesen Willen auch nachmals nicht aufgegeben oder geändert hat. Mag auch der subjektive Glaube des Fälschers, durch fälschliche Anfertigung eines Testaments dem wahren Willen des Erblassers zur formellen Geltung zu verhelfen, auch nicht genügen, um ihn von der strafrechtlichen Verantwortung aus §§ 267, 268 StGB. zu befreien, so erhellt doch nicht, daß auch der bürgerliche Gesetzgeber der subjektiven Seite hätte kein Gewicht beilegen, vielmehr in jedem Falle den Testamentsfälscher mit dem gänzlichen Verluste jedes, auch des gesetzlichen, Erbrechts als Privatstrafe belegt wissen wollen.

§ 2342. **RG.** JW. **1910** 23, R. **1910** Ziff. 120. Die Erbunwürdigkeitsklage ist, wie § 2342 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, darauf zu richten, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt werde. Wenn dies auch nicht mit den Worten des Gesetzes zu geschehen braucht, so muß doch das Verlangen der Feststellung der Erbunwürdigkeit, speziell im Klagantrage, der durch die in der Klageschrift enthaltenen Ausführungen ergänzt werden kann, seinen erschöpfenden Ausdruck finden und deutlich zu erkennen sein, daß der Erbschaftserwerb und nicht bloß die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung angefochten wird, ebenso wie dies — zur Schaffung eines klaren Rechtsverhältnisses — zur Anfechtung einer Willenserklärung aus § 124 BGB. gefordert wird (JW. **03** 107, **05** 10).

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

Vorbemerkung: Die im vorigen Berichtsjahre zu den §§ 2346, 2348 mitgeteilte Entsch. des 4. ZS. des **RG.** (über die Zulässigkeit der Beurkundung mehrerer nacheinander erschienenen Vertragschließenden in einer Urkunde) hat begreifliches Aufsehen erregt und teilweise begeisterte Zustimmung, teilweise grundsätzliche Bedenken gefunden. Inzwischen ist auch der 2. Zivilsenat der Auffassung des 4. Senats beigetreten.

§§ 2346, 2348. 1. a) Das **RG.** (2. ZS.), JW. **09** 272, ElsLothNotZ. **09** 135 tritt **RG. 69** 130 (4. ZS.) — JDR. **7** zu §§ 2346, 2348 (wo es **RG. 69** 130 [nicht 120] heißen muß) — bei und hält es gleichfalls nicht für unzulässig, wenn der Notar Vertragserklärungen, die nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragschließenden vor ihm abgegeben werden, in einem einzigen Protokolle beurkundet. **b)** Dagegen: Lenel DJZ. **09** 623, Höniger DNotV. **09** 177 (o. zu § 128 BGB.), Oppler, ZBlFG. **9** 643, und (für das bayerische Recht, insbesondere

Art. 26 NotG.) Walter, BayNotZ. **09** 307, andererseits Bleugels, DNotV. **09** 322, Josef R. **09** 205 u. ZBlFG. **10** 145, der die Entscheidung als ein Meisterstück der Auslegungskunst (Konversion der Verfahrensvorschriften) bezeichnet. Gegen Bleugels aaO. v. Holtum, DNotV. **09** 510.

2. a) **RG.** JW. **09** 139, SächsRpflA. **09** 115, ElsLothNotZ. **09** 99, R. **09** Ziff. 2131. Zur Beurkundung eines Erbverzichtsvertrags genügt nach § 128 BGB., daß zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags — also durch zwei gesonderte Akte — beurkundet werden. Es bedarf auch nach § 152 BGB., sofern nicht ein anderes bestimmt ist, zur Vollendung des Vertrags nicht des Zugehens der Annahmeerklärung an den Antragenden, vielmehr kommt der Vertrag mit der Beurkundung der Annahme sofort zustande. Diesem Erfordernis ist aber nicht genügt, wenn nur eine einseitige Erklärung des Verzichts beurkundet ist und ein Testament lediglich die Bemerkung des Erblassers erwähnt, daß seine Frau sich damit einverstanden erklärt habe, daß sie nur den Nießbrauch eines Kapitals erhalte. b) Vgl. dagegen Weißler, DNotV. **09** 546, der in den Erklärungen der Eheleute Antrag und Annahme des Erbverzichts findet.

3. Vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 2316.

§ 2348. OLG. **18** 363 (Colmar). Außer im § 2348 sind für den Erbverzichtsvertrag keine Formerfordernisse vorgeschrieben. Es braucht nicht einmal ein Austausch der beiderseitigen Erklärungen beurkundet zu werden, die Vertragschließenden können ihre Erklärungen zu verschiedener Zeit und in verschiedenen Urkunden abgeben (JW. **01** 474). — Vgl. auch zu § 2265.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Literatur: Hock, Das Verfahren bei Erteilung von Erbscheinen mit besonderer Berücksichtigung elsaß-lothringischer Bestimmungen. Gebweiler 1909.

Vorbemerkung: Wenn auch im vorliegenden Berichtsjahre wieder über eine größere Zahl zu diesem Abschnitt ergangener Entscheidungen zu berichten ist, so enthalten diese doch im allgemeinen wenig neue Gesichtspunkte. Josef hat (s. u. zu § 2353 unter C) die im vorigen Berichtsjahre mitgeteilte Entsch. KGJ. **36** A 102 zum Ausgangspunkt einer Erörterung der Anwendung ausländischen Rechtes bei einem vor einem deutschen Nachlaßgericht eingeleiteten Verfahren genommen.

§ 2353. A. Antrags- und Beschwerderecht. 1. OLG. **18** 369 (KG.). Die Erteilung eines Erbscheins mit einem anderen als dem beantragten Inhalt ist unzulässig. Der beurkundende Notar ist nur berechtigt, die Erteilung des Erbscheins mit dem von den Beteiligten beantragten Inhalte zu betreiben; zu einer Änderung des von diesen gestellten Antrags ist er nur mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung ermächtigt.

2. a) KGJ. **37** A 132 (KG.). Zur Einlegung der Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags auf Erteilung eines Erbscheins ist nur der Antragsteller berechtigt. Hat daher der Testamentsvollstrecker den Antrag gestellt, so steht dem Erben ein Beschwerderecht nicht zu. b) Ebenso SchlHolstAnz. **09** 257 (KG.).

3. OLG. **18** 368 (KG.). Der Antrag, einen Erbschein „nach Maßgabe des Testaments" zu erteilen, bildet regelmäßig keine Grundlage für den Erbschein; vielmehr bedarf es einer Erklärung des Antragstellers, in welchem Sinne er die Bestimmungen über die Erbeinsetzung auslege und welches Erbrecht er auf Grund dieser Bestimmungen beanspruche.

4. *Hörle, ZBlFG. **9** 761. Der Nachlaßpfleger kann die Erteilung eines Erbscheins nur dann beantragen, wenn er nachweist, daß der zur Erbschaft Berufene die Erbschaft wirksam angenommen hat, an der Antragstellung verhindert und die Erteilung des Erbscheins zur Vornahme einer unaufschiebbaren Nachlaßverwaltungshandlung erforderlich ist.

5. Josef, LeipzZ. **09** 829. Einen Erbschein über eine ihm vor der Konkurseröffnung angefallene Erbschaft kann der Gemeinschuldner verlangen; neben dem Antragsrechte des Gemeinschuldners besteht aber auch das des Konkursverwalters.

B. Inhalt des Erbscheins. 1. BadJM., BadRpr. **09** 18. Der Erbschein hat eine Entscheidung darüber zu geben, wer Erbe (oder Nacherbe) ist, es genügt nicht, den Inhalt des Testaments im Erbschein erzählungsweise wiederzugeben.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1172, R. **09** 551. Das Zeugnis des Nachlaßgerichts über das gesetzliche Erbrecht (z. B. durch eine Erbbescheinigung nach dem preuß. G. v. 12. März 1869) kann nur im Hinblick auf ein bestimmtes (objektives) Recht, das die gesetzliche Erbfolge regelt, gefordert und erteilt werden. Enthält daher die von einem märkischen Ehegatten vor Ausstellung der Bescheinigung abzugebende Erklärung nichts davon, daß ein anderes Erbrecht, als das nach dem für den letzten Wohnsitz des verstorbenen Ehegatten maßgebende gewählt werde und wird daraufhin das Zeugnis dem Antrag entsprechend erteilt, so hat sich der Überlebende für dieses Recht entschieden und diese Entscheidung ist endgültig.

3. a) RJA. **10** 64, ZBlFG. **10** 111 (KG.). Der Erbschein hat nur zu bezeugen, daß bestimmte Personen als Erben ausgewiesen sind. Eine Angabe darüber, ob sich das Erbrecht dieser Personen auf das Gesetz oder auf eine Verfügung von Todes wegen stützt, gehört nicht in den Erbschein. Ebensowenig ist in dem Testamentsvollstreckerszeugnisse die der Erteilung zugrunde liegende Verfügung von Todes wegen näher zu bezeichnen. b) Dazu Gärtner, BadNotZ. **09** 135, der durch diese Entscheidung den § 215 Abs. 2 BadRPolO. v. 1. März 1907 als überholt ansieht, während c) Winkler, BadNotZ. **09** 179, den Satz des KG. nicht als den die Entscheidung tragenden Grund, sondern nur als wissenschaftliche Äußerung über eine streitige Rechtsfrage ansieht. d) Bauer, DJZ. **09** 205. Für die Erwähnung anderer Beschränkungen als der Anordnung einer Nacherbfolge oder der Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist in dem Erbscheine kein Raum, insbesondere hat eine Angabe, daß einem Dritten an dem Nachlaß oder einem der Miterben an den übrigen Erbteilen Verwaltung und Nutznießung zustehe, zu unterbleiben.

C. Erbschein nach einem Ausländer. Josef, BayNotZ. **09** 474 — gegen KGJ. **36** A 102 — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2353. Der § 73 Abs. 1 FGG. findet auch Anwendung, wenn der Erblasser ein Ausländer ist. Die Frage aber, ob die dem deutschen Nachlaßgerichte zugewiesenen Verrichtungen ihm auch dann obliegen, wenn der Erblasser ein Ausländer war, entscheidet sich nach BGB. und dem internationalen Privatrecht und ist von dem nach § 73 Abs. 1 örtlich zuständigen deutschen Gerichte zu entscheiden. Grundsätzlich ist jene Frage zu bejahen, da die Verrichtungen des Nachlaßgerichts ihm im allgemeinen Interesse aller bei einem Nachlasse Beteiligten obliegen —, und zu verneinen nur, wenn die einzelne Verrichtung mit dem materiellen Erbrechte, das auf die Beerbung des Ausländers nach Art. 25 EGBGB. Anwendung findet, unverträglich ist. Dies letztere trifft aber beim Erbscheine nicht zu; das BGB. bringt nicht zum Ausdrucke, daß der Erbschein nur über ein nach deutschem Rechte erworbenes Erbrecht erteilt werden könne. Gegenteils ergibt § 2369 BGB., wonach die Erteilung des (beschränkten) Erbscheins bei Beerbung nach ausländischem Rechte zulässig ist, daß die Erteilung des deutschen Erbscheins mit der Beerbung nach ausländischem Rechte durchaus verträglich ist. Der Erbschein des BGB. setzt aber voraus, daß der Nachlaß nach einem einheitlichen Rechte auf den Erben übergeht. Der Erbschein nach einem ausländischen Erblasser kann also nicht erteilt werden, wenn das Heimatsrecht des in Deutschland wohnhaft gewesenen Erblassers die Erbfolge in Grundstücke und in den sonstigen Nachlaß nicht einheitlich regelt, sondern (wie z. B. das französische und österreichische

Recht) für die Erbfolge in Grundstücke das Recht der belegenen Sache für maßgebend erklärt. In solchen Fällen kann das deutsche Nachlaßgericht nur den beschränkten Erbschein aus § 2369 erteilen.

§ 2354. Die Entsch. des KG. — JDR. **7** zu § 2354 — auch OLG. **18** 372.

§ 2355. Voth, BadNotZ. **09** 22. Die Unmöglichkeit, das Testament vorzulegen, z. B. weil es bei der Eröffnung widerrechtlich vernichtet worden ist, bildet kein Hindernis, dem Erben einen Erbschein zu erteilen, da das Vorhandensein einer gültigen Verfügung von Todes wegen mit anderen Beweismitteln, insbesondere mit dem Eröffnungsprotokolle, das Form und Inhalt des Testaments zuverlässig wiedergibt, dargetan werden kann.

§ 2356. 1. OLG. **18** 371 (KG.). Der Nachweis der Eheschließung kann nur durch die Heiratsurkunde erbracht werden, nicht durch gelegentliche Vermerke in einer Geburts- oder Sterbeurkunde oder durch Hinweis auf die Eintragung im Heiratsregister bei einem gemäß § 26 PStG. eingetragenen Legitimationsvermerke.

2. ElsLothNotZ. **09** 145 (LG. Saargemünd). Daß nur inländische Gerichte und Notare zur Entgegennahme der Versicherung an Eidesstatt zuständig sein sollen, besagt § 2356 nicht, vielmehr wird dem mit dieser Bestimmung verfolgten Zwecke, für die Richtigkeit des Versicherten sittlich und strafrechtlich Gewähr zu bieten, auch dann Rechnung getragen, wenn die Versicherung an Eidesstatt vor einem ausländischen Notar abgegeben wird, der zur Aufnahme von Urkunden der freiw. Gerichtsbarkeit zuständig ist (Boschan, Nachlaßsachen I 44). Daß der französische Notar zur Aufnahme derartiger Urkunden und zur Entgegennahme von Eiden zuständig ist steht fest (vgl. art. 1 G. v. 25. Ventôse XI und art. 943. 8 c. de pr. c.).

3. OLG. **18** 372 (KG.). Wenn das Nachlaßgericht von der Befugnis des § 2356 Abs. 2 Satz 2 keinen Gebrauch gemacht hat, so würde es das Gesetz nur dann verletzt haben, wenn es jene Vorschrift übersehen hat und sich der ihm darin eingeräumten Befugnis nicht bewußt gewesen ist.

4. Verschollenheitsnachweis. Richtlinien hierfür gibt im Anschluß an Rechtslehre und Rechtsprechung BadJM., BadRpr. **09** 18.

§ 2357. 1. OLG. **18** 368, 369 (KG.). Der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins muß die Erbteile in Bruchteilen angeben. Soweit nicht § 2091 Platz greift, läßt sich nötigenfalls durch Abschätzung der den einzelnen Miterben zugewiesenen Erbteile das Verhältnis ermitteln, zu dem jeder der Erben an dem Gesamtnachlasse berechtigt ist.

2. BayObLG. **10** 208 (213). Ein gemeinschaftlicher Erbschein kann nicht erteilt werden, bevor feststeht, daß die Miterben des Antragstellers die Erbschaft angenommen haben.

§ 2358. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **7** Ziff. 1a zu § 2358 — auch R. **09** Ziff. 294.

2. Josef, BuschsZ. **39** 332 ff. Die Pflicht des Nachlaßgerichts, über den Antrag auf Erteilung des Erbscheins sachlich zu entscheiden, besteht auch dann, wenn über das Erbrecht ein Rechtsstreit anhängig ist; hier hat das Nachlaßgericht nur die besondere Pflicht zur Anhörung des Gegenbeteiligten, und es hat dem Antrage stattzugeben, wenn inhalts des Prozeßstoffs das ihm vom Antragsteller nachgewiesene Erbrecht durch das Bestreiten des Gegenbeteiligten nicht erschüttert, dies Bestreiten vielmehr offensichtlich unbegründet ist; es hat dagegen, wenn infolge des Streitstoffs das Erbrecht des Antragstellers nicht mehr als nachgewiesen erscheint, den Antrag abzulehnen, weil das Erbrecht des Antragstellers z. Z. nicht genügend dargetan sei. Das Nachlaßgericht braucht also zwar nicht positiv dahin zu entscheiden, daß dem Antragsteller ein Erbrecht nicht zustehe, oder daß es

dem Gegenbeteiligten zustehe; es darf andererseits aber auch nicht die Entscheidung über den Antrag aussetzen bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts.

3. Über die Ermittelungspflicht des Nachlaßgerichts zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Erblassers vgl. SächsOLG. **30** 79.

§ 2359. 1. RheinZ. **1** 546, ElsLothNotZ. **09** 74, ElsLothJZ. **09** 203, R. **09** Ziff. 997 (Colmar). Aus § 2359 ist nicht zu folgern, daß das Nachlaßgericht, wenn es Zweifel hinsichtlich der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen hegt, die Erteilung eines Erbscheins ablehnen könne, vielmehr hat es darüber zu entscheiden (vorbehaltlich der späteren Entscheidung des Prozeßgerichts), in welchem Sinne die Verfügung auszulegen ist (RJA. **3** 117, ElsLothZ. **29** 290).

2. KGJ. **37** A 127 (KG.). Das Nachlaßgericht, bei dem die Erteilung eines Erbscheins auf Grund einer von dem Erblasser errichteten Verfügung von Todes wegen beantragt wird, ist nicht verpflichtet, den Erbschein lediglich auf Grund einer beglaubigten Abschrift der Verfügung von Todes wegen zu erteilen, es kann vielmehr die Einsicht und Prüfung der Urschrift für erforderlich erklären.

§ 2361. 1. BayObLG. **10** 208 (211), BayRpflZ. **09** 277. Ist die Erteilung eines Erbscheins bereits angeordnet, der Erbschein aber noch nicht ausgefertigt worden, so kann die Anordnung des Beschwerdegerichts, den Erbschein „einzuziehen", dahin verstanden werden, daß die Erteilung des von dem Nachlaßgericht entworfenen Erbscheins zu unterbleiben habe.

2. Über die geschäftliche Behandlung unrichtiger Erbscheine vgl. BadJM., Bad. Rpr. **09** 19.

§ 2363. 1. Die Entsch. des OLG. Braunschweig — JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2363 — auch SeuffA. **64** 26.

2. KGJ. **37** A 133, SeuffBl. **09** 428, KGBl. **09** 41, R. **09** Ziff. 1536 (KG.). Der einem Vorerben erteilte Erbschein, in dem die Anordnung der Nacherbfolge und die Personen der Nacherben angegeben sind, ist kein gemeinschaftlicher Erbschein, da er nur das Erbrecht des Vorerben bescheinigt, während die Nacherben nur als diejenigen ausgewiesen werden, zu deren Gunsten der gegenwärtige Erbe in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt ist. Das Nachlaßgericht kann daher vor der Erteilung eines derartigen Erbscheins nicht den Nachweis verlangen, daß die Nacherben die Erbschaft angenommen haben. Dahingestellt gelassen wird, ob der Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft überhaupt rechtswirksam annehmen oder auf das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft gültig verzichten kann.

§ 2368. 1. Die Entsch. des OLG. Colmar — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 2368 — auch OLG. **18** 372.

2. RJA. **10** 64, ZBlFG. **10** 111, KGJ. **37** A 249 (KG.). Ein Zeugnis über die Ernennung des Testamentsvollstreckers liegt nur vor, wenn das Nachlaßgericht amtlich bescheinigt, daß die betreffende Person zum Testamentsvollstrecker ernannt sei, und setzt voraus, daß das Nachlaßgericht die Gültigkeit der Ernennung des Testamentsvollstreckers geprüft und festgestellt hat. Eine Bescheinigung, daß der Betreffende nach dem von den Erben als rechtsverbindlich anerkannten Testamente zum TV. ernannt sei, enthält nur eine Bescheinigung über den Inhalt des Testaments und über die Anerkennung der Wirksamkeit des Testaments durch die Erben. Das Nachlaßgericht übernimmt mit der Erteilung des Zeugnisses die Verantwortlichkeit dafür, daß die bezeichnete Person rechtswirksam zum TV. ernannt ist. Deshalb ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, die Richtigkeit des Zeugnisses, insbesondere die Formgültigkeit des Testaments, auf Grund dessen das Zeugnis erteilt worden ist, nachzuprüfen.

3. RJA. **10** 116, 121 (KG.). Das in der Praxis zugelassene Zeugnis über die Annahme des Testamentsvollstreckeramts (KGJ. **24** A 221,

28 A 283) ist seinem Wesen nach lediglich ein Testamentsvollstreckerzeugnis (RJA 8 20), auf welches die Vorschriften über den Erbschein und damit auch über dessen Einziehung entsprechende Anwendung finden. Das Zeugnis ist hiernach einzuziehen, wenn sich ergibt, daß es unrichtig ist (§ 2361), und eine solche Unrichtigkeit liegt vor, wenn die Ernennung desjenigen, dessen Annahmeerklärung bescheinigt ist, rechtsunwirksam ist.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. Über das Verhältnis des Erbschaftskaufs zu dem Erbauseinandersetzungsvertrag, vgl. RG. Ziff. 5 zu § 2042.

§ 2382. *Reichel, Schuldmitübernahme 100. In Ansehung der Erbschaftsschulden wird hier eine gesetzliche Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme) bestimmt.

§ 2385. **RG.** JW. **1910** 23, R. **1910** Ziff. 109, DJZ. **1910** 202. Mit Rücksicht auf die im § 2371 BGB. zum Ausdrucke gebrachte Absicht des Gesetzgebers, durch die Formvorschriften übereilte Veräußerungen von Erbschaften zu verhüten, und die entsprechende Anwendung des § 2371 auf die im § 2385 Abs. 1 behandelten Verträge ist auch außergerichtlichen Vergleichen von Erbprätendenten, durch welche sie ohne Rücksicht darauf, wem von ihnen die Erbschaft ganz oder teilweise nach dem Gesetz angefallen ist, diese untereinander nach Anteilen verteilen, obschon für Vergleiche an sich Formvorschriften nicht bestehen, die Wirksamkeit versagt. Es sind solche Abkommen rechtlich als obligatorische, auf Veräußerung von Bruchteilen der Erbschaft gerichtete und deshalb unter § 2385 Abs. 1 fallende Verträge aufzufassen (DJZ. **02** 485, JW. **05** 721). Das gleiche gilt von Verträgen, durch die ein Testament schlechthin als rechtsbeständig und bindend anerkannt wird.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Internationales Privatrecht.

Art. 7. Hölder, ZJPR. **09** 198 ff., Die subsidiäre Geltung der lex fori.

Rechtsprechung (s. auch zu Artt. 11, 27). 1. HansGZ. **09**, R. **09** Ziff. 2289 Hptbl. 157 (Hamburg). Die vor dem Inkrafttreten des BGB. angewandten Grundsätze des internationalen Privatrechts sind nicht ohne weiteres auch unter der Herrschaft des BGB. anwendbar, schon deshalb nicht, weil jene Grundsätze in erster Linie sich beim Rechtsverkehre der deutschen Staaten untereinander ausgebildet haben, während es sich jetzt meistens um Anwendung ausländischen, nicht deutschen Rechtes handelt. Dem Auslande gegenüber hat der deutsche Richter grundsätzlich davon auszugehen, daß er deutsches Recht anzuwenden hat. Ausländisches Recht kommt nur dann für ihn in Frage, wenn eine ausdrückliche Bestimmung oder die Auslegung des deutschen Rechtes dazu führt, von der Anwendung des eigenen Rechtes abzusehen. Diese Grundsätze führen dazu, beim Kaufvertrage das deutsche Recht sowohl auf die Verpflichtungen des Käufers wie diejenigen des Verkäufers anzuwenden, selbst wenn einer der Kontrahenten Ausländer und im Auslande der Erfüllungsort für seine Verpflichtung begründet ist. Das gilt namentlich von den Verpflichtungen des Verkäufers bei mangelhafter Lieferung. Der deutsche Käufer braucht sich in einem solchen Falle auf eine Ersatzlieferung nicht einzulassen, selbst wenn der ausländische Verkäufer nach dem für ihn geltenden Rechte des Auslandes das Recht zur Ersatzlieferung hat (**RG. 66** 73).

2. **RG.** JW. **09** 467, LeipzZ. **09** 782, R. **09** Ziff. 2447. Für die Frage, welches örtliche Recht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis anzuwenden ist, sind die Gerichte

nicht an die Auffassung der Parteien gebunden; diese Frage ist von Amtswegen zu prüfen und zu entscheiden. Auf eine zwischen einer deutschen Versicherungsgesellschaft und einer in Deutschland domizilierten Firma für Fahrten auf dem Rheine und Nebengewässern abgeschlossene Schiffsversicherung findet das deutsche und nicht das holländische Handelsgesetzbuch auch dann Anwendung, wenn dafür die Bedingungen der Rotterdamer Börse als maßgebend bezeichnet sind, sofern nicht ein abweichender Vertragswille entgegensteht.

3. R. **09** Ziff. 2967 (Hamburg). Wenn auch der Erfüllungsort in Amerika liegen mag, so war doch die Ware für Deutschland bestimmt und ein Deutscher war der Käufer. In einem solchen Falle finden die Vorschriften des § 326 BGB. gegen den säumigen in Amerika wohnenden Käufer Anwendung. Denn der vertragstreue Teil soll gegen den säumigen Kontrahenten geschützt werden; es kann nicht Aufgabe eines deutschen Gerichts sein, diesen Schutz einem Deutschen zu versagen, weil sein Vertragsgegner Ausländer ist und im Ausland anderes Recht gilt. Dazu kommt, daß der beklagte Ausländer sich selbst nicht auf ein abweichendes Recht seiner Heimat berufen hat.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 3384. Ein von einer italienischen Firma mit einer anderen italienischen Firma als Vertreterin einer deutschen Firma in Italien abgeschlossener Vertrag über die Erteilung eines Monopols für Italien an die italienische Firma ist nach italienischem Rechte zu beurteilen.

5. ZIPR. **09** 244 (KG.). Für die Führung des Adelsprädikats ist das Heimatrecht maßgebend. Preußische Standesbeamte haben bei Nichtpreußen nur die tatsächliche Anerkennung des Adelsprädikats durch die Behörden des Heimatstaats zu prüfen.

Art. 10. ElsLothZ. **09** 308 (Colmar). Bestand und Rechtsfähigkeit einer juristischen Person sind nach dem an deren Sitze geltenden Rechte zu beurteilen.

Art. 11. I. Wittmaack, Örtliches Recht bezüglich der Anwendung der Vorschriften über Klagenverjährung (nordamerikanisches Recht), ZIPR. **19** (09) 126 ff. Die deutsche Praxis hat sich dahin entschieden, daß die Frage, ob eine Forderung als verjährt anzusehen ist oder nicht, danach beurteilt werden muß, welches Ortsrecht allgemein für die Obligation maßgebend ist, da die Vorschriften über die Klageverjährung zum materiellen Rechte gehören. Abweichend das Recht der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Dieses nimmt an, daß Forderungen materiell nach dem Rechte des Ortes der Entstehung zu beurteilen sind, und zwar sowohl Ansprüche aus unerlaubten Handlungen als auch solche aus Verträgen. Bestimmungen, welche sich auf den Schutz der Rechte, den Prozeß, beziehen, richten sich nach dem Rechte des Prozeßgerichts. Zu diesen gehören auch die Vorschriften über die Klagenverjährung. Da Art. 12 EG. bestimmt, daß aus einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet, sind auf die in dem Artikel erwähnten Ansprüche sowohl wegen der Verjährung, als auch der Präklusivfristen die Vorschriften des inländischen Rechtes insoweit anzuwenden, als sie dem Schuldner günstiger sind, als diejenigen des Ortes der Handlung. Eine entsprechende Vorschrift gibt es in Nordamerika nicht.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 132, R. **09** Ziff. 295, 1537. Wird ein Handelsbrauch im Sinne des § 346 HGB. festgestellt, daß bei Kaufgeschäften, bei denen eine in Deutschland ansässige Firma an eine in Finnland seßhafte Firma Mehl cif verkauft, beide Kaufleute sich auch wegen der Form des Vertragsschlusses nach feststehender Handelssitte dem deutschen Rechte unterwerfen, so steht dem die Bestimmung des Art. 11 nicht entgegen. Denn diese Vorschrift enthält dispositives Recht und kann durch Parteivereinbarung abgeändert werden. Ein Handelsgebrauch im Sinne des § 346 stellt aber eine stillschweigende Vereinbarung

bar; denn sie dient dazu, den nicht ausgesprochenen Parteiwillen zu ergänzen und zu erläutern. S. a. HGB. § 346 Ziff. I 3.

2. R. **09** Ziff. 1537 (Hamburg). Die Bestimmung, daß für die Form eines Rechtsgeschäfts die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, genügt (locus regit actum), ist dispositives Recht. Bestimmen die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes, so gilt der Wille der Parteien. Ein solcher vom Gesetz abweichender Wille der Parteien ist anzunehmen, wenn die Parteien über ein in Preußen liegendes Gebiet einen Jagdpachtvertrag abschließen. Der Jagdpachtvertrag unterliegt nach preußischem Rechte bestimmten Formen, namentlich der Schriftlichkeit. Ein nicht in dieser Form abgeschlossener Vertrag würde dem Pächter nicht das Recht zur freien Jagdausübung geben. Da aber die Parteien diese offenbar gewollt haben, muß angenommen werden, daß sie auch den Vertrag selbst in den Formen des preußischen Rechtes haben abschließen wollen. Nicht zu den Formvorschriften gehören jedoch die Bestimmungen des preußischen Jagdgesetzes vom 15. Juli 1907 über die Genehmigung des Kreisausschusses.

3. **RG.** ZJPR. **09** 237. Ist jemand, der im Auslande wohnt, durch Vertrag verpflichtet, dort etwas zu unterlassen und wegen des geltenden Rechtes nichts Besonderes vereinbart, so gilt im Zweifel das am Wohnsitze des Verpflichteten geltende (hier schwedische) Recht.

4. WürttZ. **08** 297, ZBlFG. **08/09** 328 (Ziff. 294 a) (Stuttgart). Die Form der Erbschaftsausschlagungserklärung muß in einem Falle, in dem die Nachlaßsache bei einem deutschen Nachlaßgericht anhängig ist, stets den deutschen Gesetzen entsprechen (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EG., §§ 130 Abs. 3, 1945 BGB.).

Art. 13. I. Hahn, Das Verlöbnis unter Berücksichtigung internationalen Rechtes, GesuR. **09** (10) 293 ff. Die Fähigkeit einer Person, ein gültiges Verlöbnis einzugehen, richtet sich im allgemeinen nach den Gesetzen des Staates, dem die Person angehört (Art. 7 EG.). Dies bezieht sich auch auf das Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Für die Form genügt im übrigen die Beobachtung der Gesetze am Orte der Verlobung (Artt. 11, 13). Auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen aber, namentlich auf die Ehehindernisse, wird man die Grundsätze, die für die Eingehung der Ehe gelten, anwenden müssen. Diese ist in Ansehung eines jeden Verlobten nach dem Heimatrechte zu beurteilen. Dasselbe gilt für Ausländer, die im Inland eine Ehe eingehen, und wird analog auch auf Ausländer anzuwenden sein, die im Ausland eine Ehe oder ein Verlöbnis eingehen. Nach dem Heimatrecht eines jeden Verlobten bestimmen sich daher auch die dem Verlöbnis eigenen vermögensrechtlichen Wirkungen, also namentlich die Frage, ob und in welchem Umfang aus dem Verlöbnisbruch auf Schadensersatz geklagt werden kann. Der bloße Anspruch auf Rückgabe der Brautgeschenke aber gründet sich nicht auf das Verlöbnis als solches, sondern auf die ungerechtfertigte Bereicherung und ist deshalb nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, wo das Geschenk gemacht ist. Dabei ist aber immer die Vorschrift des Art. 30 EG. zu berücksichtigen.

II. Beer, Neue Entwickelungsstufen des internationalen Privatrechts, ZJPR. **19** 1 ff., führt aus, daß Art. 13 EG. unter Umständen mehrere Rechte, nämlich die Heimatrechte beider Verlobten kumuliert, wenn diese verschiedenen Staaten angehören. Hierdurch schafft der Art. 13 eine gewisse Unklarheit, die vielleicht zu vermeiden gewesen wäre. Deutlicher ausgedrückt besagt das Gesetz, daß die Ehefähigkeit nach dem nationalen Rechte eines jeden der Verlobten positiv vorhanden sein muß, und zwar nicht bloß die allgemeine Ehefähigkeit (Ehemündigkeit usw.), sondern die rechtliche Fähigkeit, gerade die abzuschließende Ehe einzugehen. Für die religiösen Ehehindernisse (z. B. dasjenige der geistlichen Weihen und des Ordensgelübdes, cognatio spiritualis, Religionsverschiedenheit) folgt aus diesem Grundsatze, daß der Angehörige eines Staates, dessen Eherecht auf konfessioneller Grundlage beruht, in

Deutschland eine Ehe nur eingehen kann, wenn ein solches religiöses Hindernis nicht im Wege steht. Auch die Wirksamkeit einer gegen ein solches Verbot abgeschlossenen Ehe bestimmt sich nach eben dem Gesetze, dessen Verbot hätte beachtet werden sollen. Wenn also das Gesetz eines Staates die Ehe zwischen Christen und Nichtchristen verbietet, so wäre, falls einer der Verlobten einem solchen Staate angehört, die Eheschließung in Deutschland unzulässig, und eine ungeachtet des entgegenstehenden Hindernisses geschlossene Ehe wäre der Anfechtung oder Nichtigkeit ausgesetzt nach Maßgabe des außer acht gelassenen Gesetzes. (Wird weiter erörtert im Anschluß an die Entscheidung HansOLG. 6. Oktober 1908, ZIPR. **18** 541 ff. und Art. 2 des Haager Abkommens v. 12. Juni 1902 zur Regelung der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung.)

Art. 14. SächsOLG. **30** 32 (Dresden). Die Ehefrau hat im Ehestreite nach deutschem wie nach österreichischem Rechte gegen ihren Ehemann Anspruch auf Gewährung eines Kostenvorschusses während des Scheidungsprozesses (§ 91 ÖstAG. BGB.).

Art. 17. Rechtsprechung (s. auch zu Art. 30). 1. OLG. **18** 374 (KG.). Unter Scheidung im Sinne des Art. 17[1] EG. ist die nach deutschem Rechte allein mögliche Scheidung dem Bande nach oder die nach § 1575 im wesentlichen gleichgestellte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen, die allerdings den Untergang des Pflichtteilsrechts der Ehegatten nach sich zieht. Eine auf „einverständliches Ansuchen“ beider Ehegatten nach §§ 103 ff. ÖstBGB. geschiedene Ehe ist nicht nach deutschem Rechte geschieden, denn die Mitwirkung des Gerichts in Österreich ist rein deklaratorisch. Diese Scheidung muß beiden Ehegatten gestattet werden, wenn sich beide dazu verstehen und gewissen Formerfordernissen genügt haben. Diese Bewilligung der Scheidung verstößt gegen den Zweck der deutschen Gesetzgebung (§ 328 Ziff. 3, 4 ZPO., Art. 30 EGBGB.), denn das deutsche Scheidungsrecht beruht auf dem Grundsatze, daß die Auflösung der Ehe völlig der Parteivereinbarung entzogen sein muß. Der Pflichtteil des nach österreichischem Rechte auf einverständliches Ansuchen geschiedenen Gatten wird daher nicht durch diese Scheidung berührt.

2. HansGZ. **09** Beibl. 173 ff. (Hamburg). Für eine Ehescheidung ist, wenn ein Österreicher in Deutschland eine Deutsche geheiratet hat und vor dem Gerichte seines deutschen Wohnsitzes auf Scheidung belangt wird, das österreichische Recht maßgebend. Wegen Ehewidrigkeiten im Sinne des § 1568 BGB. ist in Österreich eine Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht möglich. Dagegen braucht die Frau nicht unter allen Umständen die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen.

3. OLG. **19** 106 (KG.). Aus einem amerikanischen, in New York erlassenen Ehescheidungsurteile, welches den Ehemann zur Zahlung von Unterhaltsgeldern verurteilt und ihm zugleich untersagt, sich bei Lebzeiten der Klägerin wieder zu verheiraten, kann in Deutschland nicht vollstreckt werden. Denn da die Parteien deutsche Reichsangehörige sind, kommen nach Art. 17 EG. für die Scheidung nur deutsche Gesetze zur Anwendung. Davon ist das amerikanische Urteil zum Nachteile des beklagten Ehemanns insofern abgewichen, als es Wirkungen der Scheidung ausspricht, welche den deutschen Gesetzen nicht entsprechen, insofern es eine Wiederverheiratung des Beklagten zu Lebzeiten der Klägerin ausschließt und die Unterhaltspflicht des Beklagten ein für allemal fixiert. Die Gegenseitigkeit zwischen den Vereinigten Staaten und Deutschland ist ebenfalls nicht verbürgt (§ 328 ZPO., **RG. 70** 434).

4. ElsLothZ. **09** 485 (Colmar). Zuständig für eine Ehescheidungsklage ist das Gericht, in dessen Bezirke der deutsche Ehemann, der im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, seinen letzten Wohnsitz hatte. Die Zuständigkeit dieses Gerichts ist auch für die Widerklage gegeben, obgleich zur Zeit ihrer Erhebung der Ehemann die Reichsangehörigkeit verloren hat, wenn nur die Ehefrau Deutsche geblieben ist (Art. 17 Abs. 2 EG.).

5. FrankfRundsch. **09** (43) 30 ff. (Frankfurt). Die Scheidung der Ehe österreichischer Staatsangehöriger ist unzulässig, wenn einer der Ehegatten katholischer Religion ist, auch wenn die Ehe nur von einem deutschen Standesbeamten geschlossen ist.

Art. 19. SchlHolstAnz. **09** 209, HansGZ. **09** Beibl. 65, R. **09** Ziff. 493 (Hamburg). Im allgemeinen neigt die deutsche Rechtsanschauung der Auffassung zu, daß für die Frage, welches Recht in bezug auf die religiöse Erziehung von Kindern maßgebend ist, die Staatsangehörigkeit des Vaters als grundsätzlich entscheidend anzusehen ist.

Art. 23. I. Schaefer, Vorläufige Vormundschaft und Pflegschaft 12 ff. Die vorläufige Vormundschaft ist als vorläufige Maßregel gemäß Art. 23 Abs. 2 anzusehen. Die über einen Inländer durch ein ausländisches Gericht eingeleitete vorläufige Vormundschaft ist im Inland ohne Rechtswirksamkeit, bedarf also keiner Aufhebung. Eine im Ausland angeordnete vorl. V. über einen Ausländer ist im Inlande zu berücksichtigen, selbst wenn die Anordnung unter Voraussetzungen erfolgt ist, die im deutschen Recht nicht anerkannt werden (vgl. Bem. zu BGB. §§ 1906—1908).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **09** 193. Das materielle Vormundschaftsrecht bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rechte des Staates, dem die Vormundschaftsbehörde angehört (Art. 210).

2. KGJ. **37** A 32, RJA. **10** 1, ZBlFG. **10** 65, R. **09** Ziff. 1538, 2580. a) Die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts zur Anordnung vorläufiger Maßregeln für einen Ausländer bezieht sich nur auf eigentliche Vormundschaftssachen, welche die Fürsorge für schutzbedürftige Personen zum Gegenstande haben, nicht aber auf andere familienrechtliche Angelegenheiten, die im BGB. den Vormundschaftsgerichten aus Zweckmäßigkeitsgründen zugewiesen sind. b) Dem deutschen Vormundschaftsgerichte fehlt deshalb regelmäßig die Zuständigkeit für die Regelung des persönlichen Verkehrs geschiedener Eltern ausländischer Staatsangehörigkeit mit ihrem Kinde.

3. OLG. **18** 311 (Colmar). Wenn sich auch nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Privatrechts die Vormundschaft über einen Minderjährigen nach dem Gesetze des Heimatsstaats bestimmt (Art. 1 Haager Konvention v. 12. Juni 1902), so ist doch allgemein anerkannt, daß auch im Inland über einen Ausländer, sofern die Behörden des Heimatsstaats die Fürsorge nicht übernehmen, eine Vormundschaft nicht angeordnet werden kann und in diesem Falle für die Führung der Vormundschaft, besonders für die Vertretungsmacht des Vormundes und die Notwendigkeit ihrer Ergänzung durch andere Organe das Gesetz des Wohnsitzes maßgebend ist (Art. 3 HaagAbk.). Das schweizerische Vormundschaftsgericht konnte daher die Vormundschaft über die Kinder eines in der Schweiz ansässigen Deutschen anordnen, wenn das deutsche Vormundschaftsgericht die Übernahme der Vormundschaft ablehnt.

4. BadNotZ. **09** 79 (Karlsruhe). Auch wenn nach ausländischem Rechte die Vertretungsbefugnis des Vormundes sich auf das im Auslande befindliche Vermögen beschränkt, besteht kein Anlaß für die inländische Vormundschaftsbehörde, über das Vermögen eine Pflegschaft anzuordnen.

Art. 25. (S. auch zu Art. 27.) OLG. **18** 356 ff. (KG.). Nach Artt. 25, 27 EG. bestimmen sich, soweit ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Deutschen Reiche hatte, nach ausländischem Rechte beerbt wird, der Regel nach die sachliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts und die ihm obliegenden Verrichtungen ebenfalls nach dem ausländischem Rechte. Nach internationalen Gebräuchen haben aber die inländischen Gerichte bei der Sicherung des im Inlande befindlichen Nachlasses mitzuwirken, falls hierfür ein Bedürfnis besteht. Ob dies der Fall ist, wenn besondere Staatsverträge fehlen, ist nach inländischem Rechte zu beurteilen; denn es entspricht dem internationalen Herkommen, daß die Ausländer in

dieser Hinsicht den Inländern gleich behandelt werden. Es sind demnach die inländischen Gerichte grundsätzlich als befugt anzusehen, die im Inlande befindlichen letztwilligen Verfügungen verstorbener Ausländer sicher zustellen und die Besitzer zur Auslieferung zu veranlassen. Das inländische Gericht hat das Recht und die Pflicht, das ausländische Testament so lange zu verwahren, bis die zuständige ausländische Behörde oder der nach dem maßgebenden ausländischen Rechte zum Besitze des Testaments Berechtigte die Herausgabe des Testaments verlangen. Der Besitzer des Testaments aber muß es, einerlei ob er Deutscher oder Ausländer ist, an das zuständige inländische Gericht abliefern, damit dieses prüfen kann, ob das Testament dem Besitzer zurückzugeben oder anders damit zu verfahren ist (§ 2259 BGB.). — Diese Grundsätze gelten nur soweit, als nicht Staatsverträge etwas anderes bestimmen, also etwa eine amtliche Verwahrung des Testaments durch das inländische Gericht ausgeschlossen und die Fürsorge für das Testament ausschließlich der Konsularbehörde des Heimatsstaats des Erblassers vorbehalten ist (Art. 4 der deutsch-russischen Nachlaßkonvention, RGBl. **75** 136). Für das Testament und den Nachlaß eines in Deutschverstorbenen Angehörigen der Vereinigten Staaten von Nordamerika zu sorgen, sind die deutschen Gerichte befugt.

Art. 27. (S. auch zu Artt. 7, 25.) OLG. **19** 43 (Düsseldorf). Nach Art. 7 EG. wird die Geschäftsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem sie angehört. Dieser Grundsatz ist jedoch durch die Zulassung der Rückverweisung im EG. Art. 27 eingeschränkt. Nach dem nach Art. 27 maßgebenden schweizerischen Rechte ((Art. 28 Nr. 2 BundesG. v. 25. Juni 1891) ist dieses auf die im Auslande wohnenden Schweizer anzuwenden, soweit nicht zwingende ausländische Vorschriften entgegenstehen. Dies ist in Deutschland nicht der Fall. Die Volljährigkeit eines in Deutschland lebenden Schweizers ist daher nach schweizerischem Rechte zu beurteilen.

Art. 30. I. *Frankenburger, SeuffBl. **09** 726. Nach dem Rechte des Ortes der Vornahme einer Handlung ist zu beurteilen, ob die Handlung eine erlaubte ist und welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht.

II. Rechtsprechung. 1. HansGZ. **08** 5 ff. (Hamburg). Die Anwendung des § 64 ÖstABGB. (Verbot der Ehe zwischen Christen und Nichtchristen) ist durch Art. 30 EG. ausgeschlossen, da die Anwendung des § 64 gegen die deutschen Rechtsnorm (Art. 3 EG.) verstoßen würde, daß eine vor einem deutschen Standesbeamten geschlossene Ehe nicht wegen Religionsverschiedenheiten der Eheschließenden nichtig ist.

2. HessRspr. **9** ff. (Darmstadt). Ein durch ausländischen Handelsgebrauch anerkanntes sogenanntes Vinkulationsverhältnis (Österreich) begründet kein Pfandrecht im Inlande. Dieses kann nur in den Formen des § 808 ZPO. erworben werden.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. Rechtsprechung. 1. **RG. 69** 143 ff. Durch das EG. v. 17. Mai 1898 zum Gesetze von demselben Tage betreffend Änderungen der KO. sind die KO. und das AnfG. in ihrer jetzigen Gestalt zugleich mit dem BGB. in Kraft gesetzt worden. Aus diesen beiden Gesetzen in Verbindung mit Art. 32 EGBGB. ergibt sich, daß die KO. und das AnfG. nicht nur gleichberechtigt neben dem BGB., sondern daß, sofern sie Sonderbestimmungen enthalten, die von den allgemeinen Grundsätzen des BGB. abweichen, allein diese Sonderbestimmungen und nicht die Grundsätze des BGB. für die hiervon betroffenen Rechtsverhältnisse maßgebend sind. Es können also fraudulöse Rechtsgeschäfte im Sinne der KO. und des AnfG. nur nach diesen angefochten werden, sie können aber nicht zugleich nach §§ 134—138 BGB. nichtig sein.

2. **RG. 71** 293 ff., JW. **09** 449 ff., BadRpr. **09** 256 ff., R. **09** Ziff. 2667. Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften mit Rußland vom 12. Nov./

31. Oktober 1874. Die Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 12. November/31. Oktober 1874 hat als ein Staatsvertrag, der in formaler Beziehung den Anforderungen der Artt. 4 Ziff. 13 und 11 Abs. 1, 3 der Verfassung des Deutschen Reichs entspricht, auch seit dem Inkrafttreten des BGB. seine Geltung behalten. Die in dieser Konvention (Artt. 7, 10) festgesetzte Zuständigkeit der Gerichte des Sterbeorts erstreckt sich auch auf Vermächtnisansprüche, die, wenn ein Angehöriger des anderen Vertragsstaats im Inlande verstirbt, von einem inländischen Staatsangehörigen gegen seinen Nachlaß erhoben werden.

Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Artt. 52, 53. I. Ludowieg, Erwirbt der Ersteher eines Grundstücks den Ersatzanspruch für den durch Bergwerksbetrieb zugefügten Schaden? JW. **09** 94 ff., bekämpft den vom RG. in der Entsch. v. 7. November 1908 (JW. **08** 736) aufgestellten Grundsatz, daß der Ersatzanspruch für den durch Bergwerksbetrieb einem Grundstücke zugefügten Schaden auf den Ersteher des Grundstücks übergeht, weil nach Artt. 52, 53, 67 Abs. 2 EG. in Verb. mit § 1128 BGB. sich die Hypothek auf den Entschädigungsanspruch des Eigentümers wegen Enteignung oder wegen Beschädigung durch Bergbau ebenso erstrecke, wie auf die Forderung aus der Gebäudeversicherung und diese Ansprüche ebenso wie der Anspruch auf Versicherungsgelder der Haftung für die Hypothek unterliegen. Art. 52 EG. enthält eine Vorschrift, um dinglich Berechtigte jeder Art, nicht bloß Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger zu sichern. Es kommt auch nicht darauf an, ob der ursprünglich dem dinglichen Rechte unterliegende Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist. Die in dieser Vorschrift festgesetzte Haftung des Entschädigungsanspruchs ist nichts der Hypothek oder Grundschuld Eigentümliches und unterscheidet sich dadurch ganz wesentlich von den in §§ 1120 ff. BGB. genannten Fällen, in denen von „Erstreckung" der Hypothek die Rede ist. Die Rechte der Realgläubiger an dem Entschädigungsanspruche sind dieselben, wie die an dem Erlöse bei der Zwangsversteigerung, Entschädigungsanspruch und Erlös dienen derselben Bestimmung. Wie die Realberechtigten, insbesondere auch die Hypothekengläubiger, aus dem Erlöse befriedigt werden sollen, so auch aus dem Entschädigungsanspruche. Dieser haftet ihnen ebenso wie der Erlös. Wenn man aber aus dieser Haftung des Erlöses für die Hypothek nicht die Folgerung zieht, daß der Erlös durch den Zuschlag auf den Ersteher übergeht, so kann man das auch nicht wegen des Entschädigungsanspruchs. Daß Erlös und Entschädigungsanspruch gleich zu behandeln sind, ergibt auch Art. 41 PrAGZVG. Artt. 52, 53 EG. erstrecken daher nicht die Hypothek auf den Entschädigungsanspruch. Im Art. 53 ist nur auf Einzelvorschriften der §§ 1120 ff. BGB. Bezug genommen, nur das Verfahren bei Auszahlung der Versicherungssumme ist entsprechend anzuwenden. Gegen diese Ausführungen Grundmann, Der Übergang des Bergschädenanspruchs auf den Ersteher, JW. **09** 307 ff.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 69** 247 ff. (vgl. **61** 226), DJZ. **14** 209, R. **09** Ziff. 92. Die in Artt. 52, 53, 67 Abs. 2 erwähnten Entschädigungsansprüche des Grundstückseigentümers haften dem Hypothekengläubiger und gehen bei der Zwangsversteigerung auf ihn über (§§ 20 Abs. 2, 55 Abs. 1, 90 Abs. 2 ZVG., § 875 Abs. 1 ZPO., § 1128 BGB.). Dies gilt auch für die Ansprüche wegen solcher Schäden, die zur Zeit der Versteigerung noch unbekannt waren. Denn die oben erwähnten Entschädigungen (z. B. wegen Bergschäden) umfassen die Hypotheken in derselben Weise, wie die im Falle einer Gebäudeversicherung zu zahlende Versicherungssumme. Daraus folgt, daß, falls nicht bereits das im Art. 53 Abs. 1 erwähnte besondere Verteilungsverfahren stattgefunden hat oder an den Eigentümer im Falle unterlassenen Widerspruchs der Realberechtigten gezahlt war, bevor das Grundstück zur Zwangs-

versteigerung gestellt wurde, die Beschlagnahme auch diese Ansprüche umfaßt und der Ersteher sie mit dem Grundstück erwirbt. Die Entschädigungsansprüche sind in einem solchen Falle nicht besonders zu verteilen. Ist der Bergschaden zur Zeit der Versteigerung schon eingetreten, aber noch nicht erkennbar, so ist es selbst dann billig, daß die Entschädigung an den Ersteher fällt, der ein unbeschädigtes Grundstück zu erwerben glaubte.

2. **RG. 71** 267 ff., JW. **09** 471. Das ReichsRayonG. v. 21. Dezember 1871 regelt des Verhältnis anderer Realberechtigter als des Eigentümers zu der Entschädigung nicht (§ 37 RayG.). Indessen ist dies durch Artt. 52—54 EGBGB. nachgeholt und damit der zugunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt beseitigt. Die Artt. 52, 53 beziehen sich auf alle Fälle, in denen auf Grund eines Reichsgesetzes dem Eigentümer einer Sache wegen der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung der Sache oder wegen Beschränkung des Eigentums eine Entschädigung zu gewähren ist und einem Dritten ein Recht an der Sache zusteht, für das eine besondere Entschädigung nicht gewährt wird. Der Art. 154 trägt den Besonderheiten des Rayongesetzes Rechnung. Im allgemeinen tritt die Entschädigung für die Realberechtigten an die Stelle der Sachen; sie dient ihrer Befriedigung, wie der Erlös in der Zwangsversteigerung, wenn durch diese die Realrechte erlöschen. Der Art. 109 EG. enthält einen Vorbehalt zugunsten der landesgesetzlichen Vorschriften über die Enteignung, erklärt aber beim Mangel solcher Vorschriften über die Entschädigung Artt. 52, 53 für anwendbar. Soviel ist hiernach sicher, daß auch die auf dem Rayongesetze beruhenden Beschränkungen des Grundeigentums als Fälle der Enteignung zu betrachten sind und daß jedenfalls bei Abfindung durch Kapital die Entschädigungsfrage endgültig erledigt ist.

Art. 55. Rechtsprechung. 1. **RG. 71** 262, JW. **09** 411, R. **09** Ziff. 2290. Die für die Berechtigung zum Gebrauch eines Wappens maßgebenden landesrechtlichen Normen enthalten öffentliches Recht. Soweit daher vor dem 1. Januar 1900 das Recht zum Gebrauch eines Wappens gesetzlich oder gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, ist mit dem Inkrafttreten des BGB. hieran nichts geändert.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 998. Die in einem bundesstaatlichen Steuergesetz enthaltene Bestimmung, daß Aufrechnung nicht stattfindet, ist unbestreitbar öffentlich-rechtlichen Charakters. Denn die Vorschrift betrifft die Art der Steuererhebung; es kann deshalb nicht gesagt werden, daß sie, weil im Widerspruche mit dem BGB. und dem Art. 55 EG. stehend, ungültig sei. Nur nebenbei mag bemerkt werden, daß nach Art. 104 EG. auch die privatrechtlichen landesgesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf Rückerstattung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben aufrechterhalten sind.

3. BayObLG. **10** 26, R. **09** Ziff. 856. Im Markte Zunzenberg, RegBez. Niederbayern, galt niemals salzburgisches Recht, sondern mindestens seit 1903 bayerisches Landrecht.

Art. 59. I. Martin, BadNotZ. **09** 123. Das Erblehen oder der Erbbestand des badischen Landrechts (LRS. 1831 b a—b l) ist kein Rechtsinstitut des Lehenrechts, besonders kein sog. Bauernlehen.

II. Rechtsprechung. BadRpr. **09** 213 ff. (Karlsruhe). Das badische Stammgutsrecht ist durch das BadAGBGB. seit 1. Januar 1900 neu kodifiziert (Artt. 36 ff. AG.). Über das Verhältnis dieser Vorschriften zu der früher gültigen Regelung des Stammgutsrechts (BadLR. 2 Buch 5 577 c a ff.) wegen der zeitlichen Herrschaft fehlen landesgesetzliche Übergangsvorschriften. Nach allgemeinen Grundsätzen ist aber davon auszugehen, daß das vor dem 1. Januar 1900 gültige Recht auf den Fall anzuwenden ist, wenn die Agnaten oder Stammgutsanwärter gegen den Stammgutsinhaber oder dessen Allodialerben auf die Wiederanlage des Erlöses vor dem 1. Januar 1900 veräußerter Stammgrundstücke klagen.

Art. 62. 1. OLG. **18** 232, PosMSchr. **09** 44, R. **09** Ziff. 2132 (KG.). Die unter die §§ 3, 4 PrRentenguts G. v. 27. Juni 1890 und die §§ 5, 6 AnsiedelungsG. v. 26. April 1886 fallende Verpflichtung des Erwerbers eines Rentenguts, das Gut gegen Feuer und Hagel zu versichern, sowie eine Verfügungsbeschränkung dahin, daß das Eigentum an dem Gute nur an solche Personen übertragen werden darf, die hierfür die Genehmigung der Ansiedelungskommission erhalten, können mit dinglicher Wirkung begründet und in das Grundbuch eingetragen werden.

2. OLG. **18** 154 (KG. 13. 4. 08). Für den Begriff eines Rentenguts, bei welchem ein dingliches Wiederkaufsrecht begründet werden soll, ist nicht erheblich, daß die Höhe der vereinbarten Rente in einem bestimmten Verhältnisse zum Werte des Grundstücks stehen muß. (Abweichend Beschluß des KG. 12. 7. 06, Y. 794/06)

Art. 63. Martin, BadNotZ. **09** 123. Das Erblehen oder der Erbbestand des Bad. Landrechts (LRS. 1831 b a— b l) entspricht den in der germanistischen Doktrin unter der Bezeichnung des Kolonat- oder Erbpachtrechts zusammengefaßten bäuerlichen Nutzungsrechten. Mag nun das Recht des Nutz-(Unter-)eigentümers als Eigentum nach Art. 181 Satz 1 EGBGB. oder als ein Recht an fremder Sache gemäß Art. 184 aaO. aufrechterhalten sein, jedenfalls findet nach Art. 63 Satz 2 aaO. § 1017 BGB. darauf Anwendung und ist ferner LRS. 1831 b i u. 577 a b nicht mehr in Geltung, wohl aber LRS. 1831 b h als Sondervorschrift. Da zum Rechtsinhalt i. S. der Artt. 181 u. 184 aaO. auch die Übertragbarkeit gehört, ist nach wie vor LRS. 1831 b f obd. 1831 a g u. LRS. 1831 b g anwendbar.

Art. 65. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **09** 101. §§ 79, 12 II. 15 ALR., wonach für die Nichterfüllung der Pflicht für die Sicherheit der Schiffahrt zu sorgen nicht der Staat, sondern die pflichtvergessenen Beamten verantwortlich sind, sind durch Art. 65 EG. aufrechterhalten, denn sie geben besondere Vorschriften über eine die wasserrechtlichen Verhältnisse betreffende unerlaubte Handlung.

2. **RG.** RheinA. **106** II 233. Im Gebiete des früheren rheinischen Rechtes ist das Bett von Privatflüssen res nullius, desgleichen ein künstlich geschaffenes Flußbett, wenn es die alleinige Fortführung des Flusses bildet. Diese Bestimmungen (Artt. 538, 556—563, 640—643, 645, 714 code civil) sind durch Art. 89 Abs. 2 PrA. GBGB., Art. 65 EG. für das ehemalige rheinische Rechtsgebiet ausdrücklich aufrecht erhalten worden.

Art. 67. S. zu Artt. 52, 53.

Art. 69. **RG. 70** 306, JW. **09** 237, PrVerwBl. **30** 850, R. **09** Ziff. 1155. Aufrechterhalten ist die Vorschrift des § 14 PrWildschadenG. v. 11. Juli 1891 über den Ersatz des durch Schwarzwild entstandenen Schadens (vgl. § 64 PrJagdO. vom 15. Juli 1907).

Art. 73. **RG.** R. **09** Ziff. 3385. In Preußen gehört das Recht, Fähren und Prahmen zur Übersetzung für Geld zu halten, zu den niederen Regalien des Staates. Es sind auf dieses Recht daher die § 51 II. 15 u. §§ 21, 24, 76 II. 14 ALR. anwendbar. Hiernach liegt ein monopolisierter Gewerbebetrieb vor. Der Staat befördert Güter und Personen auf Grund privatrechtlicher Beförderungsverträge. Für diese sind die jeweils geltenden Privatrechtsnormen, jetzt also auch § 278 BGB. über die Haftung für Erfüllungspflichten maßgebend.

Art. 74. Rechtsprechung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **09** 1166, JW. **09** 474. Realgewerbegerechte, soweit sie noch bestehen, wie nach früherem Rechte (§ 5 Pr. GBO. v. 5. Mai 1872), dürfen auch nach dem heutigen auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks zwar eingetragen werden, diese Eintragung ist aber weder zur Begründung noch zur Übertragung der Berechtigung erforderlich (Art. 74 EG., § 64 Einl., §§ 69, 105 ff. ALR. I. 2, §§ 1 ff. I. 10 ALR., OVG. 8 272).

2. **RG. 67**, 222, GruchotsBeitr. **53** 09 (Beilageheft) 1170 ff., JW. **09** 72. Eine als Realgewerbeberechtigung verliehene Abdeckereigerechtigkeit kann von einem Grund-

stück auf ein anderes übertragen werden, sofern Wesen und Begriff der Abdeckereigerechtigkeit als einer Realgewerbeberechtigung keine wesentliche Veränderung erleiden.

3. BayObLG. **10** 27, BayRpflZ. **5** 132, SeuffBl. **09** 315, R. **09** Ziff. 857 (Bay. ObLG.). Realgewerberechte erlöschen durch zehnjährigen Nichtgebrauch, auch wenn sie während dieser Zeit als ruhend versteuert wurden und in das Hypothekenbuch eingetragen sind.

Art. 77. I. Gierke, Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten, DJZ. **09** 17 ff., stellt den in Deutschland bisher bestehenden Rechtszustand dar, wonach in den verschiedenen Bundesstaaten Staat und Gemeinde für den von ihren Beamten bei Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden entweder primär und ausschließlich an Stelle des Beamten haften oder nur nach Art eines Bürgen neben oder nach dem Beamten und bespricht den inzwischen Gesetz gewordenen preußischen Gesetzentwurf über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten. Das preußische Gesetz selbst wird besprochen von Martin, DJZ. **09** 1360 ff.

II. Rechtsprechung. (S. a. BGB. § 89 Ziff. 7) (S. für das rheinisch-französische Recht die Zusammenstellung RheinZ. **09** 104 ff.) 1. **RG.** R. **08** Ziff. 1220. Ein Landesrechtssatz, daß der Staat für Amtshandlungen seiner Beamten zu haften hat, auch wenn die Amtstätigkeit des Beamten (Gerichtsvollzieher) durch einen Auftrag der beteiligten Privatperson veranlaßt und hieraus eine vertragliche Haftung des Beamten entstanden ist, verstößt in seiner Tragweite nicht gegen Art. 77 EG.

2. RheinA. **1 06** 168 ff., RheinZ. **08** I 352 (Düsseldorf). Im Gebiete des früheren rheinischen Rechtes haften auch nach Einführung des BGB. der Staat und die Gemeinden auf Grund des Art. 1384 code civil in Verbindung mit Art. 77 EG. und Art. 89 Abs. 2 PrAG. für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt angerichteten Schaden. Deshalb und nach §§ 53, 57 RheinStädteO. v. 15. Mai 1856 und dem Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 sind die rheinischen Stadtgemeinden verantwortlich für Handlungen, welche die von ihnen angestellten und bezahlten Polizeibeamten in Ausübung der Polizeigewalt vornehmen. Dahin gehören auch Unterlassungen.

3. ElsLothJZ. **09** 65 ff. (Colmar). Als Ausübung öffentlicher Gewalt ist auch nicht etwa nur die unmittelbare und positive Ausübung eines polizeilichen Zwanges anzusehen, vielmehr sind darunter auch solche Handlungen, die nur die Vorbereitung eines polizeilichen Zwanges, insbesondere die Feststellung und der Bericht darüber, daß ein polizeilicher Zwang nötig sei, sowie die Unterlassung solcher Handlungen zu begreifen (**RG. 56** 88, **55** 364, JW. **04** 353). Die Ausübung der öffentlichen Gewalt stellt überhaupt nur den Gegensatz zu denjenigen Handlungen dar, die in Vertretung der privatrechtlichen Interessen des Staates von Beamten vorgenommen werden.

4. ElsLothrJZ. **09** 244 (Colmar). Unter Ausübung der öffentlichen oder obrigkeitlichen Gewalt ist die Ausübung von Hoheitsrechten zu verstehen. Als solche ist z. B. die Vollstreckbarkeitserklärung der Fronlisten und die Beitreibung rückständiger Frongeldbeträge anzusehen, nicht aber die Verteilung und Beaufsichtigung der Naturalleistungen.

5. SächsOLG. **30** 282 (Dresden). In Sachsen haftet der Staat nicht für ein Versehen, das ein bei einer Gefangenenanstalt angestellter Arzt bei der ärztlichen Behandlung eines Gefangenen begangen hat.

Art. 82. Hubrich, Über die Entstehung öffentlich-rechtlicher Korporationen in Preußen, ABürgR. **33** 22 ff. (S. a. BGB. §§ 21, 22 Ziff. 1, 89 Ziff. 1.) Vor dem BGB. war in Preußen, abgesehen von der Spezialgesetzgebung, welche Sein und Entstehen gewisser Arten öffentlich-rechtlicher Korporationen regelte, im ALR. II. 6 eine allgemeine Rechtsgrundlage vorhanden, auf welcher sowohl öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Korporationen entstehen konnten. Dieser

Titel ist auch nach dem 1. Januar 1900 Grundlage für die Bildung öffentlich-rechtlicher Korporationen geblieben (gegen Zorn-Rönne, Staatsrecht II 295, 298) und hierin durch Art. 89 PrAGBGB. nichts geändert worden. Denn die im Art. 89 § 1 c PrAGBGB. bestimmte Aufhebung der auf die Verfassung rechtsfähiger Vereine sich beziehenden Vorschriften von II. 6 ALR. gilt schlechthin nur für privatrechtliche Vereine. Man sah diese Bestimmungen für die privatrechtlichen, nach dem Inkrafttreten des BGB. durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangenden Vereine als entbehrlich an, da das BGB. selbst (§§ 25 ff.) der Verleihungsbehörde einen genügenden Einfluß auf eine angemessene Gestaltung der die Verfassung eines konzessionierten privatrechtlichen Vereins bestimmenden Vereinssatzung belasse. Soweit dagegen im ALR. II. 6 öffentliches Recht enthalten ist, ist dieser Titel unberührt geblieben, selbst mit Bezug auf privatrechtliche konzessionierte Vereine, soweit dabei öffentlich-rechtliche Bestimmungen in Frage kommen, wie es z. B. mit den dem Staate öffentliche Aufsichtsbefugnisse sichernden §§ 83, 85 der Fall ist. In betreff der Korporationen des öffentlichen Rechtes und zwar auch nach der Seite ihrer Entstehung und Verfassung gilt II. 6 an sich vollständig, da das BGB. in diese Materie nur mit § 89 eingegriffen hat. Der preußische Gesetzgeber kann zwar jederzeit auf Grund des Art. 31 PrVerfUrk. ein allgemeines Gesetz erlassen, welches die Bedingungen normiert, unter denen die Rechte einer Korporation des öffentlichen Rechtes erteilt oder verweigert werden. Bis auf weiteres gilt aber in dieser Beziehung noch II. 6 ALR., verbunden mit § 69 II. 10.

Art. 84. 1. *Giese, HirthsAnn. **08** 161—180, 278—307, 339—384. Nachdem in der Einleitung die grundlegenden Begriffe Orden, Kongregation, Bruderschaft, Niederlassung und Ordensangehörige erörtert sind, wendet sich der 1. Abschnitt dem Rechte der Ordensverbände zu. Er enthält ausschließlich öffentliches Recht; er legt die Prinzipien dar, von denen die preußisch-deutsche Ordensgesetzgebung gegenwärtig ausgeht, erläutert das Reichsjesuitengesetz und insbesondere das PrOrdensG. v. 31. Mai 1875 nebst seinen zahlreichen Novellen. Der 2. Abschnitt beschäftigt sich mit Errichtung und Aufhebung, weltlichen und geistlichen Rechtsverhältnissen der einzelnen Ordensniederlassungen. Jede Errichtung bedarf staatlicher Genehmigung; die Aufhebung von Ordensniederlassungen kann jederzeit durch Königl. Verordnung erfolgen. Erörtert wird sodann die Rechtsfähigkeit der Niederlassungen, besonders die Frage, ob sie in der Lage sind, auf andere Weise als durch Gesetz (gemäß Art. 13 PrVerfUrk.) Rechtsfähigkeit zu erlangen. In neuerer Zeit haben sich einige Ordensniederlassungen dadurch in den Besitz von Korporationsrechten zu setzen gesucht, daß ihre Mitglieder sämtlich oder teilweise einen „Verein" gründeten, diesen zum Vereinsregister anmeldeten und seine Eintragung erreichten. Hierdurch sollte der Verein nach den Vorschriften des BGB. (§§ 21, 55 ff.) als E. V. Rechtsfähigkeit erwerben. Die Judikatur des KG. hat die Zulässigkeit solcher Eintragungen verneint. Dieser Ansicht schließt sich der Verf. im Grundsatz an. Neuerdings haben die Ordensniederlassungen weiterhin versucht, durch Errichtung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung sich die Vorzüge der Stellung von juristischen Persönlichkeiten zu sichern. Die Zulässigkeit solcher Gründungen wird vom KG. verneint, von Kahl bejaht. Der Verf. entscheidet sich dahin: Die Errichtung oder Einkleidung einer Ordensniederlassung als GmbH. läuft der Vorschrift des Art. 13 PrVerfUrk. direkt zuwider und ist darum als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend nichtig. Nichtig ist auch der Zusammenschluß der Gesamtheit der Mitglieder einer Ordensniederlassung zu einer von dieser getrennten GmbH. zu dem Zwecke, daß der wirtschaftliche Erfolg dieser Gründung der der Rechtsfähigkeit entbehrenden Niederlassung zugute komme und ihr den Mangel der eigenen Korporationsrechte ersetze; denn hierdurch wird die Bestimmung des Art. 13 PrVerfUrk. umgangen. Dagegen steht der Gründung einer GmbH. durch einzelne Klosterangehörige oder

durch Treuhänder kein rechtliches Bedenken entgegen, weil durch eine solche Gründung nicht der gleiche wirtschaftliche Erfolg erreicht wird, den die geistliche Gesellschaft durch Erhebung zur Korporation zu verzeichnen hätte, also keine wirksame Gesetzesumgehung anzunehmen ist. Eingehend wird sodann auch die vermögensrechtliche Stellung (Erwerbsbeschränkungen) der Ordensniederlassungen dargelegt. Die geistlichen Angelegenheiten der Niederlassungen sind Gegenstand besonderer staatlicher Regelung; die einschlägigen Vorschriften gehören ausschließlich dem öffentlichen Rechte an.

2. Cuno, Der Erwerb der juristischen Persönlichkeit seitens der Ordens- und ordensähnlichen Genossenschaften der kath. Kirche nach dem im Deutschen Reiche geltenden Rechte (Leipz. Diss. 1908). Auf Grund der Feststellung, daß die Orden ꝛc. der kath. Kirche wie nach kath. Kirchenrechte (6 ff.), so auch nach deutschem Staatskirchenrechte (13 ff., 16 ff.) als dem kirchl. Organismus eingegliederte Körperschaften aufzufassen sind, als solche i. S. des staatlichen Rechtes aber erst mit der in allen deutschen Staaten für ihre Errichtung oder ihre einzelnen Niederlassungen erforderlichen staatl. Genehmigung existent werden (22, 24, 29, 32, 56), wird die Frage, inwieweit das den Rechtsfähigkeitserwerb der Orden betreffende Landesrecht durch das BGB. berührt worden ist, dahin beantwortet, daß I. Landesrecht noch maßgebend ist: 1. für die staatlich genehmigten Orden in den Staaten, in denen der katholischen Kirche grundsätzlich eine öffentlich-rechtl. Stellung eingeräumt ist, weil dort das sich auf die Einrichtung ihrer Organismusbestandteile beziehende Recht und damit auch das Sozialrecht der — soweit staatlich genehmigt — ja als „kirchliche" Verbände aufzufassenden Orden einschließlich des ihre Rechtsfähigkeit betreffenden Rechtssatzes als zu einem Teile der öffentlichen Rechtsordnung des betreffenden Staates erhoben zu erachten ist — vgl. Art. 55 EGBGB. (51 ff., 65 ff.). Hiergegen kann auch nicht aus Art. 84 EGBGB. (e contrario) argumentiert werden, da unter dessen „Religions- und geistl. Gesellschaften" nur die nach Landesrecht privaten zu begreifen sind (56 ff.); 2. für alle Orden da, wo nach Landesrecht eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur durch ein Gesetz im formellen Sinne — nicht auch da, wo sie sie durch eine landesherrliche Verordnung ꝛc. — erlangen kann, auf Grund des — richtiger Ansicht nach strikte zu interpretierenden — Art. 84 EGBGB. II. Im übrigen ist seit dem 1. Januar 1900 das BGB. maßgebend, da die nicht genehmigten Orden, ebenso wie die genehmigten in den Staaten, in denen der katholischen Kirche lediglich die Stellung einer privaten Religionsgesellschaft zuzuerkennen ist, höchstens als privatrechtliche Vereine zu religiösen Zwecken — zur Führung eines ordensartigen Lebens — anzusprechen sind (67, 60 ff., 65). Eine öffentlich-rechtliche Stellung ist nun der katholischen eingeräumt in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Sa.-Weimar, Braunschweig, den beiden Mecklenburg, Oldenburg, Sa.-Coburg-Gotha, Schaumburg-L., Lippe, Bremen, Hamburg und Elsaß-Lothringen (61 ff.). Hier gilt also hinsichtlich der staatlich genehmigten Orden noch das — öffentliche — Landesrecht. Bestimmt dieses übrigens, daß ein Orden, auch wenn er staatlich genehmigt ist, juristische Persönlichkeit erst noch besonders in einer bestimmten Weise zu erwerben hat, so kann ein solcher sich auch nicht einstweilen dadurch, daß er sich in das Vereinsregister eintragen läßt, als „E. V." Rechtsfähigkeit verschaffen, denn das würde dem grundsätzlichen, auch vom BGB. gegenüber dem Landesrechte respektierten Verhältnisse des Privat- zum öffentlichen Rechte widersprechen (68 ff.). Eine dem Art. 84 entsprechende Bestimmung endlich findet sich, abgesehen vom Art. 13 PrVerfUrk., in dem Lübeckischen AGBGB. § 2. — Demgegenüber hält Friedberg in seiner Besprechung der Arbeit, Deutsche Zeitschr. f. Kirchenrecht **19** 273, an seiner Ansicht fest, daß das BGB. nur das dem Art. 84 entsprechende Landesrecht unberührt lasse, im übrigen aber „sich auf alle geistlichen Gesellschaften beziehe ohne Unterschied, ob sie öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen

Religionsgesellschaften zugehören", mit der Begründung, daß „in Preußen die katholische Kirche öffentlich-rechtliche Korporation sei, ihre Klöster usw. daher nach Meinung des Verf. außerhalb des Rahmens der reichsgesetzlichen Regelung fallen würden, diese aber tatsächlich nichtsdestoweniger erhalten hätten", indem bei Aufstellung des Art. 84 auf das preuß. Recht bestimmt Bezug genommen und jener hauptsächlich, um es aufrechtzuerhalten, statuiert worden sei.

Art. 86. Literatur: Bogeng, Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen nach deutschem Reichs- und Landesprivatrecht. Berlin 1908. (Monographie über die Amortisationsgesetzgebung.)

Rechtsprechung. BadNotZ. **09** 28 (Karlsruhe). Eine Zuwendung, bei der das Moment der Bereicherung fehlt, ist nicht eine Schenkung an die tote Hand, die zu ihrer Wirksamkeit nach Art. 86 EGBGB § 8 BadAGBGB. der staatlichen Genehmigung bedürfen würde.

Art. 95. Schmid, WürttRpflZ. **09** 339. Welche Bedeutung hat die Vorschrift des § 617 BGB. für das württembergische Gesinderecht? (GesindeO. v. 1899), führt aus, daß die Vorschrift des § 617 BGB. durch Art. 95 Abs. 2 EG. in Verbindung mit dem WürttKrankenpflegeVersG. nicht ganz außer Anwendung gekommen ist.

Art. 96. RheinA. **106** I 9 ff. (Cöln). Der Leibgedingsvertrag soll nach Art. 96 durch die Landesgesetzgebung geregelt werden, aber nur hinsichtlich des obligatorischen Verhältnisses und insoweit, als eine besondere Vereinbarung von den Parteien nicht getroffen wird. Auch ist notwendige Voraussetzung der landesgesetzlichen Regelung, daß der Vertrag mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehen muß. Zu seinem Wesen im Sinne des Art. 15 AG. v. 20. September 1899 gehört aber nicht die dingliche Bindung. Die Verpflichtung zur Gewährung von Nutzungen und Leistungen zum Unterhalt einer Person muß aber rechtlich und wirtschaftlich mit der Übertragung eines Grundstücks zusammenhängen.

Art. 97. Mücke, Das Gesetz vom 1. Juni 1909, betreffend Änderung des BankG. und das preußische Staatsschuldbuch, DJZ. **09** 1484 ff., führt aus, daß diese Novelle zum RBankG. v. 14. März 1875 insofern bedenklich ist, als sie im Art. 6 unter Ziff. II bestimmt, daß die Reichsbank befugt sein soll, innerhalb bestimmter Grenzen zinsbare Darlehen im Lombardverkehr auch gegen Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder das Staatsschuldbuch eines deutschen Staates eingetragen sind, zu erteilen. Denn wenn auch Reichsrecht vor Landesrecht geht, so trifft das nicht zu für die Materien, welche der Landesgesetzgebung ausdrücklich vorbehalten sind. Zu diesen gehört aber nach Art. 97 Abs. 1 EG. das landesgesetzliche Schuldbuch. Das preußische Schuldbuchgesetz kann also nicht durch Reichsgesetz abgeändert werden.

Art. 105. I. Lissauer, DJZ. **09** 768, verneint, daß § 254 BGB. auch in den Fällen des § 25 PrEisenbahnG. v. 3. November 1838 anzuwenden ist, da nach Art. 105 EG. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach denen der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebs für den aus dem Betrieb entstandenen Schaden im weiteren Umfange haftet, als nach dem BGB. Diese weitere Haftung bestimmt § 25 insofern, als er sie ohne Nachweis eines Verschuldens eintreten läßt und sie, abgesehen von höherer Gewalt, nur durch das eigene Verschulden des Beschädigten nicht auch dasjenige Dritter ausschließt. S. auch o. zu § 254 Ziff. 1 d α.

II. Rechtsprechung. §§ 254, 831 BGB. EisenbE. **25** 24 (Posen). Aus § 25 PrEisenbG. v. 3. November 1838 haftet die Eisenbahn einem Spediteur für den Schaden, der vom Zuge infolge fahrlässiger Überschreitung der Bahn durch den Kutscher an dem Gespann angerichtet worden ist. § 254 BGB. ist auf Fälle des § 25 EisenbG. nicht anwendbar.

Art. 113. **RG. 70** 77, EisenbE. **25** 317, JW. **09** 63, DJZ. **09** 266, R. **09** Ziff. 296. Das Nutzungsrecht der Anlieger einer öffentlichen Straße an dieser ist keine

Grundgerechtigkeit. Der Anspruch auf Eintragung dieses Rechtes im Grundbuch ist nicht begründet, auch nicht für die vor dem 1. Januar 1900 begründeten Rechte. Für das neue Recht würde sich die Notwendigkeit der Eintragung neubegründeter Anliegerrechte trotz Artt. 113, 128 EG. ergeben, weil §§ 13 ff. I. 22 ALR. aufgehoben sind. Das Anliegerrecht ist ein dem Privatrecht angehörendes Nutzungsrecht an einer öffentlichen Straße mit servitutähnlichem Charakter und bleibt es, auch wenn man den zur Begründung herangezogenen Vertrag dem öffentlichen Rechte unterstellt (§§ 36 ff., 66 ff. I. 8 ALR., FluchtlinienG. v. 2. Juli 1875). Ob man einen Vertrag oder einen vertragsähnlichen Rechtsakt unterstellt, ist gleichgültig, man kann den Anspruch auch unmittelbar aus dem Gesetz ableiten. Jedenfalls sind nicht die Formen des Privatrechts, sondern die des öffentlichen Rechtes maßgebend, die dem Landesrecht angehören und von den Vorschriften des BGB., z. B. § 873 BGB., nicht berührt werden. Dasselbe gilt nach Art. 113 EG. von dem daraus entsprungenen privatrechtlichen Anspruche, denn unter der erwähnten Regulierung der Wege sind auch die Verhältnisse der städtischen und Dorfstraßen, besonders die aus der Baufluchtregulierung sich ergebenden zu verstehen.

Art. 119. Bornhak, Die Zulässigkeit landesgesetzlicher Beschränkungen bei der Veräußerung von Grundstücken, GesuR. **09** 99 ff. Durch Art. 119 EG. ist dem Landesrecht ausdrücklich die Befugnis vorbehalten, die Grundstücksveräußerungsfreiheit zu beschränken. Auch das Freizügigkeitsgesetz kann hieran nichts ändern.

Art. 124. Rechtsprechung (s. auch zu Art. 184). 1. **RG.** RheinZ. **2** 66 ff., RheinA. **105** I 43 ff. (Cöln). Der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten der unter der Herrschaft des code civil errichteten Scheidemauer geht gegen den jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks auch dann, wenn der Nachbar erst nach dem 1. Januar 1900 den Giebel für den Bau zu benutzen begonnen hat. Vgl. Cöln, RheinA. **103** I 30—35.

2. **RG.** RheinZ. **2** 66 ff., RheinA. **106** I 79 (Düsseldorf). Der Grundstückseigentümer, welcher bei Errichtung eines Gebäudes die zur Hälfte auf sein Grundstück übergebauten Giebelmauern des Nachbarhauses in Benutzung nimmt, hat dem derzeitigen Nachbareigentümer die halben Baukosten der Giebelmauern zu ersetzen (Art. 663 code civil).

3. S. wegen der Rechtsprechung über die Scheidemauern Dronke, RheinZ. **08** I. 106 ff., Lunglmayr, das. **09** 323 und zu Art. 184.

Art. 126. HessRspr. **9** 137 (Darmstadt). Art. 126 EG. überläßt der Landesgesetzgebung nur die Regelung der Übertragung von Eigentum eines Kommunalverbandes an einen anderen Kommunalverband und spricht nicht etwa allgemein von öffentlichen Gemeinwesen oder Korporationen des öffentlichen Rechtes. Der Vorschrift unterliegen daher nur politische Verbände, nicht Kirchengemeinden, Pfarreien (HessG. v. 6. August 1902, betr. Eigentum von Kirchen). Die Landesgesetzgebung ist aber nach Art. 189 EGBGB. befugt, die Vorschriften des bisher geltenden Rechtes für den Eigentumsübergang auch nur einer bestimmten Art, z. B. der Kirchengrundstücke, mit der Maßgabe zu ändern, daß sie mit der Anlegung des Grundbuchs für den betreffenden Bezirk nicht mehr maßgebend sind.

Art. 130. Goetze, Das Recht zum Taubenfange, GesuR. **09** 39 ff.

Art. 133. I. Alff, Zur Lehre vom heutigen, im landrechtlichen Gebiete Preußens geltenden Privatrechte des res sacrae unter besonderer Berücksichtigung der Grabstätten und Kirchenstühle (Münstersche Diss. 1909), behandelt die privatrechtlichen Besonderheiten der r. s. (im weitesten Sinne, nämlich der dem gottesdienstlichen Gebrauche gewidmeten Sachen und der Begräbnisstätten), wie sie sich im landrechtlichen Gebiete Preußens unter dem heute geltenden Rechte nach den Veränderungen gestalten, die das BGB., das EG. und das AG. gebracht haben. Die Besonderheiten der r. s. im landrechtlichen Gebiete Preußens zeigen sich namentlich in

einer Beschränkung der Verkehrsfähigkeit, die ihren Grund entweder darin hat, daß gewisse r. s. infolge landesrechtlicher, dem öffentlichen Rechte angehörender Bestimmungen die Rechtsstellung von res publicae haben, oder darin, daß besondere Vorschriften des Landesprivatrechts auf den vorbehaltenen Gebieten die Verkehrsfähigkeit gewisser r. s. beschränken. Das Maß richtet sich nach den Benutzungsberechtigten. Als solche kommen insbesondere die „vom Staate ausdrücklich aufgenommenen", die „im Staate aufgenommenen" und die „geduldeten" Kirchengesellschaften in Betracht. Die in der Benutzung der beiden erstgenannten Kirchengesellschaften und der Zivilgemeinden stehenden Begräbnisstätten sind als öffentliche anzusehen. Die Grabbenutzungsrechte an ihnen zerfallen in Rechte zur Benutzung eines einfachen Grabes, gewöhnlich in der Reihe, und Rechte zur Benutzung einer bevorzugten Grabstätte. Letztere Rechte, stets privatrechtlicher Natur, werden entweder für eine bestimmte Person oder auch deren Angehörige oder Erben oder den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks oder auch dessen Angehörige oder Erben gewährt und beruhen auf Vertrag, Ersitzung oder Gesetz (z. B. Rechte des Patrons). Wichtig für die Frage nach der Rechtsnatur, insbesondere dem dinglichen oder obligatorischen Charakter der Rechte zur Benutzung bevorzugter Grabstätten ist die Scheidung in v o r und in n a ch dem 1. Januar 1900 begründete Rechte. Die n a ch dem 1. Januar 1900 begründeten Rechte sind in der Regel nicht dinglich. Ein einfaches Grab wird entweder im öffentlichen Interesse oder auf Grund privatrechtlicher Ansprüche gewährt; letzteres in den Fällen des § 188 in Verbindung mit §§ 108—110, 183, 453 ff., 761 II. 11 und 72 II. 6 ALR., des § 189 II. 11 und des § 190 II. 11 ALR. (vgl. **RG. 12** 283 und **62** 361). Grabdenkmal und sonstige Grabausstattungsgegenstände — für Pflanzungen und Grabgebäude gelten Besonderheiten — sind, mag es sich um eine einfache oder bevorzugte Grabstätte handeln, mag ein dingliches Recht vorliegen oder nicht, in der Regel weder nach § 93, noch nach § 94 BGB. wesentliche Bestandteile des Grabgrundstücks. Der menschliche Leichnam ist eine Sache, die als entseelte Hülle einer Persönlichkeit eine Sonderstellung einnimmt. Mit dem Tode tritt an die Stelle des dem Menschen kraft seiner Persönlichkeit innewohnenden Selbstbestimmungsrechts ein — in der Regel den Angehörigen zustehendes — beschränktes Verfügungsrecht über den Leichnam, das auf die späteren Familienglieder übergeht, soweit man bei ihnen noch von einem Pietätsverhältnisse zu dem Verstorbenen sprechen kann. Dem öffentlichen Gottesdienste gewidmet sind die Gebäude der „vom Staate ausdrücklich aufgenommenen" und der „im Staate aufgenommenen" Kirchengesellschaften. Bezüglich der Rechte zur Benutzung eines Kirchenplatzes ist zu scheiden zwischen den unterschiedslos der Allgemeinheit freigegebenen und den für bestimmte Personen oder Familien oder jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks unter namentlicher Bezeichnung derselben gewährten Kirchenstühlen. Im wesentlichen gelten für das Recht zur Benutzung eines besonderen Kirchenstuhls — von der bloß precario gestatteten Benutzung abgesehen — die für die Benutzung einer bevorzugten Grabstätte entwickelten Regeln. Der Kirchenstuhlberechtigte ist denjenigen Beschränkungen seines Rechtes unterworfen, welche im allgemeinen, der Zweckbestimmung des gottesdienstlichen Gebäudes entsprechenden Interesse erfolgen. Gegen derartige Beschränkungen ist der Rechtsweg ausgeschlossen (s. GruchotsBeitr. **48** 138 ff., PrVerwBl. **07** 63).

II. R e ch t s p r e ch u n g. 1. **RG.** JW. **09** 410. Nach der Entwickelung, die in neuerer Zeit die Volkssitte in Deutschland genommen hat, liegt kein Grund vor, dem Inhaber einer Begräbnisstätte das Recht auf Beisetzung der Aschenüberreste einer der Feuerbestattung übergebenen Leiche an dieser Stelle abzusprechen. Dies ist nach gemeinem deutschen, durch EG. Art. 133 (für Hamburg) aufrechterhaltenen Rechte der Fall.

2. **RG. 71** 20, JW. **09** 328, R. **09** Ziff. 1688. Ein israelitischer Friedhof, der zwar das Unternehmen eines Privatvereins ist, aber für einen größeren Kreis von Menschen

zur Benutzung dargeboten wird, ist eine öffentliche Begräbnisstätte im Sinne des Art. 133. Auch wird hier das Recht der Benutzung in so weitem Sinne verstanden, daß die wegen der Ausgrabung beerdigter Leichen entstehenden Rechtsfragen darunter mitbegriffen sind.

Art. 134. Rechtsprechung. 1. KGJ. **37** A 75. In Preußen erfordert die religiöse Erziehung des Mündels nicht dessen Unterbringung in eine Familie gleichen Bekenntnisses. Wegen der Unterbringung in einer andersgläubigen Familie kann das Vormundschaftsgericht nur dann gegen den Vormund einschreiten, wenn mit der Unterbringung außergewöhnliche Unzuträglichkeiten für den Mündel verbunden sind. Durch Art. 134 ist den Landesgesetzen die Regelung des Begriffs der religiösen Erziehung vorbehalten. Sie ist in Preußen nicht erfolgt, also sind §§ 77, 78, 81—84 II. 2 ALR. aufrechterhalten.

2. SeuffA. **64** 233, SchlHolstAnz. **09** 209, HansGZ. **09** Beibl. 65, ZJPR. **09** 226 ff. (Hamburg). Über die religiöse Erziehung verwaister Kinder aus Mischehen bestehen in Hamburg keine Vorschriften. Nach internationalem Privatrecht entscheidet im Zweifel nach der in Deutschland herrschenden Anschauung das Recht des Staates, dem der Vater angehört.

Art. 135. Literatur: Best, Zulässigkeit der Zwangserziehung beim Fehlen territorialer Beziehungen zum Großherzogtum Hessen, HessRspr. **9** 66 ff.

Rechtsprechung. 1. OLG. **18** 281, HansGZ. **09** Beibl. 274 (Hamburg). Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für Zwangserziehungen bestimmt die Landesgesetzgebung (§§ 143, 189 FGG.).

2. RheinA. **105** 119 (Düsseldorf). Der im § 16 PrFürsErzG. v. 2. Juli 1900 dem Kommunalverbande gegen den Vater des Zöglings gegebene Rückforderungsanspruch unterliegt nicht der Beschränkung des § 1613 BGB.; denn nach Art. 103 EG. sind die Vorschriften der Landesgesetze über die Unterhaltspflicht öffentlich-rechtlicher Verbände und ihren Erstattungsanspruch gegenüber den nach dem BGB. unterhaltspflichtigen Personen unberührt geblieben. Die Landesgesetzgebung kann dieses Gebiet nach Art. 21 von neuem regeln. Das PrFürsErzG. läßt aber den privatrechtlichen Anspruch nicht auf den Kommunalverband übergehen, sondern gewährt ihm den Erstattungsanspruch als öffentlich-rechtlichen schlechthin. Dieser wird also durch § 1613 BGB. nicht beschränkt. S. a. BGB. § 1613 Ziff. 3.

3. SächsOVG. **12** 150. Die mit dem Willen des Erziehungsberechtigten erfolgende Unterbringung eines Minderjährigen ist keine Zwangserziehung. In diesem Falle bedarf es daher keiner Anordnung des Vormundschaftsgerichts.

Art. 136. KGJ. **37** A 59. Zu den unter der Verwaltung einer Gemeindebehörde stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalten, deren Vorstand für die in der Anstalt untergebrachten Minderjährigen die Rechte und Pflichten eines Vormundes hat, gehören auch diejenigen städtischen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, für die besondere, von der Gemeindeverwaltungsbehörde als solche zu beaufsichtigende Verwaltungen eingesetzt sind (Art. 78 §§ 1—3 PrAG.).

Art. 141. **RG.** RheinZ. **08** I 118 ff. Auch nach neuem Rechte sind die Bürgermeister in Elsaß-Lothringen nicht zuständig zur Beglaubigung der Unterschriften unter Privaturkunden.

Art. 144. R. **09** Ziff. 1916 (Colmar). Die Sicherheitsleistung, von welcher das Prozeßgericht die Vollstreckung seines Urteils abhängig machen kann, braucht nicht bei derjenigen Hinterlegungsstelle, welche landesgesetzlich für das Prozeßgebiet bestimmt ist, sondern kann bei jeder im Deutschen Reiche landesgesetzlich zur Entgegennahme von Sicherheitsleistungen bestimmten öffentlichen Hinterlegungsstelle bewirkt werden (§§ 144, 145 EG.).

Übergangsvorschriften.

Art. 155. ElsLothJZ. **08** 541, ZBlFG. **9** 326 (Colmar). Auf den Wohnsitz eines vor dem 1. Januar 1900 entmündigten Geisteskranken finden die Bestimmungen des BGB. Anwendung. (Art. 155 EG.) Der Entmündigte hat deshalb nach diesem Zeitpunkte, bis zu dem er nach Art. 198 Code civil seinen Wohnsitz bei seinem Vormunde hatte, diesen an dem Orte, wo er mit seines Vormundes Willen seine Niederlassung hat (§§ 7, 8 BGB.), somit in der Anstalt, in der er als unheilbarer Geisteskranker mit Willen des Vormundes zur dauernden Verpflegung untergebracht ist.

Art. 163. Rechtsprechung. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2133. Ein im Jahre 1861 gegründeter Verein, dessen neueste Statuten aus dem Jahre 1896 datieren und der auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht in das Vereinsregister eingetragen wurde, untersteht dem alten Rechte.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 398 ff. Mitglieder einer unter der Herrschaft des PrALR. errichteten Erwerbsgesellschaft, die nach dem Inkrafttreten des BGB. als nicht rechtsfähiger Verein zu behandeln ist, haften aus einem vor diesem Zeitpunkte geschlossenen, aber erst später gültig gewordenen Vertrag als Gesamtschuldner (ALR. I. 17 § 239, BGB. §§ 54, 427, 714).

3. **RG.** BadRpr. **09** 13 ff., BadRpr. **09** 122 ff., R. **09** Ziff. 297 (Vorentsch. OLG. Karlsruhe). Nach dem vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen badischen Rechte besaß eine freiwillige Feuerwehr nicht die Eigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes.

Art. 164. **RG.** R. **09** Ziff. 2291. Ein genossenschaftlicher Verband, der aus einer ihm gehörenden Quelle mittels einer Wasserleitung Wasser an die Verbandsmitglieder abgibt und von diesen zur Unterhaltung der Anlage bestimmte Beiträge einzieht, ist als ein einer Realgemeinde ähnlicher Verband im Sinne des Art. 164 anzusehen. Das Gesetz will den der Realgemeinde ähnlichen Verbänden im weitesten Sinne des Wortes den bisherigen Rechtszustand erhalten.

Art. 169. 1. RheinA. **105** I 88 (Cöln). Auch die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen vertragsmäßigen Ersatzansprüche des Verpächters verjähren nach § 558 BGB. in sechs Monaten.

2. **RG. 70** 68, JW. **09** 43. Zinsen aus einem vor dem 1. Januar 1900 im Gebiete des ALR. erlassenen Urteile verjähren seit dem 1. Januar 1900 ohne Unterschied in vier Jahren, weil der Zinsenanspruch, als das BGB. in Kraft trat, noch nicht verjährt war. Zwar verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch nach § 218 Abs. 1 BGB. in 30 Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Die Ausnahme betrifft aber nur rechtskräftig festgestellte rückständige Leistungen (JW. **05** 335 Ziff. 2).

3. **RG.** ZAktWes. **16** 282. Ist die Eintragung des Konkurses einer offenen Handelsgesellschaft vor dem 1. Januar 1900 kraft Landesrecht erfolgt, so kommt Art. 169 Abs. 2 nicht zur Anwendung.

Art. 170. Recht der Schuldverhältnisse (s. auch zu Artt. 7, 11, 184, 187, 189, 192, 195). Rechtsprechung. 1. Erfüllung. ElsLothJZ. **09** 360 (Colmar). Bei Schuldverhältnissen, die unter der Herrschaft des alten Rechtes entstanden sind, ist das Erfüllungsgeschäft, wenn es nach dem 1. Januar 1900 vorgenommen wird, nach dem neuen Rechte zu beurteilen.

2. Schadensersatz (vgl. zu Art. 96). OLG. **18** 158 (KG.). Bei bloß obligatorischer Überlassung des Hofes an einen neuen Besitzer ohne Übernahme der Altenteilsleistungen kann der Altsitzer Entschädigung in Geld verlangen (Artt. 184, 218 EG., Art. 15 PrAGBGB.).

3. Rechnungslegung (§ 259 BGB.). ElsLothJZ. **09** 183, DJZ. **09** 440 (Colmar). Ist für ein Schuldverhältnis das bisherige Recht maßgebend, so bestimmt

sich nach diesem nicht bloß der Gegenstand, sondern auch Zeit und Ort der Erfüllung. Dagegen hat, was zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist, das Erfüllungsgeschäft selbst, nach neuem Rechte zu geschehen, so eine Rechnungslegung nach § 259 BGB., die der Rechnungspflichtige nach Art. 1993 code civil zu machen hat.

4. Vorvertrag (§ 313). **RG.** R. **09** Ziff. 1336. Ein unter der Herrschaft der ALR. geschlossener Vorvertrag auf Auflassung eines Grundstücks nach Verlangen des Vertragsgegners kann auch nach dem 31. Dezember 1899 durch einfache schriftliche Aufforderung seine Vollkommenheit erlangen.

5. Vertragsstrafe. a) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 404. Der § 138 BGB. ist auch auf das vor dem 1. Januar 1900 abgegebene Versprechen einer Vertragsstrafe, das an sich unter den Art. 284 HGB. (aF.) fällt, anwendbar. b) ElsLothJZ. **09** 530 (Colmar). Das unter der Herrschaft des französischen Rechtes abgegebene Versprechen einer hohen Vertragsstrafe ist weder an sich noch im Zusammenhange mit anderen Vertragsbedingungen nach heutigem Rechte als mit den guten Sitten unvereinbar und nichtig anzusehen. [Art. 1231 code civil.]

6. Aufrechnung. R. **09** Ziff. 1157 (Breslau). Ob die Aufrechnung einer erst nach 1900 entstandenen Gegenforderung gegen eine nach 1900 fällig gewordene Rente aus einem vor 1900 geschlossenen Vertrage zulässig ist, ist nach neuem Rechte zu entscheiden.

7. Erlaß (§ 397). **RG.** R. **09** Ziff. 1156. Ein Anerkenntnis des Nichtbestehens einer altrechtlichen Schuld (§ 397 Abs. 2 BGB.) ist nach dem 1. Januar 1900 nach BGB. zu beurteilen.

8. Verträge zugunsten Dritter (§§ 328 ff.). **RG.** JW. **09** 10. Das Recht eines Dritten, aus einem unter ALR. (§§ 74 ff. I. 5) geschlossenen Vertrag über den Vorteil eines Dritten ein eigenes Recht gegen den Übernehmer einer Verbindlichkeit durch Beitritt zu erlangen, ist durch das BGB. nicht geändert worden. Der Beitritt braucht aber nach dem Inkrafttreten des BGB. in keiner besonderen Form mehr erklärt zu werden. S. o. BGB. § 328 Ziff. 10.

9. Haftung von Vereinsmitgliedern. HansGZ. **09** Beibl. 30, 28 (Hamburg). Für ein nach 1900 abgeschlossenes Rechtsgeschäft eines seitdem nicht mehr rechtsfähigen Vereins haften die für ihn Abschließenden persönlich.

10. Vollmacht. Erlöschen. KGJ. **37** A 231. Die unter der Herrschaft des ALR. einem Rechtsanwalte für den Machtgeber und dessen Erben erteilte Generalvollmacht erlischt nicht durch den nach dem 1. Januar 1900 eintretenden Tod des Machtgebers; denn die Vollmacht ist nach dem BGB. kein Schuldverhältnis, Art. 170 enthält aber keine Übergangsvorschrift für die bei Inkrafttreten des BGB. bestehenden Vollmachten.

Art. 181. HansGZ. **09** 137 ff., R. **09** Ziff. 700 (Hamburg). Die den Inhalt des Eigentums regelnden Vorschriften der §§ 903 ff. BGB. finden auch auf Eigentumsverhältnisse Anwendung, die schon vor dem 1. Januar 1900 bestanden. Die Rechte aus dem Überbaue, welche § 912 gewährt, kann daher der Eigentümer des überbauten Grundstücks auch dann geltend machen, wenn der Überbau schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist.

Art. 182. ThürBl. **56** 11 (Jena). Nach Meiningischem Partikularrecht ist das Stockwerkseigentum Sondereigentum der Stockwerkseigentümer an ihren Stockwerken. Es kann im Wege der Teilungssubhastation nicht geteilt werden. Denn es besteht, trotzdem einzelne Räume, z. B. Hausflur und Treppen, ferner Grund und Boden mit Hauptmauer und Dach in gemeinschaftlichem Eigentume stehen können, überhaupt keine bruchteilmäßige oder sonstige Gemeinschaft am Gebäude als Ganzem, deren Zerlegung rechtlich denkbar wäre (§§ 180 ff. ZVG.).

Art. 184. (S. auch zu Artt. 124, 181.) 1. ElsLothJZ. **09** 417 ff., RheinZ. **08** 120 ff. (Colmar). Nach § 69 ElsLothAGBGB. steht die Scheidemauer nicht

mehr im gemeinschaftlichen Eigentume der beiden Nachbarn, sondern jeder Nachbar bleibt Eigentümer desjenigen Mauerteils, der sich auf seinem Grund und Boden befindet. Nur die gemeinschaftliche Benutzung steht jedem von beiden Nachbarn zu, dem aber, der sich bei der Errichtung der Mauer nicht beteiligt hat, auf Verlangen des anderen erst nach Bezahlung des halben Wertes der Mauer. Ferner muß jeder Nachbar die Errichtung einer Scheidemauer zur Hälfte auf seinem Grundstücke dulden. Es liegt ihm aber nicht mehr die persönliche Verpflichtung ob, zu den Kosten des Baues der von dem Nachbarn aufgeführten Abschlußmauer beizutragen und einen entsprechenden Anteil des ihm gehörenden Bodens herzugeben. Im übrigen ist an dem bisherigen Rechte (Art. 663 code civil) nichts geändert worden.

2. **RG.** RheinA. **105** II 242. Nach rheinisch-französischem Rechte erwirbt der Grundstückseigentümer dadurch, daß er die Grenzmauer seines Nachbars unter dessen Duldung bei einem Anbau in Benutzung nahm, das dingliche Recht, die Grenzmauer sowohl wie bisher weiter zu benutzen als auch sie jederzeit gemeinschaftlich zu machen. Dieses Recht ist durch das Inkrafttreten des BGB. nicht berührt.

3. HessRspr. **9** 76 ff. (LG. Mainz). Die unter altem Rechte entstandene und eingetragene gesetzliche Hypothek des Mündels am Vermögen des Vormundes ist unter dem neuen Rechte wirksam geblieben, selbst wenn nach dem 1. Januar 1900 die Vormundschaft beendigt und die elterliche Gewalt dafür eingetreten ist.

4. (Art. 48 Abs. 2 BayAG.), BayRpflZ. **09** 436, SeuffBl. **09** 775, R. **09** Ziff. 2968 (BayObLG.). Das in eine persönliche Dienstbarkeit umgewandelte Wohnungsrecht kann nur an demjenigen Grundstücke fortbestehen, das mit dem Wohnhaus überbaut ist.

5. MecklZ. **09** 245, ZBlFG. **9** 738 Ziff. 691 (Rostock). Es ist anerkannten Rechtens, daß aus Art. 184 EGBGB. gerade der Rechtssatz zu entnehmen ist, daß die Frage des Fortbestandes eines beim Inkrafttreten des BGB. bereits bestehenden dinglichen Rechtes nicht dessen Vorschriften über die Entstehung eines solchen Rechtes unterliegt.

Art. 187. **RG.** SeuffA. **64** 450. Durch eine vom vertragsmäßigen Benutzungsrechte nur unwesentlich abweichende Benutzung (fehlerhaften Gebrauch) erlischt eine Grundgerechtigkeit nicht.

Art. 189. (Vgl. Artt. 181, 184, 187.) 1. **RG.** SeuffBl. **09** 734, JW. **09** 653. Bis zur Anlegung des Grundbuchs wird das Eigentum an einem Grundstücke nach dem früheren Rechte erworben. Damit ist aber der dingliche Vertrag, durch den das Eigentum erworben wird, nicht auch der auf Herbeiführung dieses Erwerbes gerichtete, den Rechtsgrund bildende obligatorische Vertrag gemeint. Für diesen ist nach Artt. 1, 55, 170 EG. § 313 BGB. maßgebend. S. a. BGB. § 313 Ziff. IV 4.

2. BadRpr. **09** 92, RheinZ. **09** I 353 ff. (Karlsruhe). Die Ausnahmebestimmung des Art. 189 bezog sich nach übereinstimmender Ansicht in Theorie und Praxis nur auf den den Eigentumsübergang unmittelbar bezweckenden Rechtsvorgang, nicht auf das ihm zugrunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten, für das unter der Herrschaft des BGB. allein § 313 Satz 1 BGB. maßgebend war, ohne Rücksicht darauf, ob das Grundbuch als angelegt anzusehen war oder nicht. In Baden konnte daher nach dem 1. Januar 1900 ein Grundstücksveräußerungsvertrag nicht mehr in der formlosen Weise des LRS. 1582 geschlossen werden.

Art. 190. **RG. 71** 63 ff., DJZ. **09** 826, R. **09** Ziff. 1902. Art. 190 ist auch auf Grundstücke anzuwenden, die in dem Zeitpunkte, wo die Grundbücher als angelegt anzusehen waren, für das Privatrecht noch nicht vorhanden waren (z. B. Anlandungen in Flüssen, sondern als solche z. B. infolge Veränderung des Laufes eines öffentlichen Flusses und seines Bettes) erst später entstanden und fähig geworden sind, im Privateigentume zu stehen.

Art. 192. OLG. **18** 117, 118, ZBlFrG. **9** 637 (Nr. 592) (Braunschweig). Eine einer vom Eigentümer vor 1900 nach braunschweigischem Rechte bestellten Hypothek zugrunde liegende aber simulierte Forderung, die eingetragen wird, um den Betrag der Hypothek für den Eigentümer vor dem Zusammenbruche zu retten, hat kein Pfandrecht begründet.

Art. 195. BayObLG. **10** 261 ff. Eine Hypothek, die vor dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für angelegt anzusehen ist, bestellt wurde, ohne daß die Erteilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen wurde, ist, wenn die Eintragung nach dem bezeichneten Zeitpunkte stattfindet, als Briefhypothek einzutragen.

Art. 200. I. Carlebach, BadNotZ. **09** 166 ff. Die Nutznießung eines Ehegatten einer vor 1900 begründeten Ehe an einem Viertel des Nachlasses des verstorbenen Gatten gemäß LRS. 745 a ist erbrechtlicher Natur und ist (abgesehen davon, daß sie für eine nach 1900 aufgelöste Ehe in Baden nach AGBGB. Art. 42 wegfällt) nicht begründet, wenn das badische Landrecht als Recht des badischen Ehedomizils bei der Auseinandersetzung eines außerhalb Badens auch vor 1900 Gestorbenen zur Anwendung kommt.

II. Allgemeines. Rechtsprechung. (Vgl. zu Artt. 213, 214.) 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2449. Ist der Erblasser verheiratet gewesen und nach Inkrafttreten des BGB. gestorben, so ist neben dem im übrigen anwendbaren Erbrechtssysteme des BGB. für den Güterstand allein das alte Recht maßgebend. Dem überlebenden Ehegatten steht besonders erst neben dem ihm nach Partikularerbrecht zukommenden Erbteile das Erbrecht des BGB. an der gütergemeinschaftlichen Masse zu (§§ 1483, 1931, 1924 BGB.).

2. HansGZ. **09** Beibl. 197 ff. (Hamburg). Die Güterauseinandersetzung von Ehegatten, die vor 1900 einen Ehevertrag geschlossen haben und nach 1900 geschieden sind, hat nach neuem Rechte zu erfolgen. Die Folgen einer Ehescheidung sind nach demselben Rechte zu regeln, nach dem die Scheidung erfolgt ist. Zu den Bestimmungen über den Güterstand und dessen erbrechtliche Wirkungen gehören auch nicht die Vorschriften über die Auseinandersetzung im Falle einer Ehescheidung.

III. Partikularrecht. 1. Allgemeines Landrecht. **RG.** JW. **09** 43. Wenn Eheleute aus einem Orte der Provinz, wo die Gütergemeinschaft des ALR. gegolten hat, noch vor dem 1. Januar 1900 in einen anderen Ort derselben Provinz übergesiedelt sind, ohne den Ausschluß der Gütergemeinschaft durch Vertrag an dem neuen Wohnsitze wieder bekannt zu machen, so gilt gegenüber einem Dritten, welcher sich mit den Eheleuten nach ihrem Umzug in rechtsgeschäftlichen Verkehr eingelassen hat, ohne den Ausschluß der Gütergemeinschaft zu kennen, dieser nicht, weil die erforderliche Bekanntmachung zwar bei Eingehung der Ehe erlassen, nicht aber der Vorschrift des § 426 II. 1 ALR. gemäß wiederholt worden ist. Dieser Zustand ist auch nach dem Inkrafttreten des BGB. aufrechterhalten worden, denn die Aufhebungsklausel des Art. 89 AG. bezieht sich nur auf den Fall, daß die Eheleute vor dem 1. Januar 1900 aus dem einen Rechtsgebiet in das andere verzogen sind. §§ 422, 426 II. 1 ALR. sind daher aufrechterhalten. Eine Veränderung tritt abgesehen von dem Falle einer späteren Änderung des Güterstandes erst (gemäß Art. 63 AG.) ein, wenn die Eheleute nach dem 31. Dezember 1899 ihren Wohnsitz von neuem verlegen. Es hängt alsdann von der Nichtübereinstimmung des für ihre Ehe bestehenden Güterstandes mit dem gesetzlichen Güterstande des BGB. ab, ob es einer Eintragung in das neurechtliche Güterrechtsregister, nicht aber, wie bisher, einer gerichtlichen Bekanntmachung bedarf.

2. Westfälisches eheliches Güterrecht. **a)** Böttrich, DNotVZ. **09** 249 ff., Über die Ausgleichungspflicht bei westfälischer Gütergemeinschaft. **b)** OLG. **18** 269 (KG.). Der § 10 PrG. betr. das eheliche Güterrecht in Westfalen vom 16. April 1860 ist so auszulegen, daß der überlebende Ehegatte einen Übertragungsvertrag mit

einem eigenen Kinde nur dann schließen darf, wenn es aus seiner Ehe mit dem zuerst versterbenden Ehegatten hervorgegangen ist und von dessen Nachlaß bei Lebzeiten noch nicht abgefunden war, also nur insoweit, als die Sukzession in das gemeinschaftliche Vermögen in Frage kommt. Dagegen ist er nicht berechtigt, das gemeinschaftliche Vermögen einem außerhalb der Gemeinschaft stehenden Kinde, besonders auch nicht einem eigenen Kinde aus einer früheren Ehe zu übertragen. Denn nach § 10 Abs. 5 des Gesetzes darf der Überlebende zugunsten anderer Personen nur über seinen Anteil an der Gemeinschaft mit Vorbehalt der Pflichtteile der Kinder letztwillig verfügen. c) KGJ. **36** A 267 ff. (Hamm). Wird eine Ehe, für die der Güterstand des westfälischen Gesetzes vom 16. April 1860 galt, nach dem 1. Januar 1900 durch den Tod eines Ehegatten gelöst und sind Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden, so sind für das gesetzliche Erbrecht in den Nachlaß des Verstorbenen nur die Bestimmungen der §§ 7 ff. G. v. 16. April 1860 mit Einschluß der durch Verweisung auf das PrALR. aufgenommenen Vorschriften maßgebend. Hinterläßt also der verstorbene Ehegatte außer seiner Witwe als nächste Verwandte seine Mutter und vollbürtige Geschwister, so erbt die Witwe $1/_3$, die Mutter $2/_3$ des Nachlasses, außerdem steht der Witwe auf Lebenszeit der Nießbrauch an dem Anteile der Mutter zu.

3. Rheinisch-französisches eheliches Güterrecht. a) ElsLothJZ. **09** 298 (Colmar). Eine Gütergemeinschaft französischen Rechtes, in die noch vor 1900 Kaufpreise aus der Veräußerung von Sondergütern des Ehemanns geflossen sind, ist hierfür nach ihrer durch den Tod der letzteren bewirkten Beendigung allein ersatzpflichtig, nicht aber nach §§ 144 ff. ElsLothAGBGB., vom Falle des § 1480 BGB. abgesehen, mag die hinterlassene Witwe auch die Kaufpreise selbst eingezogen haben. b) RheinA. **106** I 85 (Düsseldorf). Die Rechtsverhältnisse der vor dem 1. Januar 1900 aufgelösten rheinischen Gütergemeinschaft bestimmen sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach früherem Rechte. Die Belastung des Anteils eines Beteiligten ist deshalb unzulässig (abweichend vom RheinA. **102** I 260).

Art. 208. StandesB. **35** 233 (Kiel). Vor dem 1. Januar 1900 hatten auch nach schleswig-holsteinischem Landesrecht uneheliche Kinder den Namen ihrer Mutter zu führen, da sie danach auch nur in deren Familie eintreten.

Art. 210. **RG.** ZBlFG. **9** 728 Ziff. 623, JW. **09** 193. Das materielle Vormundschaftsrecht bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rechte des Staates, dem die Vormundschaftsbehörde angehört. Nachträgliche Aufgabe der Staatsangehörigkeit durch einen Beteiligten ändert hieran nichts.

Art. 213. I. 1. *Giese, ABürgR. **33** 328—344, Die Wirksamkeit einer gemeinrechtlichen Quasipupillarsubstitution unter der Herrschaft des BGB. Eine vor dem 1. Januar 1900 im Geltungsbereiche des gemeinen Rechtes gültig angeordnete QuPS. hat mit dem Inkrafttreten des BGB. ihre Wirksamkeit als solche verloren. Da nämlich der testierende Aszendent kraft eigenen Rechtes letztwillig über den künftigen Nachlaß des wahnsinnigen Deszendenten verfügt, so schafft er einen besonders gearteten Testamentsinh alt, welcher durch die lediglich die Errichtung (und Aufhebung) altrechtlicher Testamente dem alten Rechte unterstellende Vorschrift des Art. 214 nicht gedeckt wird, daher gemäß Art. 213 nach dem neuen Erbrechte zu beurteilen, nach diesem aber unzulässig ist. Doch ist der „als QuPS." unwirksame Testamentsinhalt gemäß § 140 BGB. umzudeuten, und zwar, wenn der Testator vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist, in ein Universalfideikommiß auf den Überrest, wenn der Testator nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, in eine befreite Vorerbschaft i. S. des BGB.

1. Literatur: Winter, Die Einwirkung der Anlegung des Grundbuchs auf Erbengemeinschaften des französischen Rechtes, HessRspr. **9** 183 ff.

II. Rechtsprechung. (S. zu Artt. 200, 214.) 1. **RG.** JW. **09** 158, PosMSchr. **09** 29, ZBlFrG. **9** 731 (Nr. 644). Die Rechtsbeziehungen zwischen

Vor- und Nacherben bestimmen sich nach altem Rechte, wenn die maßgebenden Erbfälle bereits unter der Herrschaft des älteren Rechtes eingetreten waren.

2. BayObLG. **9** 603 ff. Die Wirksamkeit einer vor dem Inkrafttreten des BGB. in einem Ehe- und Erbvertrage getroffenen Vereinbarung über den Güterstand bestimmt sich, auch wenn die Ehe nach jenem Zeitpunkte durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst wird, nach den früheren Gesetzen. Dagegen bestimmt sich in diesem Falle die Anfechtung der erbrechtlichen Verfügungen des Vertrags wegen Irrtums des Erblassers und Mangels der freien Willensbestimmung nach dem BGB.

3. ElsLothJZ. **09** 298 (Colmar). Erben nach BGB. haben kein Recht, vor dem Jahre 1900 durch ihren Erblasser gemachte Schenkungen nach Maßgabe des code civil wegen Überschreitung des verfügbaren Vermögensvorteils anzufechten und ihnen gegenüber für nichtig erklären zu lassen.

4. OLG. **18** 373 (Frankfurt). Nach dem vor 1900 geltenden gemeinen Erbrechte bewirkt der Erbschaftskauf keine Übertragung des Erbrechts, der Käufer ist Singularsukzessor des Verkäufers in die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Vermögensbestandteile. Es entsteht zwischen Käufer und Verkäufer nur ein obligatorisches, kein erbrechtliches Verhältnis wie im ALR. Deshalb ist Art. 213 nicht anzuwenden, sondern die Vorschriften, die zur Zeit der Vornahme der in die Form von Zessionen gekleideten Erbschaftskäufe gelten, also § 2371 BGB.

Art. 214. I. Meckbach, DJZ. **09** 1430. Die Streitfrage, ob für die vor 1900 errichteten, letztwilligen, seit langer Zeit gerichtlich verwahrten Verfügungen von Todes wegen in Preußen die Eröffnungsfrist von 56 Jahren (ALR. I. 12 § 218) oder von 54 Jahren (Art. 82 PrAGBGB.) gilt, ist mit Rücksicht auf Art. 214 EG. im ersten Sinne zu entscheiden.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 200, 213.). 1. **RG.** R. **09** Ziff. 208. Für die Auslegung eines vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testaments sind, auch wenn der Erblasser erst nach dem 1. Januar 1900 stirbt, die früheren gesetzlichen Bestimmungen von Bedeutung, zumal wenn die Ausdrucksweise in dem Testamente sich diesen früheren Bestimmungen anschloß (**RG. 59** 84).

2. **RG.** BadRpr. **09** 123 ff., ElsLothJZ. **09** 337, ElsLothNotZ. **09** 225 ff. Ist in einem vor dem 1. Januar 1900 unter der Herrschaft des badisch-französischen Rechtes geschlossenen Erbvertrage bestimmt, daß der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß des Vorabsterbenden bei kinderloser Auflösung der Ehe zur lebenslänglichen kautionsfreien Nutznießung erhalten soll, so kann der überlebende Ehegatte das Vermächtnis der Nutznießung ausschlagen und den gesetzlichen Erbteil aus § 1931 BGB. beanspruchen (BadLRS. 791, 895, 967 ff., 1091, 1130; Fallenlassen der in **RG. 49** 44 ff. vertretenen Auffassung, RheinZ. **2** 74 ff.). AM. OLG. Düsseldorf, PucheltsZ. **38** 12; vgl. OLG. Darmstadt, PucheltsZ. **34** 170, BayObLG. **6** 508, **9** 322, BayRpflZ. **09** 188.

3. BayObLG. **9** 322, ZBlFrG. **9** 78. Die in einem unter der Herrschaft des pfälzischen Zivilrechts geschlossenen Ehevertrag enthaltene Bestimmung, daß im Falle des Vorablebens des Mannes der Frau aus dem Vermögen des Mannes eine bestimmte Summe vermacht sein soll, steht der Geltendmachung des im BGB. begründeten Erbrechts der Frau gegenüber dem Nachlasse des nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorbenen Mannes nicht im Wege.

4. R. **09** Ziff. 93 (BayObLG.). Die Anwendung der Vorschrift des BayLandrechts Teil I Kap. VI § 47 Nr. 3, daß das dem zweiten Ehegatten Zugewendete, soweit es mehr beträgt, als das am wenigsten bedachte Kind der vorigen Ehe erhält, unter den Kindern voriger Ehe allein verteilt werden soll, ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser erst nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist.

Handelsgesetzbuch.

Literatur: In neuer Auflage liegen vor: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7), zweite Hälfte. Stuttgart 1910. — Friedberg, E., Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reichs (9). Leipzig 1908. — Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe (4). München 1909. — Derselbe, Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch (8). Berlin 1909. — Hahn, Das deutsche Handels- und Seerecht (3/4). Berlin 1909. — Staub-Pisko (für Österreich) (2). Wien 1908. — Curti, Schweizerisches Handelsrecht (2). Zürich 1909 Neu ferner: Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts (Kommentar). Berlin 1909, 1910 — Heilfron, Geld-, Bank-, Börsenwesen. Berlin 1909.

Erstes Buch. Handelsstand.

Vorbemerkung: Eine Fülle von Entscheidungen bezieht sich auf altbekannte Probleme. Doch hat das Berichtsjahr auch viele neue Fragen der Rechtsprechung zur Lösung aufgegeben. Es sei hier nur auf das bei § 74 mitgeteilte Urteil über die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den „bisherigen" Handlungsgehilfen hingewiesen. Hier und in vielen anderen Sprüchen legen die Entscheidungen der Gerichte aller Instanzen — freilich noch neben einer ganzen Reihe anders gerichteter Urteile — Zeugnis davon ab, daß unsere Judikatur unter dem Einflusse neuerer Richtungen der Rechtslehre sich mehr und mehr vom Formalismus frei zu machen bestrebt ist. Vgl. auch **RG. 68** 317 bei § 67: ein doppelt erfreuliches Zeichen auf dem Gebiete der Handelsrechts. Die Stärke des Einflusses technischer Entfaltung zeigt die bei § 43 erwähnte Kontroverse zwischen Simon und Schär. Unter diesem Gesichtspunkte müssen auch die Urteile unserer Kaufmannsgerichte gewertet werden: auf das reichhaltige Jahrbuch des Berliner Kaufmannsgerichts, das zum zweiten Male erschienen ist, muß hier ein für allemal bei Streitfragen verwiesen werden. Aus der Literatur sind hier der Aufsatz von Müller-Erzbach, Der Schutz der Unternehmerarbeit, GoldschmidtsZ. **64** 530 und einige österreichische Arbeiten (vgl. vor § 105) zu nennen, die die neue Methode vertreten.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. I. Abs. 1. Begriff des Kaufmanns. 1. Erfordernis des Betreibens. **a)** Sohm, Der Kommanditist ein Kaufmann? LeipzZ. **09** 594 ff. Gegen Pappenheim (vgl. JDR **7** § 161) wird die Kaufmannseigenschaft verneint. Der Fehler liegt in der Subsumtion unter den gemeinüblichen, aber falschen Kaufmannsbegriff. Kaufmann ist der zur Leitung eines Handelsgewerbes aus eigener Person Berechtigte, entscheidend ist das Außenverhältnis, bei Gesellschaften ist Kaufmann der aus eigener Person im Außenverhältnisse leitungsberechtigte Gesellschafter, also jeder Teilnehmer der oHG., auch wenn sein Leitungsrecht vertragsmäßig ruht, nicht aber der Kommanditist nach § 170 HGB. (vgl. Tomalla, JDR. **7** § 1 I 1). **b)** Bolze, R. **09** 570 ff. Die bloße Kapitalbeteiligung an einem Handelsgewerbe macht nicht zum Kaufmanne. Der sogenannte stille Gesellschafter ist kein Kaufmann, sondern Gläubiger bzw. Schuldner des das Handelsgewerbe betreibenden Kaufmanns. Der Aktionär ist auch kein Kaufmann. Aber der Kommanditist beteiligt sich nicht bloß mit einem Kapital an einem Handelsgewerbe des Komplementars, sondern er betreibt zusammen mit dem Komplementar das Handelsgewerbe unter der Firma der Kommanditgesellschaft. Sowohl die Kommanditgesellschaft als jeder einzelne Gesellschafter, er mag Komplementar oder Kommanditist sein, ist Kaufmann.

2. Angestellte als Kaufleute außerhalb ihres Dienstverhältnisses. **a)** Trotz Verstoßes gegen § 60. OLG. **19** 289 (BayObLG.). Wer im Widerspruche mit § 60 eines der im § 1 Abs. 2 bezeichneten Handelsgewerbe betreibt, ist gleichwohl Kaufmann und zur Anmeldung seiner Firma verpflichtet. Gleiches gilt für ein Unternehmen des § 2. Das Registergericht muß der Anmeldung entsprechen. Die Erfüllung der gesetzlichen Anmelde-

pflicht verstößt nicht gegen Treu und Glauben, die Eintragung selbst ist nicht gesetzlich unzulässig. b) Für die Vorbereitungsgeschäfte seines späteren eigenen Geschäfts. RG. JW. **09** 695 Ziff. 29. Kaufmannsqualität eines Angestellten hinsichtlich der Vorbereitungsgeschäfte einer von ihm vor Ablauf seines Dienstvertrags geschlossenen, nach Ablauf ins Leben tretenden ofHG. (anscheinend) bejaht (Feststellung des Berufungsgerichts nicht bemängelt). Eine von ihm in dieser Zeit übernommene Bürgschaft ist aber nicht gemäß § 350 HGB. formfrei, wenn sie nicht die oHG., sondern nur ihn angeht, weil er nur in seiner Eigenschaft als Teilhaber der HG. Kaufmann ist, nur die zum Betriebe des Handelsgewerbes der oHG. gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte sind.

II. Abs. 2. Geschäftsarten. 1. Ziff. 4. Bankiergeschäfte. a) Sparkassen. Kommunalbetriebe. HansGZ. Hptbl. **09** 95 (LG. Hamburg). Wann ist eine Sparkasse Kaufmann? Eine Sparkasse, die unter Geben und Nehmen von Zins fremde Gelder heranzieht und sie weitergibt, betreibt Bankiergeschäfte (SeuffA. **56** 406). Es fragt sich, ob sie sie gewerbsmäßig, d. h. in der Absicht, daraus eine dauernde Einnahmequelle zu machen, betreibt (**RG. 38** 20). Gleichgültig ist die Verwendung des Gewinns im eigenen Interesse oder zu gemeinnützigen Zwecken (vgl. KGJ. **33** A 111). Eine Sparkasse, die nur soviel aus ihren Geschäften erzielen will, daß sie die Einlagen der Sparer vertragsmäßig verzinsen, die Verwaltungskosten bestreiten und einen Reservefonds bilden und unterhalten kann, ist nicht Kaufmann. Vgl. II. D. z. Entw. e. HGB. 13, Erlaß d. PrMin. d. J. v. 2. September 1889 (Reger, Entsch. **10** 161); Schachner, R. **00** 301. Anders bei Erzielung kommunaler Überschüsse. b) Baugeldgeschäft. **RG.** JW. **09** 666 Ziff. 19. Kaufmannsqualität: jemand, der in großem Umfang und gewerbsmäßig, nicht bloß für Bauten, an denen er selbst beteiligt gewesen ist, Baugelder dargeliehen und Baugelderdarlehen vermittelt hat gemäß Ziff. 4, möglicherweise Ziff. 7 mit § 93.

2. Ziff. 5. Schiffahrt. a) Schleppkahnschiffer. HansGZ. HptBl. **09** 101 (Hamburg). Selbständige Schleppkahnschiffer sind Kaufleute. b) Schiffsprokureure. OLG. **19** 289, HansGZ. **09** 116 (Hamburg). Schiffsprokureurgeschäft, d. h. die gewerbsmäßige Vermittelung von Vertragsabschlüssen über die Befrachtung von Flußfahrzeugen in der Binnenschiffahrt kein Handelsgewerbe im Sinne von Abs. 2 § 1, keine Handelsmakelei (§§ 93 f.), nach § 2 nicht, wenn die Eintragung fehlt (s. § 705 Ziff. I 5 BGB.).

§ 2. Sollkaufmann. 1. Maßstab des Erfordernisses kaufmännischen Betriebs. OLG. **19** 290 (BayObLG.). Hinsichtlich des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs kommt es nicht allein und nicht vorwiegend auf das Interesse des Unternehmers, sondern ebenso auf das Interesse der mit ihm in Verkehr tretenden Personen an. Tatsächliche Anhaltspunkte: Art der Herstellung der Produkte (Ziegel) durch Akkordanten, Berechnung der ihnen gewährten Vergütung, Fuhrwesen, Art des Absatzes, Abwickelung der Zahlungen, Kreditverhältnisse, Beteiligung an einer Konvention.

2. Registerpflicht eines Bauunternehmers. LeipzZ. **09** 949 (KG.). Im Anschluß an KGJ. **35** A 142 wird die Registerpflicht eines nach § 4 absolut trotz Großgewerbebetriebs nicht eintragungspflichtigen Handwerkers auf Grund des § 2 bejaht, wenn er neben seinem Handwerk eine gewerbliche, nach Art und Umfang des Unternehmens kaufmännische Tätigkeit betreibt. Dies gilt insbesondere für einen Bauunternehmer, der Grundstücke für eigene Rechnung erwirbt und zum Zwecke der Weiterveräußerung mit Wohnhäusern bebaut, und für Rechnung Dritter ganze Bauausführungen einschließlich der Materiallieferungen und der nicht

in sein Handwerkerfach schlagenden Arbeiten übernimmt, und zum Zwecke der Ausführung des Baues wieder Verträge mit Lieferanten und Unternehmern abschließt.

§ 4. Minderkaufmann. 1. Wesen. SchlHolstAnz. **09** 124 (Kiel). Minderkaufmannseigenschaft bejaht trotz Jahresumsatzes von 18—20 000 M., weil das Geschäft ohne Personal geführt wird, die Kundschaft sich auf die Nachbarschaft beschränkt, mit Rücksicht auf den Reingewinn und den Wert der Lagerbestände (vgl. JDR. **7** § 4 Ziff. 2).

2. Arten. Handwerker. Registerpflicht für Nebenbetriebe s. § 2 (Bauunternehmer).

3. Anwendbarkeit handelsrechtlicher Grundsätze. a) Publizitätsprinzip; Haftung für den Geschäftsnachfolger. OLG. **19** 292, HansGZ. Hptbl. **09** 92 (Hamburg). Der Inhaber einer nicht eingetragenen Minderkaufmannsfirma haftet für die Verbindlichkeiten, die sein mit seiner Zustimmung das Geschäft fortführender Geschäftsnachfolger eingeht, so lange, bis er die Veränderung in geeigneter Weise angezeigt hat (**RG. 15** 33). **b)** Firmierungsbefugnis. Abkürzung des Vornamens. RJA. **10** 135 (KG.). Ein Handwerker ist im geschäftlichen Verkehre lediglich zum Gebrauche seines bürgerlichen Namens berechtigt (über Anwendbarkeit des Ordnungsstrafverfahrens vgl. RJA. **9** 33, 153). Zum bürgerlichen Namen gehört aber nicht notwendig der voll ausgeschriebene Vorname. Die abgekürzte Schreibart eines Vornamens im geschäftlichen, insbesondere im Handelsverkehr eines Minderkaufmanns ist nicht unzulässig. Die abgekürzte Bezeichnung ist nicht geeignet, den Eindruck einer kaufmännischen Firma zu erzeugen und dadurch das Publikum irrezuführen (vgl. JDR. **7** § 4 Ziff. 3).

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Literatur: Cohn, Das Handels- und Genossenschaftsregister sowie das Verfahreu in Vereins-, Muster- und Güterrechts-Registersachen mit Mustern systematisch dargestellt (3). Berlin 1910.

§ 12. Willensmängel der Anmeldungen. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 107. Die Anmeldungen zur Eintragung unterliegen an sich den §§ 116 ff. BGB., dies aber grundsätzlich nur so lange, als nicht die Eintragung mit den Folgen des § 5 HGB. und die Bekanntmachung mit den Wirkungen des § 15 hinzugekommen sind. Die die Publizitätswirkung auslösenden Richterakte sind der Anfechtung entzogen. Der Antrag auf Löschung einer oHG. (§ 142 FGG.) ist erfolglos, selbst wenn der Registerrichter grundlos die Eintragung der Fortsetzung einer Einzelfirma in ungeteilter Erbengemeinschaft trotz des ihm vorgelegten, sie anordnenden Testaments als unzulässig abgelehnt hat und daraufhin die Anmeldung einer oHG. erfolgt ist.

§ 13. Zweigniederlassung. 1. Wesen. Einzelne Fälle. **a)** Lokal- und StraßenbahnAG. SchlHolstAnz. **09** 88 (LG. Kiel). Registerpflicht bejaht bei auf die Dauer berechneter Organisation der Filiale, wenn sich am Gesellschaftssitze nur die Verwaltungszentrale befindet; getrennte Buch- und Kassenführung ist nicht erforderlich, aber regelmäßig Begleiterscheinung einer selbständigen Niederlassung; der Leiter muß wesentliche, nicht untergeordnete, auf den Geschäftsbetrieb sich erstreckende Geschäfte vornehmen, es genügt aber ein Handlungsbevollmächtigter; unerheblich ist es, daß die Festsetzung der Tarife und Fahrpläne, die Ausnutzung der Konjunktur, der Ausbau des Unternehmens, die Festsetzung des Gewinns lediglich durch die statutarischen Gesellschaftsorgane erfolgt. Entscheidend ist für die Selbständigkeit, daß die Filiale auch ohne die Hauptniederlassung nach den zur Zeit obwaltenden Umständen selbständig geführt werden kann. **b)** Generalagentur einer Feuerversicherungsgesellschaft. ZVersWes. **09** 73 (AG.

Hannover, LG. u. KG.). Generalagenturen von Feuerversicherungsgesellschaften sind keine Zweigniederlassungen. Es fehlt an einem gesonderten Geschäftsvermögen. Dem Leiter geht die Befugnis zur freien Entschließung in den wesentlichen geschäftlichen Vorkommnissen ab (Anweisungen von festgestellten Versicherungsbedingungen, Prämiensätze, Erledigung des Versicherungsfalls).

2. Verhältnis zur Hauptniederlassung, prozessuale Stellung. LeipzZ. **09** 954, R. **09** 2515 (Kassel). Es ist zulässig, wenn ein gegen eine (deutsche) Zweigniederlassung einer (ausländischen) Handelsgesellschaft im Wege der einstweiligen Verfügung beantragtes Verbot nach Auflösung der Zweigniederlassung gegen die Hauptniederlassung begehrt wird. Die Zweigniederlassung ist kein selbständiges Rechtssubjekt, Partei ist der Firmeninhaber.

3. Firmenmehrheit für mehrere Niederlassungen: **a)** bei gesonderten Betrieben. SchlHolstAnz. **09** 101 (KG.). Ein Kaufmann kann mehrere geschäftliche Niederlassungen haben mit verschiedenen Firmen, und zwar auch an demselben Orte, es muß sich aber um gesonderte Niederlassungen und getrennte Betriebe handeln, die selbständig nebeneinander bestehen und in ihren wesentlichen Beziehungen unabhängig voneinander sind; gegen Opet in GoldschmidtsZ. **49** 60 (vgl. auch RJA. **9** 23). **b)** S. § 14 bei einheitlichem Betriebe.

§ 14. Ordnungsstrafverfahren. Anwendbarkeit gegen Firmenmehrheit infolge Geschäftsvereinigung. KGJ. **37** A 177 (KG.). Wenn für ein einheitliches Handelsgeschäft im Handelsregister zwei Firmen eingetragen stehen, die beide an sich zu Recht eingetragen waren (z. B. infolge Vereinigung zweier bis dahin selbständiger Geschäfte), so kann der Geschäftsinhaber im handelsgerichtlichen Ordnungsstrafverfahren angehalten werden, nach seiner Wahl (§ 262 BGB.) entweder die eine oder die andere Firma zur Löschung anzumelden. Der Inhaber kann aber auch sein Geschäft wieder in zwei selbständige Geschäfte mit je einer der beiden Firmen zerlegen, indem er jedem die dazu erforderliche Selbständigkeit gibt. Dies kann auch noch nach Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens geschehen (§ 132 FGG.; § 14 HGB. — nicht § 140 FGG., § 37 Abs. 1 HGB.; § 141 FGG., § 31 Abs. 2 HGB.; § 142 FGG.) (vgl. RJA. **9** 23). Im Falle der Vereinigung zweier Geschäfte kann man nicht ohne weiteres sagen, daß das eine von beiden aufhört, in der Regel erlischt weder die eine noch die andere Firma (anderer Fall KGJ. **28** A 44; vgl. KGJ. **28** A 253).

§ 15. Registerpublizität. 1. Nichteintragungen. Substanziierung der Kenntnis des Dritten. **RG. 70** 272, JW. **09** 197 Ziff. 18. Nichteintragung der durch Tod eines Gesellschafters erfolgten Auflösung der oHG.: um ihre Haftung für nach der Auflösung von dem Überlebenden unter der alten Firma abgeschlossene Geschäfte zu beseitigen, brauchen die Erben des Verstorbenen nur zu beweisen, daß dem Gegenkontrahenten des Überlebenden bekannt gewesen sei, daß ihm unter der Firma nicht eine oHG., sondern nur eine Einzelperson gegenüberstehe, nicht auch, daß ihm auch der Tod eines früheren Gesellschafters bekannt gewesen sei.

2. Eintragungen. **a)** Einfluß auf Willensmängel. **RG.** LeipzZ. **09** 858. Haftung eines Gesellschafters der oHG. für Gesellschaftsschulden trotz Anfechtung seiner Beteiligung wegen Täuschung: nur die ihm bekannte erfolgreiche Anfechtung kann nach § 15 dem Gesellschaftsgläubiger entgegengesetzt werden, wenn die oHG. eingetragen ist; unerheblich ist die spätere Eintragung der Auflösung der Gesellschaft infolge Anfechtung. **b)** Erkundigungspflicht über Bestellung als Liquidator vgl. zu § 93 ZPO.

3. Unrichtige Eintragungen. OLG. **19** 293 (Stuttgart). Unrichtiger Registereintrag über den Ausschluß der Kollektivvertretung: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH. bestimmt, daß, wenn mehr als zwei Geschäftsführer vorhanden sind,

Vertretung durch zwei Geschäftsführer genügt und diesfalls an Stelle eines Geschäftsführers ein Prokurist treten kann. Eingetragen wird aber: die Willenserklärungen müssen von einem oder zwei Geschäftsführern oder einem Geschäftsführer und einem Prokuristen vorgenommen sein. Unterbleibt die Eintragung der Abweichung infolge Nichtanmeldung, so muß ein Dritter annehmen, an der gesetzlichen Kollektivvertretung sei nichts geändert. Veranlaßt die GmbH. eine unrichtige Eintragung, so muß sie nach Treu und Glauben deren Inhalt gegen sich gelten lassen. Daß aber ein Kaufmann eine ihn betreffende Eintragung, die er in solcher Weise nicht veranlaßt hat, gegen sich gelten lassen, also ein Verschulden des Registerrichters vertreten muß, läßt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen nicht ableiten und folgt auch nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aus Rücksichtnahme auf Treu und Glauben im Verkehre (vgl. auch JDR. **7** § 15 Ziff. 1).

4. Anwendbarkeit auf Minderkaufleute s. § 4.

§ 16. Abs. 2. Unzulässige Eintragungen laut prozeßrichterlicher Entscheidung. **a**) Anwendbarkeit auf nur den Gebrauch einer Firma untersagende Entscheidungen. BayObLG. **10** 75, LeipzZ. **09** 564, SeuffBl. **09** 469, BayRpflZ. **09** 234 (BayObLG.). Die Firma „Josef M., Klosterbrauerei und Malzfabrik St. S." unterscheidet sich durch den Ortsnamen „St. S." von den dem Firmeninhaber durch einstweilige Verfügung wegen Verletzung eines Warenzeichens „S" und unlauteren Wettbewerbes verbotenen Firmen: „Mälzerei (Brauerei) S." mit und ohne Zusatz, „Besitzer Joseph M. in S". Es ist deshalb dahingestellt, ob unter § 16 Abs. 2 auch die Untersagung des Gebrauchs einer Firma (statt Erklärung der Unzulässigkeit ihrer Eintragung) genügt. (S. a. u. zu § 17 Ziff. III.) **b**) KGJ. 37 A 142 = JDR. **7** § 125 unter Ziff. 3b. Anwendbarkeit des Abs. 2 § 16 auf rechtserzeugende einstweilige Verfügungen (Entziehung der Vertretungsbefugnis).

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. Firma. I. Handelsname: Firmenhypotheken. **a**) **RG. 72** 38, RJA. **10** 144. Die Eintragung einer Hypothek für einen Einzelkaufmann unter dessen Firma ist in Sachsen zulässig (Kgl. SächsVO. v. 26. Juli 1899 § 64 Abs. 2). Vgl. dagegen § 4 PrAVf. v. 20. November 1899. Die sächsische Vorschrift ist, da sie mit dem Reichsrechte nicht in Widerspruch steht, gültig. **b**) KGJ. **37** A 227 (KG.). Eine Hypothek kann in Preußen für einen Einzelkaufmann nur auf dessen Familiennamen, nicht auf dessen Firma eingetragen werden (KGJ. **26** A 135), der Einzelkaufmann ist jedoch berechtigt, über die auf seinen Familiennamen eingetragene Hypothek unter Gebrauch seiner Firma zu verfügen und insbesondere eine die Hypothek betreffende Eintragungsbewilligung mit seiner Firma in öffentlich beglaubigter Form zu unterzeichnen. Die Ausstellung der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Erklärungen liegt innerhalb der auf den Handel gerichteten Tätigkeit des Kaufmanns. Die Unterzeichnung der Eintragungsbewilligung mit der Firma nötigt das Grundbuchamt zur Prüfung, ob der alleinige Inhaber des mit der Firma bezeichneten Geschäfts mit derjenigen physischen Person identisch ist, die unter ihrem bürgerlichen Namen als Hypothekengläubigerin im Grundbuch eingetragen ist, ein Unterschied zwischen Privat- und Geschäftsvermögen besteht dabei nicht.

II. Abs. 2. Firma im Prozesse. **a**) Hausding, Die „Firma", eine sprachliche, Irrtum erregende Unrichtigkeit in Rechtssachen „unter der Firma", GewerblRSchutzUUrhR. **14** 197. Verf. wendet sich gegen den Zusatz des Wortes „Firma" bei Bezeichnung der Parteien, Besitzträger, Antragsteller, Schutzberechtigten; also nicht: „In Sachen der Firma Gustav Müller, Maschinenfabrik", sondern: „In Sachen Gustav Müller, Maschinenfabrik". **b**) ElsLothJZ. **09** 366 (Colmar). Eine Zweig-

niederlassung mit besonderer Firma (Kreditverein Lothringen, Agentur A.) kann solche Forderungen einklagen, die sie unter dieser Firma erworben hat.

III. Firma eines Geschäftsverpächters. BayObLG. wie bei §16 Ziff. a). Der Verpächter eines Geschäfts kann in Ermangelung der Kaufmannseigenschaft keine Firma für sich, etwa mit Rücksicht auf spätere Wiederübernahme des Betriebs eintragen lassen, Dritten bleibt jedoch nur übrig, die Beseitigung der Firma nach §§ 142, 143 FGG., anzuregen (vgl. auch u. zu § 22).

IV. Minderkaufmanns„firmen": s. o. § 4 unter Ziff. 3.

§ 18. I. Abs. 1. Form der Firma: Ausgeschriebener Vorname s. o. 4 unter Ziff. 3 b.

II. Abs. 2. Verbotene Zusätze. 1. Rechtsnatur der Vorschrift. RJA. **10** 20, KGJ. **37** A 194 (KG.). § 142 FGG. (Offiziallöschung) kann trotz seines Wortlauts auch auf Antrag zu Anwendung kommen. Zur Begründung eines Beschwerderechts gegen die Abweisung des Antrags genügt nicht ein allgemeines Recht (Firmenrecht) öffentlich-rechtlicher Natur, wie es § 18 Abs. 2 HGB. enthält, ohne bestimmte Beziehungen rechtlicher Art zu dem Beschwerdeführer (Verletzung des ihm zustehenden Firmenrechts).

2. Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses. OLG. **19** 296 (BayObLG.). Zulässigkeit der Firma: Oberbayerische Zellstoff- und Papierfabriken AG.". Die Firma enthält keine Andeutung, daß die AG. zum Betrieb ihres Unternehmens in irgendwelchem Gesellschaftsverhältnisse steht oder andere Unternehmungen desselben Geschäftszweigs bei der AG. als Gründer oder Aktionäre beteiligt seien. Die Firma erweckt auch nicht den Anschein, als ob ihr Unternehmen die sämtlichen in Oberbayern befindlichen Zellstoff- und Papierfabriken oder doch die bedeutendsten unter ihnen umfasse.

3. Sonstige Zusätze. a) BayObLG. **10** 75 ff., LZ. **09** 564 ff., Seuff. Bl. **09** 469, BayRpflZ. **09** 234 (BayObLG.). Der Zusatz „Klosterbrauerei" oder des Ortsnamens „St. S." verstößt nicht gegen § 18 Abs. 2. **b) RG.** (Straff.) LeipzZ. **09** 773 Ziff. 2. Unzulässigkeit des Firmenzusatzes „Hansa" mit Rücksicht auf das frühere Warenzeichenrecht an diesem Worte; § 13 WarenZG. (Warenzeichenrecht beeinträchtigt nicht das Firmenrecht des anderen) gilt nicht für die Zusätze, sondern nur für die gesetzlich notwendigen Firmenbestandteile.

§ 22. Geschäftserwerb und Firmenfortführung. I. Bedingungen und Beschränkungen der Fortführung. 1. Keine Firmenabänderungen. a) OLG. **19** 297 (KG.). Weiterführung der Firma bei Geschäftserwerb: die Firma kann nur so, wie sie bisher geführt wurde, weitergeführt und ihr lediglich ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz oder gemäß § 4 GmbHG. der Zusatz „mbH." beigefügt werden (KGJ. **34** 128, **RG. 50** 120; anders Staub-Könige). Unzulässigkeit der Firma: „Erste Christbaumschmuck- und Wattenfabrik Gebr. W. mbH." bei Verschmelzung der Firmen: „Erste Christbaumschmuckfabrik, Inhaber A. und B. W." und „Thüringer Wattenfabrik Gebr. W." (vgl. JDR. **7** § 22 unter 1). **b) RG.** BayRpflZ. **09** 414, R. **09** Ziff. 2517. Fortführung der Firma trotz des Zusatzes GmbH.

2. Zeitliche Begrenzung des Firmenfortführungsrechts; nachträgliche Ausdehnung. RheinA. **4** 26 (Cöln). Keine nachträgliche Gestattung der Firmenfortführung über eine ursprünglich bestimmte Zeit.

3. Firmenfortführung nach Löschung. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 324. Unzulässigkeit des Verlangens des Erwerbers eines Handelsgeschäfts nebst Firma, daß der Verkäufer in die Fortführung der bisherigen Firma durch den Erwerber und deren Wiedereintragung in das Handelsregister willige, nachdem die bisherige Firma mit Einverständnis des Erwerbers auf Antrag des Verkäufers im Handelsregister gelöscht ist. **RG. 65** 15 setzt voraus, daß die Firma durch die Löschung nicht

erlischt, und paßt nicht. Wenn der Veräußerer keine Vollmacht hatte, den Löschungsantrag im Namen des Erwerbers zu stellen, so konnte er doch nach § 185 BGB. mit Einwilligung des Erwerbers im eigenen Namen über die ihm fremd gewordene Firma verfügen. Die Einwilligung bedurfte nicht der Form des Schenkungsversprechens, Das Versprechen der Wiedereintragung wäre Versprechen von etwas Unmöglichem. Die Aufnahme des Veräußerers als Gesellschafters erforderte den Zusatz des Abs. 1 § 19. Seine Scheinaufnahme wäre nach **RG. 37** 61 nichtig.

II. Firmenfortführung bei Veräußerung einzelner Verkaufsstellen. Vgl. JDR. **7** § 25 Ziff. 5. OLG. **19** 298, SeuffBl. **09** 99, ZBl. FG. **9** 410 (BayObLG.). Die Befugnis zur unveränderten Firmenfortführung kann nur dem Erwerber des Handelsgeschäfts im ganzen eingeräumt werden, nicht mit einem einzelnen Geschäftszweige (Verkaufsstelle), den der Erwerber zu einem neuen selbständigen Handelsgeschäfte macht, auf den Nachfolger übergehen. Es ist statthaft, daß ein Kaufmann mit mehreren selbständigen Handelsniederlassungen in demselben Geschäftszweig und an demselben Orte ein Ladengeschäft zu einem selbständigen Handelsgeschäfte macht, auch noch unmittelbar vor der Veräußerung und zu dem Zwecke, dieses Geschäft mit der Firma übertragen zu können, er darf aber für sein neues Geschäft nicht die für das bisherige eingetragene Firma annehmen (§ 30). Es ist daher unerheblich, ob in der Einräumung des Rechtes zur Firmenfortführung zugleich die Umwandlung der bisher unselbständigen Geschäftseinrichtung in ein selbständiges Geschäft und die Annahme der bisherigen Firma für das nunmehr selbständige Geschäft zu finden ist (RJA. **2** 231).

III. Liquidation und Firmenveräußerung. 1. Marcus, Zwei Fragen betr. die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft: A. Veränderung und Veräußerung der Firma einer in Liquidation befindlichen Handelsgesellschaft, HoldheimsMSchr. **09** 268. Gegen die von Wimpfheimer, Liquidation 62, bejahte Zulässigkeit der Veränderung der Firma während der Liquidation: die Zäsur, die im Leben der Gesellschaft durch Liquidation eintritt, kann durch Firmenänderung ohne zwingende Gründe nicht modifiziert werden. Solche Gründe könnten aus § 37 HGB., § 142 RFGG. hergeleitet werden. — Veräußerung der Firma der Liquidationsgesellschaft: soweit sie zulässig ist (§ 23), bleibt für Änderung der Liquidationsfirma wegen Fehlens des mitveräußerten Geschäfts kein Raum; für die neben dem veräußerten Geschäfte noch fortdauernde Liquidationsgesellschaft kommt keine neue Firma (§ 30) in Betracht.

2. SächsRpflA. **09** 368 (LG. Plauen). Die Zustimmung der Liquidatoren einer oHG. zur Firmenfortführung genügt nicht.

IV. Abs. 2. Firmenfortführung bei Geschäftsverpachtung. a) BayersZ. **16** 182, Die Verpachtung des Unternehmens einer GmbH. mit dem Rechte der Firmenfortführung. Die Befugnis zur unveränderten Fortführung der GmbH.-Firma durch den Pächter wird verneint. ➻ Vgl. aber Staub und **RG. 15** 102 ff. Red. ⟵ b) Vgl. oben § 17 Ziff. III und JDR. **6** § 22 Anm. 2b.

§ 24. Abs. 2. Firmenfortführung beim Ausscheiden eines Gesellschafters. **RG. 68** 317, SeuffA. **64** 351, BayersZ. **17** 18 (vgl. JDR. 7). Der § 24 Abs. 2, der, bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, zur Fortführung der Firma seine ausdrückliche Einwilligung fordert, versteht unter Namen den Familiennamen des Gesellschafters (§ 19 Abs. 1 und 3). Da der Familienname des Ausscheidenden in der Firma „Gebr. Gr." inbegriffen ist, so ist Abs. 2 mit Recht angewandt (**RG. 65** 379).

§ 25. Geschäftserwerb unter Lebenden. I. Sacheinlage von Geschäften in Gesellschaften als Geschäftserwerb. **RG.** BayRpflZ. **09** 414, BankA. **8** 384. § 25 findet auch auf den Fall Anwendung,

daß eine GmbH. bei Gründung ein Handelsgeschäft als Sacheinlage eines Gesellschafters erwirbt.

II. Firmenfortführung als Voraussetzung der Haftung. a) **RG.** JW. **10** 393 Ziff. 15. Darunter ist zu verstehen die dem Publikum gegenüber zu erkennen gegebene Willensmeinung, daß die alte Firma die Firma des auf den neuen Inhaber übergegangenen Handelsgeschäfts sein solle; sie liegt nicht in jedem vereinzelten, gelegentlichen, durch besondere Umstände veranlaßten Gebrauche der bisherigen Firma (z. B. Benutzung noch vorhandener Formulare mit dem früheren Vordrucke, Nichtübermalung der alten Firmeninschrift an der Hauswand). b) SchlHolstAnz. **09** 308 (Kiel). Keine Fortführung der Firma „Brauerei AG. Holsatia" durch die Firma „Bierbrauerei Holsatia N. u. Co." (oHG.). Die in der Firma aufgenommene Namensbezeichnung N. u. Co. enthält nicht einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz.

III. Haftung für Betriebsverbindlichkeiten. 1. Konstruktion der Haftung. *Reichel, Schuldmitübernahme 101, 107 (s. zu § 414 BGB. Ziff. 2, 4a). Hinsichtlich der Geschäftsschulden findet im Falle des Abs. 1 eine gesetzliche Schuldübernahme (kumulative Schuldübernahme) statt. Ebenso im Falle §§ 28, 130 HGB. (§ 23 GenG.).

2. Einzelne Haftungsfälle. a) Vorbereitungsgeschäfte. **RG.** BayRpflZ. **09** 414, **R. 09** Ziff. 2516. Haftung des Erwerbers für alle „im Betriebe begründeten" Verbindlichkeiten des früheren Inhabers: eine allgemeine Annahme, daß auch Verbindlichkeiten aus Hilfsgeschäften zu sog. Vorbereitungsgeschäften unter diese Verbindlichkeiten fallen, würde nicht unerheblichen Bedenken unterliegen, insbesondere würde es bei einer Darlehnsaufnahme zur Beschaffung der Mittel, um ein Handelsgeschäft erst zu erwerben, an jenem unmittelbaren Zusammenhange mit dem Betriebe des Handelsgeschäfts fehlen, bei dessen Vorliegen das RG. in ständiger Rechtsprechung die Anwendung des § 25 auch auf Fälle für geboten erachtet hat, bei denen die Verbindlichkeit vor der Eröffnung des Betriebs entstanden war, z. B. bei der Ermietung eines Geschäftslokals, der Anschaffung von Waren, der Annahme von Handlungsgehilfen, dem Erwerbe des Handelsgeschäfts selbst (vgl. SeuffA. **63** Ziff. 259). Anders in concreto bei einem ausdrücklich zum Zwecke des Erwerbes und Betriebs der N.-Druckerei gegebenen Darlehen. b) Eintritt des Erwerbers in die Haftpflichtversicherung. Herzfelder, Einfluß des Besitzwechsels auf bestehende Haftpflichtversicherungs-Verträge, ZVersWiss. **9** 562. Behandelt wird die Frage, ob der Erwerber eines geschäftlichen Unternehmens ohne weiteres kraft Gesetzes in den bestehenden Haftpflichtversicherungsvertrag eintreten muß. Der Vertrag erlischt mit dem Verkaufe, die laufende Prämie ist verfallen (vgl. aber jetzt § 151 VersVertrG.). ➠ Die Entscheidung wird nicht vom Standpunkte des § 25 HGB. aus gegeben. Red. ⇐

IV. Abs. 2. Wirksamkeit abweichender Vereinbarungen. a) **RG.** LeipzZ. **09** 140 Ziff. 5 = JDR. **7** § 25 II 3. Bedeutungslosigkeit falscher Angaben des bisherigen Inhabers über den Schuldenbestand. b) Klein, SeuffBl. **09** 200 gegen **RG. 67** 8 (JDR. **7** II 1).

V. Exkurs. Die Veräußerung eines Handelsgeschäfts im allgemeinen. 1. Anfechtung der Veräußerung eines Handelsgeschäfts (vgl. **RG. 63** 57 und **68** 51). **RG. 70** 226. Die Zulässigkeit der außerkonkursmäßigen Anfechtung wird verneint. Die ZPO. kennt keine Zwangsvollstreckung in ein Erwerbsgeschäft als Ganzes. Ein derartiger tatsächlicher Inbegriff von Sachen, Rechten, Rechtsverhältnissen, tatsächlichen Verhältnissen kann zwar zum Gegenstand obligatorischer Rechtsgeschäfte gemacht werden (**RG. 63** 57),

nicht jedoch kann es Gegenstand eines einheitlichen an ihm bestehenden Rechtes sein. Das Handelsgeschäft besteht aus Teilen, die der Zwangsvollstreckung und damit der Anfechtung entzogen sind (Firma, Kundschaft usw.). Der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Fortsetzung der Erwerbstätigkeit seines Schuldners, selbst wenn dieser in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen (**RG. 69** 63), handelt. Der Erwerb des Geschäftsnachfolgers ist nicht anfechtbar. §§ 22 HGB., 134 Ziff. 1 KO. stehen hinsichtlich der Begründung dinglicher Rechte nicht entgegen; es gibt keinen einheitlichen Übereignungsakt (vgl. auch § 1085 BGB.), Unmöglichkeit der Pfändung und Überweisung. Die immateriellen Teile des Handelsgeschäfts sind überhaupt dem Zugriffe der Gläubiger entzogen. Das Surrogationsprinzip gilt nicht für das Anfechtungsrecht in dem Sinne, daß in diejenigen Gegenstände vollstreckt werden kann, die aus dem Erlös anfechtbar veräußerter Gegenstände vom Anfechtungsgegner angeschafft sind. In Frage kommt nur eine Anfechtung hinsichtlich der zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Warenvorräte, Außenstände. Erheblich ist der Einwand des Verkaufs oder der Einziehung durch den Anfechtungsgegner und der Befriedigung anderer anfechtungsberechtigter Gläubiger aus dem Erlöse.

2. LeipzZ. **09** 716 (LG. Leipzig). Bedeutung der vertragsmäßigen Wertfestsetzung des Geschäftsinventars auf Grund gefälschter Fakturen bei Geschäftsverkauf nach Fakturenwert: die Berufung des Verkäufers bei der Preisklage auf dieses erschlichene Einverständnis verstößt gegen Treu und Glauben.

§ 27. Geschäftsfortführung durch die Erben. Schuldenhaftung. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 184. Zu den früheren Geschäftsverbindlichkeiten gehört nicht eine registerrichterliche dem Erblasser auferlegte Ordnungsstrafe.

§ 28. Forderungsübergang bei Geschäftsfortführung durch eine Gesellschaft. **RG. 72** 434. Der Ankäufer eines Geschäfts, dem gegenüber sich der Verkäufer bei Vertragsstrafe einem Konkurrenzverbot unterworfen hat, verliert, nachdem er das Geschäft einer oHG., deren Teilhaber er ist, übertragen hat, die Berechtigung, die Rechte aus dem Konkurrenzverbote noch für seine Person geltend zu machen.

§ 30. Herstellung der Firmenverschiedenheit. I. Rechtsnatur der Vorschrift (Beschwerdelegitimation). Deutlicher Unterschied? 1. Durch die Gesellschaftsform? **a)** RJA. **10** 20, KGJ. **37 A** 194, BauersZ. **16** 270 (KG.). § 30 Abs. 1 gibt ein individuelles Recht auf Unterscheidung der eingetragenen Firma von jeder neuen; eine hierauf gegründete Beschwerde gegen die Abweisung des Löschungsantrags (§ 142 FGG.) ist zulässig. Die Bezeichnungen „Aktiengesellschaft" und „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" in den Firmen der beteiligten Gesellschaften sind geeignet und ausreichend, zur Unterscheidung der beiden Firmen zu dienen, besonders wenn die GmbH.-Firma außerdem das Wort „Berliner" enthält; der Umstand, daß tatsächlich Verwechselungen beider Firmen vorgekommen sind, vermag hieran nichts zu ändern (vgl. dagegen § 18 Abs. 2). **b)** Ebenso Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 106.

2. Durch die Namensschreibweise? OLG. **19** 298, RJA. **10** 49 (Hamburg). Kein deutlicher Unterschied „Hart und Schulze" von „Th. Hart und Schultze. Die Vorschrift verlangt eine Unterscheidung, die nicht nur bei aufmerksamer Vergleichung der Firmen möglich, sondern erheblich genug ist, um im gewöhnlichen Verkehre Verwechselungen vorzubeugen (dagegen **RG. 20** 71).

II. Unzuständigkeit des Registerrichters zur Entscheidung über den Wettbewerb durch Firmenverwechselung. BayObLG. **10** 75, LeipzZ. **09** 564, SeuffBl. **09** 469, BayRpflZ. **09** 234, ZBlFG **9** 72 (BayObLG.). Über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Führung einer Firma, deren Benutzung darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma

eines anderen hervorzurufen (§ 8 UnlWG.), kann nicht vom Registergerichte durch Vornahme oder Ablehnung der Eintragung, sondern nur im Rechtsweg entschieden werden: mithin fehlt die für die Beschwerdelegitimation (§ 20 FGG.) erforderliche Rechtsbeeinträchtigung.

§ 37. Firmenmißbrauch. I. Abs. 1. Einschreiten des Registerrichters. 1. Marcus, Zur Kasuistik des § 37 Abs. 1 HGB., § 140 RFGG., HoldheimsMSchr. **09** 185. 1. Mit Rücksicht auf das Klagerecht des Abs. 2 entscheidet für die Anwendbarkeit des Abs. 1 das öffentliche Interesse (vgl. FDR. **7** § 37 I). 2. Fällt der Gebrauch mehrerer Firmen unter Abs. 1? Für die primären Firmen unbedenklich (vgl. RFA. **9** 24). Abgeleitete Firmen (§ 22): bejaht für den Fall, daß ein Kaufmann mehrere Geschäfte einheitlich fortführt, die von verschiedenen Vorgängern unter den Erwerbsvoraussetzungen des § 22 auf ihn übergegangen sind, unter einer Mehrheitsfirma, die aus den früheren Einzelfirmen gebildet ist (**RG. 50** 118), RFA. **4** 159 (§§ 140, 142 FGG.). Die Verwertung jener Firmen in Gestalt von Zusätzen (§ 18) ist statthaft. In der Einwilligung des früheren Inhabers zur Firmenfortführung (§ 22) liegt auch die Einwilligung zu solchen Zusätzen. 3. Die Firma muß so wie gewählt geführt werden (RFA. **9** 25). Soweit Abweichungen in für die Öffentlichkeit bestimmten Ankündigungen planmäßig und in auffallender Weise geschehen, insbesondere die nach §§ 19, 20 notwendigen Zusätze wiederholt weggelassen werden, greift § 37 Abs. 1 Platz, dagegen nicht, wenn Unterschriften in Geschäftsbriefen an einzelne Kunden es an Firmenkorrektheit fehlen lassen (vgl. § 17).

2. Mißbrauch der eigenen Firma; Abkürzungen. a) BayObLG. **10** 265, LeipzZ. **09** 947, R. **09** Ziff. 2174 (BayObLG.). Der Kaufmann hat seine Firma, soweit es sich nicht um die Anbringung auf Waren, deren Verpackung und Umhüllung handelt, in der Regel ungekürzt (Ausschreiben der Vornamen), und gekürzt nur unter besonderen Umständen und nur in einer Weise zu gebrauchen, daß die Tatsache der Abkürzung und die Firma, die abgekürzt werden soll, für jedermann erkennbar ist. b) BayObLG. **10** 149, LeipzZ. **09** 789, R. **09** Ziff. 1930 (BayObLG.). Ein Kaufmann gebraucht eine Firma auch dann, wenn er sie zur Unterzeichnung von Inseraten, Geschäftsanzeigen usw. verwendet. Die gegen die Festsetzung einer Ordnungsstrafe erhobene Beschwerde kann nicht darauf gestützt werden, daß statt der Firma „Isidor Sch." die Firma „J. Sch." im nicht rechtsgeschäftlichen Verkehre verwendet werden könne (vgl. § 139 Abs. 2 FGG. **c**) S. unten Ziff. 4.

3. Anwendbarkeit auf Minderkaufleute. LeipzZ. **09** 703 (Dresden). Das Einschreiten des Registergerichts ist auch gegen einen Minderkaufmann zulässig, der sich einer Geschäftsbezeichnung („Union, Deutsches Verlagshaus") bedient, die den Anschein der Firma eines Vollkaufmann erweckt. Bloße Etablissementsnamen darf er gebrauchen (gegen Düringer-Hachenburg, Makower). Vgl. FDR. **7** I Ziff. 4 u. 5.

4. Die Maßregeln des Registergerichts: Unzulässigkeit des richterlichen Gebots, eine bestimmte Firma zu führen. RFA. **10** 35, KGJ. **37 A** 182 (KG.). Anwendbarkeit des Verfahrens auf Grund der §§ 37 Abs. 1 HGB., 140 FGG. auch bei Gebrauch einer unzulässigen Form einer an sich zustehenden Firma (Weglassung von Firmenbestandteilen, Zusätze). Das Gericht hat nicht die Befugnis, dem Beteiligten positiv den Gebrauch einer bestimmten Firma aufzugeben oder ihm anderweite positive Verpflichtungen aufzulegen (Beseitigung, Änderung eines Schildes). (§ 140 FGG.)

II. Abs. 2. Zivilklagen. 1. Unbefugter Firmengebrauch. **a**) Durch falsche Behauptung einer Geschäftsverbindung. SeuffA. **64** 198 (Kiel). Mißbrauch einer fremden Firma durch die Aufschrift an einem Geschäftslokal „Alleinverkauf der Firma N. N. in X." nach Einstellung des Bezugs

von dieser Firma: der Inhaber des Lokals durfte auf Grund der ihm beim Beginne der Geschäftsverbindungen erteilten Erlaubnis der Firma zwecks Verkaufs der von ihr bezogenen Waren die Aufschrift noch einige Zeit nach der Lösung der Geschäftsverbindung an seinem Ladenfenster belassen; der Umstand, daß er diese Waren in der angemessenen Frist nicht verkauft hat, kann ihn zum weiteren Gebrauche der Firma nicht berechtigen (unentschieden, ob auch UnlWG. oder WarenZG. anwendbar). **b**) Durch Gebrauch ähnlicher Firma. α. RheinA. **4** 26 (Cöln). Keine Untersagungsansprüche von „Guttmann" gegen die Firma „Gutmann u. Cie." in einer anderen Stadt: weder auf Grund § 8 UnlWG. (Guttmann ohne Geschäft, also kein Wettbewerb, kein Löschungsanspruch), noch gemäß § 30, noch nach § 12 BGB. β. Insbesondere bei Scheingesellschaften. αα. **RG.** LeipzZ. **09** 465 Ziff. 2. Kein unbefugter Gebrauch der Firma: „Mercier, La Roche u. Cie. GmbH. in Berlin", wenn der frühere Arbeiter und Schankwirt Mercier nicht nur zum Schein — wenn auch zur geschäftlichen Verwertung seines Namens — als Teilnehmer aufgenommen ist. ββ. BauersZ. **16** 78 (Hamburg) erkennt den Anspruch der älteren Firma „Wendts Zigarrenfabrik AG." gegen den Alleininhaber der Firma „Hermann Wendt u. Co.", einer früheren oHG., auf Unterlassung der Firmenfortführung und Löschung an, weil im inneren Verhältnisse des Beklagten und seines anfänglichen Mitgesellschafters Wendt eine Gesellschaft nicht vorgelegen habe, vielmehr mit Wendt nur zwecks Verschaffung seines Namens für die Firma eine äußerliche Assoziation geschaffen sei, und die Abweichungen der späteren Firma nur unerheblich seien, aber auch § 8 UnlWG. zutreffe (vgl. **RG. 7** 280, **25** 2, **37** 58, **22** 60). γ. **RG.** ElsLothJZ. **09** 393. Voraussetzung der Unterlassungsklage ist firmenrechtlich unbefugter Gebrauch. Ein solcher liegt nicht vor, wenn die bemängelte Aufnahme eines bestimmten Namens in die Firma gemäß § 4 GmbHG. zu Recht erfolgt ist, wenn der Träger z. B. von Beginn der Gesellschaft bis zur Gegenwart Gesellschafter geblieben ist, seine Stammeinlage selbst gezahlt, die Dividenden erhalten und an den Kapitalerhöhungen teilgenommen hat. Unerheblich ist seine Zuziehung zur Errichtung zwecks Verwendung seines Namens. δ. SchlHolstAnz. **09** 308 (Kiel). Das Warenzeichenrecht des § 12 WarenZG. wird nicht dadurch verletzt, daß ein anderer eine mit dem Zeichen gleich oder ähnlich lautende Firma als den kaufmännischen Namen, unter welchem er sein Geschäft führt, wählt. Es liegt kein unbefugter Firmengebrauch im Sinne des § 37 Abs. 2 vor.

2. Verhältnis des Abs. 2 zum Namenrechte. **RG.** BauersZ. **16** 77. Das bürgerliche Namenrecht hat neben dem Firmenrechte des HGB. § 37 Abs. 2 keinen Raum (vgl. aber **RG. 56** 190).

3. Anwendbarkeit auf ausländische Firmen. **RG.** R. **09** Ziff. 737. Wenn die Firma einer ausländischen Handelsgesellschaft den Vorschriften des HGB. nicht entspricht, so kann darauf ein Anspruch aus Abs. 2 § 37 nicht gegründet werden.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

Literatur: Fischer, Über die Grundlagen der Bilanzwerte. Leipzig 1909 (Veit u. Comp.). — Veit Simon, Bilanzen (4).

§ 38. I. Allgemeines. *Fischer aaO. 6—13. Die kaufmännische Buchführung ist berufen, die für Kaufleute als Erfolgsberechnung völlig untaugliche Methode der Einnahmen und Ausgaben zu ersetzen. Diese ist außerstande, einmal die mit dem Kredit, Geld- wie Warenkredit, zusammenhängenden Vorfälle auch nur einigermaßen richtig darzustellen, sowie ferner dazu, Aufzeichnungen über Bestände zu liefern.

II. Das Privatvermögen in der Bilanz des Einzelkaufmanns. **RG.** (Straff.) **41** 41. Die Buchführungspflicht erstreckt sich im weiteren Sinne auf sein nicht zum vollkaufmännischen Gewerbe gehöriges Vermögen. In

welcher Weise hat der Einzelkaufmann seine Buchführungspflicht im weiteren Sinne in bezug auf dieses Vermögen zu erfüllen? Die laufende Buchführung muß ergeben, was der Kaufmann dem Vermögen seines Geschäfts zu anderen Zwecken als zu Zwecken dieses Geschäfts entnimmt. Dagegen ist nicht erweislich, daß Grundsätze ordnungsmäßiger Handelsbuchführung in Beziehung auf das keinem gewerblichen Betriebe gewidmete Vermögen bestanden und bestehen. Die Art und Weise, wie dies ersichtlich gemacht wird, muß sich daher in Anlehnung an gesetzlich berücksichtigte Fälle nach billigem Ermessen richten, wobei das Interesse des Kaufmanns, der Gläubiger und des Konkursverwalters zu beachten und eine übermäßige Beschwerung des Kaufmanns zu vermeiden ist. Es darf als genügend angesehen werden, daß das keinem gewerblichen Betriebe dienende Vermögen in dem Inventar und in der Bilanz als Teilen der Handelsbuchführung ohne Eingehen auf die Einzelheiten nach wirtschaftlichen Gesamtbegriffen mit Wertangabe angeführt wird, namentlich wenn dabei auf vorhandene Verzeichnisse außerhalb der Handelsbücher Bezug genommen wird. Ebenso erscheint eine Zusammenfassung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zulässig. Scharfe Grenzen lassen sich nicht ziehen. Wo die Inventur jedes zweite Jahr statthafterweise unterlassen wird, ist für dieses Jahr die Bilanz die einzige notwendige Stelle der Berücksichtigung des außergeschäftlichen Vermögens. (Strafbarkeit der Nichtaufnahme des Privatvermögens in die Bilanzen bejaht, weil infolge dieser Weglassung kein das Verhältnis des Vermögens und der Schulden darstellenden Abschluß vorliegt.)

§ 39. I. Inventar. 1. Rechtliche Bedeutung. **RG.** JW. **09** 324 Ziff. 28. Das Inventar für sich allein oder auch in Verbindung mit einzelnen anderen Büchern stellt nicht eine ordnungsmäßige kaufmännische Buchführung als Ganzes dar.

2. *Fischer aaO. 16—18. Zweck der Inventur ist, die im Laufe Laufe des (Rechnungs-)Jahres infolge eines außerhalb der Buchführung liegenden Umstandes — z. B. durch inneren Schwund, Leckage, Diebstahl — entstandenen Abgänge des Geschäftsvermögens zu ermitteln, also an den Beständen die Richtigkeit der Zahlen der Buchführung nachzuprüfen. Insofern hilft die Inventur die Bilanzaufnahme vorbereiten.

3. Lewin, Inventarienbücher für Industriebetriebe, ZAktWes. **09** 97. Die Notwendigkeit wird mit Rücksicht auf die Feuerversicherung, die Ermittelung der anteiligen Unkosten, den Nachweis der Ab- und Zugänge begründet. Arten der Inventarienbücher: I. für Grundstücke, II. für Gebäude, III. für Modelle, IV. für Mobiliar. Die Bewertungsgrundsätze werden kurz skizziert.

§ 40. Bilanz. I. Allgemeines. 1. *Fischer aaO. 14—16, 38, 39, 42 ff. Es ist ein schwerer, wenn auch für die Verfasser des § 40 entschuldbarer Irrtum, die Bilanzaufstellung für den Akt einer eigentlichen Bewertung der Teile des Geschäftsvermögens zu halten, der also von den Zahlen der Buchführung unabhängig wäre und den Wert selbständig zu ermitteln hätte. In Wahrheit handelt es sich vielmehr um folgendes: Um den Erfolg zu berechnen, werden am Ende des Rechnungsjahrs die durch die Inventur kontrollierten Zahlen der Buchführung in einer Übersicht aufgestellt. Diese würden daher an sich nur die in der Vergangenheit liegenden Geschäftsvorfälle wiedergeben und deshalb würde die Bilanz zunächst rein retrospektiv sein. Ihr Charakter erfährt aber aus folgenden Gründen eine nicht unwesentliche Veränderung: Die Ziffern der Buchführung und damit diejenigen der Bilanz bilden den natürlichen Stützpunkt für die das Geschäftsvermögen betreffenden Maßnahmen, wie Gewinnentnahmen, Anschaffungen, Bemessung von Spesen. Hierbei hat der Kaufmann, um die Gefahren der Illiquidität zu vermeiden, unbedingt die Normen der Liquidität, d. h. er hat ein gesundes Verhältnis zwischen genommenen Kredit einer- und den deckungsbereiten Mitteln andererseits einzuhalten. Damit er also bei der-

artigen Maßnahmen im künftigen Rechnungsjahre sichergeht, modifiziert der Kaufmann die Ziffern der Erfolgsberechnung des abgelaufenden Jahres in gewisser Beziehung mit Rücksicht auf die bevorstehenden Ereignisse. Als wichtigstes: er nimmt die gleichanteilige Quote eines Verlustes, der das Geschäftsvermögen während eines kommenden Rechnungsjahrs bestimmt oder mit einer an Bestimmtheit grenzenden Wahrscheinlichkeit treffen wird, in die Rechnung der gegenwärtigen Periode voranf. Deshalb weist im Resultate die Bilanz als die kaufmännische Erfolgsberechnung auch zahlreiche prospektive Momente auf. Da eine Erfolgsberechnung der im § 40 vom Gesetzgeber angeordneten Bewertungsmethode eine ordnungsmäßige Buchführung, die im § 38 HGB. vorgeschrieben wird, völlig unmöglich machen, da mithin die Vorschrift der selbständigen Bewertung des § 40 unvereinbar mit der ordnungsmäßigen Buchführung des § 38 sein würde, so hat der § 40 dem § 38 zu zessieren. An die Stelle der wegfallenden selbständigen Bewertung haben die Selbstkostenwerte der Praxis zu treten, entweder unmittelbar auf Grund des Gewohnheitsrechts oder mittelbar auf Grund des § 38.

2. Salden-Zusammenziehung, Konten-Verquickung. OLG. **19** 330 (Bamberg) (s. auch JDR. **7** z. HypBankG.). Es verstößt gegen die grundsätzliche Stellung des HGB., wenn in einer Gewinnermittelungsbilanz als Forderung nur das, was nach Abzug der Schulden, und als Schuld nur das, was nach Abzug der Forderungen bleibt, in die Aktiv- und Passivseite eingesetzt wird. Die Zusammenziehung einzelner Aktivsaldi unter sich erscheint nur dann als zulässig, wenn sie keine Unübersichtlichkeit und Unwahrheit herbeiführt. Eine Übertragung von Konten auf andere, zumal wenn sie ihrem inneren Wesen und dem Gegenstande nach verschieden sind, mit der Wirkung, daß einzelne Konten vollständig verschwinden, ist als eine grobe Verletzung der §§ 38 ff., 260 zu beurteilen: z. B. die Verquickung der Konten über Agiogewinn, der Baugelderprovisionen und Pfandbriefumsatzkosten sowie der Dubiosen mit dem ihnen völlig fernstehenden Kontokorrentzinsenkonto.

II. Einzelheiten der Bewertung. 1. Lewin, Die richtige Behandlung und Führung des Werkzeugkontos, ZAktWes. **09** 37. Was ist Ersatzanschaffung und was wirklicher Zugang von Werkzeugen? Die Abschreibung hat nicht in prozentualer Höhe zu geschehen, sondern ist einzig und allein abhängig vom Resultate der Inventuraufnahme. Verhältnis von Buchwert und schätzungsweise bei Inventuraufnahme ermitteltem Zeitwert; je nachdem der erste oder der letzte größer ist, ist die Abschreibungsquote zu gering oder angemessen.

2. Lewin, Bewertung von Lagerbeständen zu Durchschnittspreisen, ZAktWes. **09** 70. Ist sie statthaft, wo die Bewertung vermengter, gleichartiger Vorräte verschiedener Herkunft nicht an der Hand von Einkaufrechnungen usw. erfolgen kann? Verneint, weil die Gefahr vorliegt, daß die Bewertung höher als der Einkaufsmarktpreis ist bei sinkenden Einkaufspreisen.

3. Die im voraus gezahlten Darlehnszinsen (bei Policenbeleihungen durch die Versicherungsgesellschaften) in der Bilanz. ZAktWes. **09** 230 [Reichsaufsichtsamt f. Privatversicherung (Veröffentl. **09** 173 f.)], Korr. d. Ält. **09** 223. Für die auf die folgenden Geschäftsjahre entfallenden Zinsteile ist eine Rückstellung in den Passiven oder eine Absetzung in den Aktiven vorzunehmen. Das Vorhandensein freier Reserven kann einen genügenden Ausgleich für die unverkürzte Einstellung der gesamten vereinnahmten Zinsen oder den Mangel eines Übertragspostens im Passivum nicht bieten. Eine allmähliche, über mehrere Jahre verteilte Auffüllung der Zwischenreserve ist an sich unstatthaft, aber vom Aufsichtsamte nachgelassen.

4. v. Speyr, BankA. 9 12, Die Rolle des Zinses auf den Konten der Bankbilanz nebst einigen anderen Bemerkungen bezüglich Bilanzierung, behandelt das Verhältnis von Zinsenkonto und Wechselkonto.

5. BauersZ. 17 60. Einkommensteuerfreiheit von Abschreibungen auf ein sog. Geschäftserwerbskonto: nur wenn sich auf Grund bestimmter mit den Betriebsverhältnissen der Steuerpflichtigen im Zusammenhange stehender tatsächlicher Unterlagen eine Verminderung des bezahlten Wertes des Geschäfts (Firma, Kundschaft) feststellen läßt, wird ein Abzug in Höhe der Wertverminderung zugelassen (Beweislast der Gesellschaft). Als solche wertvermindernde Tatsachen gelten: bevorstehende Auflösung der Gesellschaft, Änderung der Firma oder des Unternehmensgegenstandes, dauernder Geschäftsrückgang, Überhandnehmen der Konkurrenz.

6. Bewertung der Organisation und Kundschaft s. Müller-Erzbach, GoldschmidtsZ. 64 540.

§ 43. Literatur: VeitSimon, Ist eine Buchführung auf losen Blättern zulässig? BankA. 9 177. — Schär, Gutachten über die Frage der Verwendung von losen Blättern in der Buchhaltung, DWirtschZ 5 871.

Buchführung auf losen Blättern zulässig?. 1. Verneinend: Simon aaO. Auf Grund der Entstehungsgeschichte — Ersetzung der Mußvorschrift des Art. 32 HGB. (aF.) durch eine Sollvorschrift (Denkschrift) — kommt Simon zu dem Ergebnisse, daß die Buchführung auf losen Blättern (Dauerkontenbücher) unzulässig sei. Machen die Bücher aber im übrigen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens ersichtlich, so ist in der Führung der Dauerkontenbücher nicht schlechthin eine strafbare Handlung zu erblicken, sofern Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgt.

2. Bejahend: Schär aaO. Die Verwendung von losen Blättern, insbesondere das Soenneckensche Dauerkontenbuch, verstoßen nicht gegen den Sinn des Gesetzes, es läßt sich daraus weder ein Konkursdelikt konstruieren, noch wird die Beweiskraft der Bücher gemindert, wenn es sich im wesentlichen um Nebenbuchungen handelt, die an der Hand von systematischen Büchern kontrolliert oder rekonstruiert werden können (besonders Kontokorrentverkehr), und das Ganze der Buchführung den Eindruck der Ordnung und Zuverlässigkeit erweckt.

§ 44. Mosler, Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners nach Beendigung des Konkursverfahrens, R. 09 343. Der Fall liegt grundsätzlich anders, als bei sonstigen nicht verwerteten Massegegenständen (§ 162 KO.). Der Verwalter ist im Umfange des § 44 zur Fürsorge für die Bücher verpflichtet. Er muß unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 82 KO., § 276 BGB.) diejenigen Vorkehrungen treffen, die die Aufbewahrung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners in dem Umfange des § 44 beim Vorliegen der Voraussetzungen dieser Bestimmungen in der Person des Gemeinschuldners gewährleisten und nicht weiter. Der Konkursverwalter eines Minderkaufmanns darf nach vorheriger fruchtloser Aufforderung zur Abholung durch den Empfangsberechtigten die Bücher vernichten. Die Bücher sind 10 Jahre von der letzten Eintragung, meist also von der Konkurseröffnung ab, aufzubewahren (anders § 302). Der Konkursverwalter hat für Hinterlegung zu sorgen (Bedingungen, Person des Verwahrers, Höhe der Vergütung nach Sachlage). Die Gefahr ist damit auf den Gemeinschuldner oder dessen Erben oder Interessenten übergegangen, eventuell § 1913 BGB. Der Vertrag darf nicht enthalten, daß nach Ablauf der 10 Jahre die Bücher ins Eigentum des Verwahrers übergehen sollen, wohl aber kann er das Vernichtungsrecht einräumen. Analog anwendbar auf die im Abs. 2 § 44 bezeichneten Schriften.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. Miterbe als Prokurist der Erbengemeinschaft. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 161, bejaht die Frage, ob einzelne der Miterben eines zum Nachlasse gehörigen Handelsgeschäfts für die Dauer der Erbengemeinschaft zu Prokuristen der Firma ernannt werden können (gegen Staub); in RJA. **9** 159 unentschieden. Vgl. § 714 BGB. Anderenfalls müßte auch die Prokura des im Geschäfte des Erblassers als Prokurist tätigen Miterben trotz § 52 Abs. 3 erlöschen.

§ 49. Umfang der Prokura. I. Grundstücksgeschäfte. KGJ. **37** A 227 (KG.). Die Bewilligung der Löschung einer Hypothek ist unzweifelhaft ein Geschäft, das der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Abs. 2 bezieht sich nicht auf den Fall der Entlastung von Grundstücken. Die Zugehörigkeit der Hypothek zum Geschäftsvermögen ist nicht zu prüfen.

II. Mißbrauch der Vertretungsmacht. 1. Bürgschaft für eigene Schulden des Prokuristen. **RG.** SächsRpflA. **09** 209, BayerZ. **16** 235 (abgekürzt auch LeipzZ. **09** 228 Ziff. 1). Eine Bürgschaft, die ein Prokurist für seine eigene Schuld namens des Geschäftsherrn übernimmt, ist ungültig. Die Vertretungsmacht umfaßt auch ungewöhnliche und selten vorkommende Geschäfte (**ROHG. 13** 224). Wußte der Gegenkontrahent aber, daß ein Mißbrauch der Vertretungsmacht, daß Einverständnis des Geschäftsherrn mit der Bürgschaftsübernahme nicht vorliegt, so steht ihm ohne Anfechtung die Einrede der Arglist entgegen (**RG. 9** 148, **15** 206, **58** 356, JW. **04** 89). Die Sachlage fordert die Gegenpartei zu besonderer Vorsicht und Aufmerksamkeit auf, um so mehr wenn der Prokurist Sohn des Machtgebers ist: seine Erklärung über das Einverständnis des Machtgebers überhebt den Gläubiger nicht weiterer Erkundigungen und Überlegungen. Auch das Verhältnis der Bürgschaftsverpflichtung zu seinem besonderen Handelsgewerbe kommt für den guten oder schlechten Glauben des Gegenkontrahenten als Beweismoment in Betracht, ebenso die Belassung der üblichen Bestätigung der Entgegennahme der Bürgschaftserklärung gegenüber dem Geschäftsherrn. Das Einvernehmen über den Mißbrauch der Vertretungsmacht braucht kein ausdrücklich erklärtes zu sein, es genügt Wissen der Gegenpartei (Beweismomente für Wissen müssen), daß der Geschäftsherr die Bürgschaftsübernahme nicht wolle. Vgl. **RG. 71** 219 hinsichtlich eines Generalbevollmächtigten.

2. Zahlungen eigener Schulden des Prokuristen. **RG.** SächsRpflA. **09** 348, BayerZ. **16** 272. Anweisungen aus dem Bankguthaben der AG. oder Überweisungen aus ihrem Girokonto durch einen Gesamtprokuristen zur Befriedigung seiner Privatgläubiger unter gutgläubiger Mitwirkung des Mitprokuristen: Der Empfänger des Schecks hat zwar die Leistung ohne Rechtsgrund erhalten, weil es der Leistung der AG. an einer Zweckbestimmung fehlte (insbesondere nicht: Tilgung der Schuld des Gesamtprokuristen), es liegt aber keine Bereicherung vor, weil der Gesamtprokurist die Anweisung der AG. zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit verwandt, der Empfänger sie als Erfüllung angenommen hat, wodurch der Wert seiner Forderung aus seinem Vermögen ausgeschieden ist. — Die Giroüberweisung ist nur Erfüllungsgeschäft auf Kosten und mit Mitteln der AG. auf der Grundlage des zwischen dem Gesamtprokuristen und dem Empfänger vereinbarten Zahlungsgeschäfts, durch das die zu tilgende Schuld bestimmt wurde. Der Prokurist ist der Leistende, der Empfänger also nicht bereichert (s. § 347 HGB.).

§ 50. Abs. 3. Zweigniederlassungsprokura. Entstehung. KGJ. **37** A 191, BayerZ. **17** 51, R. **09** Ziff. 137 (KG.). Die Verschiedenheit der Firmen begründet nur die Zulässigkeit einer Beschränkung der Prokura

auf eine der mehreren Niederlassungen, hat aber nicht ohne weiteres die Beschränkung zur Folge, vielmehr ist es in jedem einzelnen Falle Auslegungsfrage, ob die erfolgte Bestellung eines Prokuristen auf sämtliche oder nur auf einzelne bestimmte Niederlassungen der Gesellschaft zu beziehen ist. Wird nachträglich die Beschränkung der Prokura auf die Hauptniederlassung beschlossen (von der AG.), so kommt mit diesem Beschlusse die Wirksamkeit der Prokura für die Zweigniederlassung ohne die nur deklaratorisch wirkende Eintragung der Beschränkung (§ 15) in Wegfall (KGJ. **29** A 94). In diesem Falle ist die Prokura nicht ins Register der Zweigniederlassung einzutragen, eine andere Frage ist, ob die Beschränkung ins Register der Hauptniederlassung einzutragen ist.

§ 52. 1. Prokurenwiderruf. **RG.** LeipzZ. **09** 316. Geltendmachung sofortigen Austritts wegen wichtiger Vertragswidrigkeit statt grundloser Entlassung keine Klagänderung bei Identität tatsächlichen Vorganges (**RG.** **63** 269, **65** 127). Ist nach dem Statute die Entlastung der „zur Gegenzeichnung ermächtigten Beamten" Sache des Aufsichtsrats, so kann diese Zuständigkeit dem Prokuristen nicht durch vertragswidrige Entziehung der Prokura entzogen und auf den Vorstand übertragen werden. Die abstrakte Widerruflichkeit der Prokura ist zu unterscheiden von den Wirkungen ihrer vertragswidrigen Entziehung auf den kausalen Dienstvertrag. Die Behauptung, die Prokurenentziehung sei ein ganz gewöhnlicher Trick, um ihn sofort und ohne Kosten wegzubringen, ist keine Berufung auf § 826 BGB., sondern die verschärfte Behauptung, der andere Teil habe in Wahrheit die Entlassung bezweckt und erreicht.

2. Prokura und Liquidation. **RG.** **72** 123. Eine Liquidationsgesellschaft kann weder Prokuristen bestellen, noch haben. Der früher bestellte Prokurist verwandelt sich mit Einttitt der Liquidation in einen Handlungsbevollmächtigten mit der sich aus § 149 ergebenden Abgrenzung der Befugnisse.

§ 54. Abs. 1, 2. Handlungsvollmacht; Wechselverträge. **RG.** R. **09** Ziff. 138. Der Handlungsbevollmächtigte einer Genossenschaft, der ermächtigt ist, Briefe für die Genossenschaft in Empfang zu nehmen und gemeinsam mit einem Vorstandsmitgliede Wechsel für die Genossenschaft auszustellen und zu girieren, hat auch als ermächtigt zu gelten, bei der Entgegennahme von Wechseln die Genossenschaft dahin zu verpflichten, daß sie den Wechsel bei Verfall selbst einlösen müsse.

§ 56. Vollmacht Ladenangestellter; Begriff „Laden". **RG.** LeipzZ. **09** 58 Ziff. 2. Der Stand in einer Ausstellungshalle als Laden oder offenes Warenlager anerkannt (s. JDR. **7** § 56).

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Literatur: van der Borght, Das Recht des Handlungsgehilfen. 1909. — Erdel, Bittweise Weiterbeschäftigung des gekündigten Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **14** 275. — Jahrbuch des Kaufmannsgerichts Berlin, Aufsätze, Entscheidungen, Anträge, Gutachten. Zweiter Band. Berlin 1910 (Vahlen). Es enthält folgende hierher gehörige Aufsätze: 1. v. Schulz, Über die Konkurrenzklausel. 2. Neumann, Sofortige Kündigung aus wichtigem Grunde im Sinne der §§ 70, 71, 72 HGB. (Entlassung, sofortiger Austritt). 3. Liebrecht, Die Verhinderung des Handlungsgehilfen an der Dienstleistung durch Krankheit (§ 63 HGB.). 4. Neumann, Ausgestaltung des Dienstvertrags im Wege der Rechtsprechung, an einigen Beispielen erläutert. — Landsberger, Die Haftung des Filialleiters und Lagerhalters für Manko, GewuKfmG. **14** 212 f. — Derselbe, Gratifikationen, GewuKfmG. **14** 305 f. — Mayer (Titel wie Erdel), GewuKfmG. **14** 156. Neumann, Den Abschluß des Dienstvertrags betreffende Streitfragen, DWirtschZ. **5** 522. — Ausländisches Recht: Mayer, Der österreichische Entwurf eines Handlungsgehilfengesetzes, LeipzZ. **09** 36.

§ 59. I. Abgrenzung. 1. Vom selbständigen Unternehmer. **a)** GewuKfmG. **14** 246 (KfmG. Hamburg). Ein Buchhalter, der die Instandsetzung von rückständigen Geschäftsbüchern gegen einen bestimmten Preis übernimmt, ist kein Handlungsgehilfe, sondern selbständiger Unternehmer. **b)** Handlungsgehilfe oder Gesellschafter? BauersZ. **16** 184 (Colmar). Für die Klage eines Leiters der Zweigniederlassung einer GmbH. auf Gehalt und Auslagen ist das KfmG. zuständig; er ist Handlungsgehilfe. Die Eigenschaft als Gesellschafter, die aber vorliegend nach § 2 GmbHG. nicht erworben wurde, würde seiner Anstellung als Handlungsgehilfe nicht entgegengestanden haben. Gleichgültig ist, daß die Gesellschafter mit der Anstellung den Zweck verbanden, sich durch die Einlage des Filialleiters flüssige Mittel zu beschaffen. **c)** Vom Agenten. α. Für Agenturverhältnis. αα. OLG. **19** 300 (Kiel). Momente für das Vorliegen des Agenturverhältnisses: Provision statt Gehalt, keine Reisespesen, Belastung mit Porto, Vertretungsbezirk mit Befugnis zur Bestellung von Untervertretern und zu Vertragsabschlüssen durch Vermittelung Dritter. ββ. OLG. **19** 17, R. **09** Ziff. 2520 (München). Ein Reisender, der seine Geschäfte frei, wie es ihm beliebt, ohne Unterordnung unter den Willen des Prinzipals mit Hilfe eines von ihm bezahlten Unterreisenden betreibt, seine Reisekosten selbst bestreitet und nur Provision nach Maßgabe der ausgeführten Bestellungen erhält, auch für den Eingang der Zahlungen haftet, ist Agent. β. Gegen Agenturverhältnis. OLG. **19** 42 (München). Handlungsgehilfe, nicht Agent: wenn der betreffende zwar hinsichtlich der Zeit seiner Tätigkeit nicht gebunden, aber zur Tätigkeit verpflichtet war, insbesondere der zur Erzielung eines Mindestumsatzes erforderlichen, und wenn er verbunden war, der Weisungen der Inhaberin zur Reise nach auswärts zu folgen. Gleichgültig ist die Beschränkung auf Vermittelung und Abschluß von Verkäufen.

2. Von familienrechtlichen Leistungen. **RG.** JW. **09** 502, LeipzZ. **09** 850 Ziff. 3. Die im Geschäft einer Gesellschaft ohne Gehaltsanspruch tätige Ehefrau eines Gesellschafters ist keine Handlungsgehilfin. Die Umstände des Falles weisen darauf hin, daß sie dabei auf Weisung oder mit Zustimmung ihres Mannes tätig wurde und zugleich die ihr als Ehefrau gemäß § 1356 BGB. obliegende Pflicht erfüllte.

3. Vom Gewerbegehilfen (alphabetisch). **a)** Ausstellungsangestellte. GewuKfmG. **15** 43 (KfmG. Leipzig). Ein Verlagsbuchhändler, der als Kassierer eines Mietervereins eine Ausstellung veranstaltet (Vermietung des Ausstellungssaales, Reklame), ist kein Kaufmann in dieser Tätigkeit (§§ 1—3 HGB.), seine Angestellten sind keine Handlungsgehilfen. **b)** Eisenbahnangestellte. Gordan, Unzuständigkeit der Gewerbegerichte für die gewerblichen Angestellten der Eisenbahnen, EisenbE. **25** 85. Grenze zwischen Handlungsgehilfen, gewerblichen Arbeitern und auf der Grundlage des Dienstvertrags nach BGB. angestellten Hilfspersonen: Es ist zu eng, nur dem mit dem eigentlichen Transportbetriebe befaßten kaufmännisch tätigen Personale die Handlungsgehilfeneigenschaft zuzuerkennen und in die den anderen (Hilfs-)Betrieben gleicher Art beschäftigten Personen davon auszuschließen. Der Betrieb der Eisenbahn ist im ganzen und seines Zweckes willen (Personen-Gütertransport) ein Handelsgewerbe. **c)** Gastwirtschaftsleiter. **RG.** LeipzZ. **09** 236, GewuKfmG. **14** 323. Der Leiter einer Gastwirtschaft als Handlungsgehilfe: Übertragung der Führung und Vertretung einer Wirtschaft unter Festsetzung einer Warenabnahmepflicht, Eigentumsvorbehalt, Preisfestsetzung, Abrechnungspflicht gegen Barentschädigung, Provision, freie Wohnung: es handelt sich um kaufmännische Dienste nach der Verkehrsauffassung, dem historischen und herkömmlichen Sinne des Wortes (**ROHG. 17** 309, **24** 270, **RG. 1** 268, JW. **90** 295), besonders wegen des Delkredere, des Kundenverzeichnisses, der Buchführung, des Wettbewerbsverbots. Unerheblich sind etwaige von dem Leiter

zu verrichtende technische Dienste. Die Schankwirtschaft ist ein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 Ziff. 1), der Leiter hatte den Verkauf zu besorgen. Bezüglich der Kellner entscheidet die abweichende Verkehrsauffassung (**ROHG. 24** 270). Der selbständige Filialverwalter aber übt den Betrieb an Stelle des Prinzipals aus. Das Kaufmannsgericht ist für ihn ausschließlich zuständig. **d)** Ingenieurreisender. RheinA. **4** 21 (Cöln). Der Ingenieurreisende, der Bestellungen auf von seiner Firma fabrikmäßig hergestellte Gegenstände aufsucht, ist Handlungs- und nicht Gewerbegehilfe. **e)** Packerinnen. GewuKfmG. **14** 247 (KfmG. Charlottenburg). Packerinnen in Warenhäusern, denen auch die rechnerische Prüfung des Kassenzettels obliegt, sind Handelsgehilfen. **f)** Petroleumkutscher. RheinA. **4** 23 (Düsseldorf). Ein Petroleumkutscher, der Gelder von den Kunden einzuziehen hat, aber auch Petroleum in geschlossenen Gefäßen verkaufen darf, ist trotz dieser kaufmännischen Dienste mit Rücksicht auf seine überwiegende Kutscher- und Botentätigkeit Gewerbegehilfe, nicht Handlungsgehilfe (unanwendbar: §§ 133 a, 133 f GewO.). **g)** Redakteur. GewuKfmG. **15** 17 (KfmG. Meerane u. LG. Zwickau). Redakteure nicht Handlungsgehilfen. Ebenso Jahrbuch des KfmG. Berlin II 314 Nr. 192. **h)** Registrator. GewuKfmG. **14** 317 (LG. Mainz). Registrator im Betrieb eines Handelsgewerbes, der die abgehenden Briefe zu kopieren, die eingegangenen und die Kopien der abgesandten in Sammelmappen zu ordnen hat, ist nicht Handlungsgehilfe. Vgl. dagegen JDR. **7** § 59 1 f (KfmG. Berlin). **i)** Stenograph. GewuKfmG. **14** 289 (GG. Waltershausen). Stenograph und Maschinenschreiber als Handlungsgehilfe, wenn er nach Vertrag aufgenommene Stenogramme selbständig mit Schreibmaschinenschrift in zur Absendung fertige Geschäftsbriefe umzuformen hat (vgl. JDR. **7** § 59, 1 e). **k)** Werkmeister. LeipzZ. **09** 792 (Colmar). Kaufmännische Dienste verneint, wenn der Angestellte nach dem Vertrage die Kontrolle der Arbeiter, die Aufzeichnung der Aufträge und Arbeiten, die Lohnlistenführung, die Verwahrung der Rohmaterialien, Utensilien, die Verwaltung des Handbuchs nebst Berichterstattung an die Direktion obliegen, selbst wenn er in einzelnen Fällen mit ausdrücklicher oder stillschweigender Erlaubnis der Direktion Geschäftsabschlüsse gemacht hat (Werkmeister). Auslegung des Zusatzes zu einer Konkurrenzklausel: „gleichgültig aus welchem Grunde und von welcher Seite das Dienstverhältnis gelöst wird", im Anschluß OLG. **12** 15 und **RG. 59** 79, daß ein nach § 75 Abs. 3 HGB. nichtiger Zusatz vorliege, weil die Konventionalstrafe auch bei grundloser Kündigung der Gegenpartei zu zahlen sein solle.

II. Der Gehilfenvertrag im allgemeinen. 1. Neumann, Ausgestaltung des Dienstvertrags im Wege der Rechtsprechung, Jahrbuch des KfmG. Berlin **2** 137—168. I. Gratifikationen. A. Streitfragen über ihre rechtliche Natur. Gehaltszuschlag oder Schenkung. Klagbarkeit. Bestimmung ihrer Höhe. Fälligkeit und Teilbarkeit. Anstandsschenkung. Widerruflichkeit. B. Gratifikation keine Schenkung, sondern Gegenleistung. Bedeutung regelmäßiger Zahlung für die Zukunft. Entziehbarkeit. Bedingungen. II. Kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Gehaltsforderungen. III. Ist die Vereinbarung veränderter Gehaltsbedingungen während der Kündigungszeit zulässig? Verneint (§ 138 BGB., 67 Abs. 4). IV. Wann haftet der Filialleiter, der Lagerhalter für Fehlbeträge? Regelmäßige Beweispflicht des Chefs für das Verschulden. V. Umwandlung einer kürzeren Kündigungsfrist in die einmonatige (§§ 66, 67 HGB.). Keine Nichtigkeit des ganzen Vertrags bei Verstoß gegen § 67, sondern Einsetzung der Frist des § 66.

2. Vertragsabschluß. **a)** Neumann, Den Abschluß des Dienstvertrags betreffende Streitfragen, DWirtschZ. **09** 522. Erörtert wird die Rechtsnatur des sog. Anstellungsscheins, der nur vom Gehilfen unterzeichneten ein-

seitigen Erklärung, die als Beweisurkunde für sein Einverständnis von Bedeutung wird (§ 416 ZPO.). Bedeutung des Scheines, falls er von den mündlichen Abreden abweicht unter Mitteilung eines Urteils des KfmG. Berlin, das die Frage Probeengagement (mündliche Abrede) oder Aushilfeengagement mit täglicher Kündigung (Anstellungsschein) betrifft. Bedeutung der Vorbesprechungen und der vereinbarten Beurkundung. Anfechtung wegen Irrtums namentlich über die Brauchbarkeit. **b)** Entscheidungen über die Anstellung im allgemeinen s. Jahrbuch d. KfmG. Berlin **2** 173 ff.; über Anfechtung wegen Irrtums und Täuschung (insbes. wegen Vorstrafen, Unfähigkeit, Verwandschaftsbeziehungen ebenda 190 ff.). **c)** Vereinbarungen gegen die guten Sitten: Jahrbuch d. KfmG. Berlin **2** 265 f., insbes. Entziehung der Spesen, Zwangspensionskassen.

III. Leistungen aus dem Dienstverhältnisse. 1. Allgemein. Jahrbuch d. KfmG. Berlin **2** 238 ff., insbes. Ersatz bei erfolgloser Bewerbung, Umzugskosten, Änderungen der Arbeitszeit, Provisionsansprüche, Bestimmung der Reiseroute, Mäklerlohn, Verhalten bei Uneinigkeit der Prinzipale, Gehaltsvorschüsse, Gratifikationen.

2. Gratifikationen. **a)** Landsberger, Gratifikationen, GewuKfmG. **14** 305 f. Zugesicherte, klagbare und freiwillige Gratifikationen. Zusicherung ohne Bestimmung ihrer Höhe: Pflicht zur Leistung in ortsüblicher oder angemessener Höhe. Recht zur Minderung in späteren Jahren: mit Rücksicht auf die Führung oder die Geschäftslage. Pflicht zur Gewährung ohne Zusicherung bei bestehendem Ortsgebrauche. Wegfall der zugesicherten Gratifikation bei berechtigter Unzufriedenheit des Prinzipals? bei Aufkündigung während des Geschäftsjahrs? Verf. ist gegen anteilige Gewährung. Vgl. auch KfmG. Berlin im Reichsarbeitsblatt **5** 78 (bestritten). Keine stillschweigende Vereinbarung infolge mehrjähriger Gewährung (KGBl. **18** 11; KfmG. Berlin aaO. und JbKfmBerlin **1** 278). Die Natur der nicht zugesicherten Gratifikation als Schenkung (vgl. RArbBl. **4** 116). § 534 BGB. ist nicht anwendbar. Zulässigkeit des Widerrufs nach § 530 BGB. Ausnahmefälle der Anwendbarkeit des § 534. **b)** GewuKfmG. **14** 373, BauersZ. **17** 43 (KfmG. München) teilweise abweichend. **c)** GewuKfmG. **14** 154 (Kfm. Hamburg). Eine zugesicherte Gratifikation ist als Gehaltszuschlag (nicht als Geschenk) anzusehen. Sie ist anteilig zu leisten, wenn der Gehilfe während des Geschäftsjahrs austritt außer bei Entlassung wegen Pflichtverletzung, aber nicht beim Austritt, sondern erst mit dem Zeitpunkte fällig, in welchem der Gehilfe beim Verbleiben im Geschäfte die ganze Gratifikation hätte beanspruchen können (vgl. auch ebenda 199). **d)** Neumann s. oben unter 1.

3. Mankohaftung. **a)** Landsberger, Die Haftung des Filialleiters und Lagerhalters für Manko, GewuKfmG. **14** 212 f. Verf. erörtert zunächst eingehend die Natur des Vertrags mit diesen Filialleitern und Lagerhaltern: es liegt ein Handlungsgehilfenvertrag vor. Der ausdrücklich als Filialleiter und Lagerhalter bestellte und während der Dauer des Vertrags als solcher handelnde haftet unbedingt für den ihm übergebenen Kassen- und Warenbestand und muß für jeden Fehlbetrag den ordnungsmäßigen Abgang nachweisen oder den entstandenen Verlust ersetzen. **b)** GewuKfmG. **15** 59 (KfmG. u. LG. Stettin). Beweislast des Lagerhalters (Filialleiters) einer Genossenschaft für das Kassenmanko bejaht. **c)** SchlHolst. Anz. **09** 108 (Kiel). Der Vertrag verstößt nicht gegen § 138 BGB., wenn die von der Verkäuferin zu leistende Kaution auch für alle in der Verkaufsstelle beschäftigten Bediensteten und auf für nur rechnerisch vorhandenes Manko haftet. **d)** GewuKfmG. **14** 13 (LG. Danzig). Kaution des Gehilfen durch Einhaltung der Umsatzprovision und eines Teiles des Gehalts. Beweislast bei der Klage auf Auszahlung und Voraussetzungen des Eintritts des Kautionsverfalls. Der auf Auszahlung des als Kaution einbehaltenen Gehalts verklagte Prinzipal muß beweisen, daß der Gehilfe das Fehlen an Waren in dieser Höhe oder vereinnahmte Beträge verschuldet

habe — oder daß er kraft eines Verwahrungsvertrags für die Rückgabe der Waren oder deren Geldeswert hafte — oder daß er die alleinige Verwaltung der ihm übergebenen Waren gehabt und deren Betrieb geleitet habe und allein für den Verbleib verantwortlich sei: hat der Prinzipal die Schlüssel verwahrt, so ist die dem Gehilfen vertragsmäßig auferlegte Mankohaftung stillschweigend abgeändert (anders KfmG. Danzig 1. 5. 08 ebenda).

IV. Ausländisches Recht. Mayer, Der österreichische Entwurf eines Handlungsgehilfengesetzes, LeipzZ. **09** 36. Neuregelung folgender Punkte Buch 1 Titel 6 AHGB.: 1. Ausdehnung der Vorschriften auf Kaufmannsgehilfen, die höhere nicht kaufmännische Dienste leisten, und auf höhere Dienste in nicht kaufmännischen Betrieben (Sparkassen, Versicherungsanstalten öffentlichen Rechtes), sowie auf höhere nicht entlohnte Dienste. 2. Wirksamkeit des Kollektivvertrags. 3. Anrechnungen sozialrechtlicher Leistungen (Kranken-, Unfallgeld). 4. Verbot der Geschenkannahme. 5. Recht auf Urlaub. 6. Provisionen, Dienstwohnung, Kautionen, Zeugnis. 7. Verpflichtung zur Regelung der öffentlich-rechtlichen (gewerberechtlichen) Seite des Dienstverhältnisses.

§ 60. Gesetzliches Konkurrenzverbot. Tragweite. Kaufmannseigenschaft trotz Zuwiderhandlung gegen § 60. SeuffBl. **09** 34 (BayObLG.). Das Registergericht ist nicht befugt, auf Antrag des Prinzipals die Löschung der Firma seiner — unter Verletzung der sich aus § 60 ergebenden Vertragspflichten — als Inhaber einer Konkurrenzfirma eingetragenen Handlungsgehilfen zu bewirken (§§ 142, 143 FGG.). Vgl. § 1.

§ 61. Verletzung des Konkurrenzverbots. Eintrittsrecht des Prinzipals. R. **09** Ziff. 2518, 2519 (Cöln). Das Eintrittsrecht bezieht sich nur auf solche Geschäfte des Handlungsgehilfen, die sich für den Prinzipal als Konkurrenzgeschäft darstellen, und nur auf solche, die der Gehilfe für sich abschließt. Bei Geschäften, die eine Handelsgesellschaft, der ein Handlungsgehilfe als Gesellschafter beigetreten ist, abgeschlossen hat, kann daher ein Eintrittsrecht des Prinzipals höchstens insoweit in Frage kommen, als der Prinzipal berechtigt erscheinen kann, von dem Handlungsgehilfen den sich für diesen aus der Gesellschaft ergebenden Gewinnanteil herauszuverlangen.

§ 63. Literatur: Liebrecht, Jahrb. d. KfmG. Berlin 2 110 bis 136 (s. vor § 59). — Neumann, Verschiedene Streitfragen zum § 63 HGB. Rechte und Pflichten der Beteiligten, DWirtschZ. 5 328. — Derselbe, Zu dem Streite um die Auslegung der § 63 HGB., DWirtschZ. 5 187.

I. Die Praxis zu § 63 im allgemeinen.

1. Liebrecht aaO. a) Erwerbsunfähigkeit und Verhinderung an der Dienstleistung. Beide Begriffe decken sich: Berufsinvalidität, Unfähigkeit zur Leistung der versprochenen Dienste, nicht jeder Arbeit überhaupt. b) Der Hauskrankenschein als Beweismittel (die Bescheinigung des Kassenarztes für die Krankengeldanweisung). § 416 ZPO. ist maßgebend für die Erklärung des Arztes; Beweispflicht des Gehilfen für die Krankheit bei Bemängelung des Scheines. c) Unverschuldete Krankheit. Beweislast des Prinzipals für schuldhafte Entstehung. Geschlechtskrankheiten: im allgemeinen werden sie als unverschuldet betrachtet, anders bei gegen allgemeine Sittengesetze verstoßendem Verkehre (z. B. Ehebruch). Schwangerschaft ist keine Krankheit; § 63 ist unanwendbar; vgl. aber § 616 BGB. Menstruation ist keine Krankheit, vgl. aber § 617 BGB. d) Lungenheilstättenbehandlung. Es bedarf im Einzelfalle der Prüfung, ob der Gehilfe nicht mehr imstande war, ohne Verschlimmerung seines Leidens oder Gefährdung seiner Heilung seine Dienste zu verrichten, als er zur Heilstätte einberufen wurde. War bei Stellungsantritt die bevorstehende Einberufung in die Heilstätte dem Gehilfen bekannt, so

steht dem Prinzipale § 123 BGB. zur Seite, event. § 119. e) Entschuldigung der Handlungsgehilfen im Krankheitsfalle. Ärztliches Attest. Nichtentschuldigung als Entlassungsgrund. Keine Pflicht zur Attestbeibringung ohne besondere Abrede; bei besonderer Abrede Kostenersatzpflicht des Prinzipals. f) Berechnung der sechswöchigen Dauer. Einfluß der Kündigung. Unterbrochene Verhinderungen, Einheit des Krankheitsfalls, nicht der -ursache ist entscheidend. g) Gehalt und Unterhalt im Sinne des § 63 HGB. Ist unter Gehalt jede Vergütung zu verstehen? Provision und Spesen gehören nicht dazu. Muß statt des Unterhalts Geldentschädigung geleistet werden? Verneint. h) Einfluß der Verhinderung an der Dienstleistung auf das Zeugnis: unter Dauer der Beschäftigung im § 73 ist die rechtliche, nicht die tatsächliche zu verstehen, also keine Erwähnung der Verhinderung. Ausnahmen. i) Ausschluß der Gehaltszahlung durch Vereinbarung. Dispositive Natur des Abs. 1 § 63.

2. Neumann, DWirtschZ. 5 328. a) § 63 Abs. 1 verlangt, falls ein Verzicht auf die in ihm genannten Ansprüche überhaupt zulässig ist, die Prüfung, ob wirklich ein bewußter Verzicht beabsichtigt worden ist. b) Die Dauer des Rechtes auf Gehaltsfortbezug: längere Dauer der Krankheit und des Dienstverhältnisses als 6 Wochen; Endigung des Dienstverhältnisses vor Ablauf der 6 Wochen, insbesondere bei Auflösung ohne Kündigungsfrist. Ausnahme nach § 72. Fortbestand des Anspruchs bei Untersuchungshaft: wenn keine strafbare Handlung vorliegt oder die Haft nicht durch das Verhalten begründeten Verdacht veranlaßt ist. c) Berechnung der Behinderungszeit: bei kurzem mißglückten Versuche der Wiederaufnahme der Arbeit greift Zusammenrechnung der beiden Perioden, nicht Neurechnung Platz. d) Verhältnis der Rechte aus § 63 zur Irrtumsanfechtung durch den Prinzipal; nur wenn die Arbeitsunfähigkeit bei Vertragsabschluß bestand, ist Anfechtung zulässig. e) Begriff des unverschuldeten Unglücks. Geschlechtskrankheiten; Verschuldung bezüglich der Fortdauer einer Krankheit, insbesondere bei Nichtzuziehung eines Arztes. Dienstverhinderung trotz Ausgeherlaubnis? Pflicht des Angestellten zur Benachrichtigung des Chefs von der Verhinderung. Verhinderungen infolge Ereignissen in der Person von Angehörigen des Gehilfen. f) Feststellung der Krankheit: Vertrauensarzt des Prinzipals, ärztliches Attest, Beweisführung im Prozesse. Unterbringung in eine Heilstätte als Verhinderung. Begriff „Gehalt" im Sinne des § 63: Spesen, Provision, Ersatz von Wohnung und Verpflegung, besonders bei Krankenhausbehandlung auf Kosten der Kasse.

3. Jahrb. d. KfmG. Berlin 2 252 ff.

4. Reform. Neumann, DWirtschZ. 5 187. Erörtert werden die Unzuträglichkeiten, die sich aus der Verneinung zwingender Natur des Abs. 1 ergeben. Gewürdigt werden die Bedeutung der parlamentarischen Entstehungsgeschichte von Gesetzen, der soziale Zweck der vom bürgerlichen Rechte abweichenden Vorschrift, die praktischen Erfahrungen: der Natur der Vorschrift nach ist Abs. 1 ebenfalls zwingend. Anschließend wird die Zweckmäßigkeit der Vorschrift und die geplante Reform erörtert. Verf. befürwortet a) Für die Unterstützung während der Krankheitszeit hat nicht der einzelne Prinzipal, sondern die Gesamtheit der Berufsgenossen einzutreten (Berufsgenossenschaft, Krankenversicherung). b) Für ein halbes Jahr nach Beginn des Dienstverhältnisses und die Kündigungszeit ist nur das halbe Gehalt bei Erkrankung fortzubeziehen. c) Eventuell ist der Abzug des Krankengeldes zwar allgemein zu verbieten, aber bei einer Verhinderung in den ersten sechs Monaten nach Beginn des Dienstverhältnisses oder nach der Kündigung zuzulassen.

II. Einzelfragen. 1. Der Verzicht auf die Rechte des Abs. 1. a) Art des Zustandekommens. DWirtschZ. 5 328 (KfmG. Berlin). Ein im Falle des Abs. 1 für zulässig erachteter Verzicht auf Gehalt und

Unterhalt erfordert nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch einen Hinweis auf die Rechte des § 63. Sonst bedeutet die Erklärung nichts weiter, als daß der Angestellte an den Tagen, wo er nicht wegen unverschuldeten Unglücks fortbleibt, kein Gehalt zu beanspruchen hat. b) Verzicht und Arbeitsordnung. GewuKfmG. 14 12 (KfmG. Mainz). Eine beim Engagement getroffene Vereinbarung, durch die die Gehaltszahlung für den Krankheitsfall des Angestellten ausgeschlossen wird, wird durch eine entgegenstehende Vorschrift einer Arbeitsordnung (§ 139 k GewO.) aufgehoben, die vor dieser Vereinbarung erlassen, aber erst nachher, nämlich gleichzeitig mit dem Dienstantritt in Kraft getreten ist.

2. Nachweis der Erwerbsunfähigkeit. GewuKfmG. 14 178 (KfmG. München). Der Gehilfe ist in Krankheitsfällen zur Erbringung des Nachweises seiner Erwerbsunfähigkeit verpflichtet. Welchem Arzte er sich anvertrauen will, muß mangels besonderer Vereinbarung seinem eigenen Ermessen, nicht dem des Prinzipals, selbst wenn dieser die Kosten seines Vertrauensarztes tragen will, überlassen bleiben.

3. Zeitliche Begrenzung des Gehaltsanspruchs. DWirtschZ. 5 329 (KfmG. Berlin). Die sechswöchige Begrenzung des Gehaltsanspruchs gilt, gleichviel, wie lange die Krankheit oder das Dienstverhältnis noch über sechs Wochen hinaus dauern.

4. Anwendbarkeit auf Erkrankung während des Urlaubs. GewuKfmG. 14 344 (KfmG. München). Gehaltsanspruch des ohne Gehalt beurlaubten Gehilfen, wenn er während des Urlaubs erkrankt: er kann den Gehaltsanspruch insoweit nicht behalten, als er ihn während des Urlaubs nicht hat, im übrigen ist § 63 auch auf die Urlaubszeit anwendbar.

§ 64. Gehaltszahlung. 1. Spesenvorschußpflicht des Prinzipals. GewuKfmG. 14 151 (LG. Stettin). Der Prinzipal hat grundsätzlich die Spesen vorzuschießen. Die Weigerung des Reisenden, ohne Spesenvorschuß weiterzureisen, ist kein Entlassungsgrund. Auslegung der Vertragsbestimmung, daß Gehalt und Spesen in voller Höhe nur dann gezahlt werden, wenn ein bestimmter Durchschnittstagesumsatz erzielt ist: der Prinzipal kann sich seiner Vorschußpflicht nicht lediglich deshalb entziehen, weil der Reisende in den ersten elf Tagen seiner ersten Tour den Durchschnittsumsatz nicht erzielt hat.

2. Ausgleichsquittungen: Jahrb. d. KfmG. Berlin 2 271 ff.

§ 65. I. Provision. 1. Anwendung des § 88. Abstandnahme vom Geschäfte. GewuKfmG. 14 179 (LG. Hamburg). Der Versicherungsagent eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit hat keinen Provisionsanspruch, wenn die Police nicht innerhalb der sog. Respektsfrist eingelöst ist, da durch die entsprechende Bestimmung des Versicherungsvertrags dem Versicherten die Wahl zwischen Einlösung oder Befreiung vom Vertrage gegen Zahlung einer Abstandssumme eingeräumt ist, mithin Abs. 2 § 88 nicht zutrifft.

2. Anwendung des § 91 (Buchauszug). GewuKfmG. 14 226 (KfmG. Hamburg). Auch der mit Umsatz- (nicht Verkaufs-) Provision angestellte Handlungsgehilfe kann einen Buchauszug über alle provisionspflichtigen Geschäfte verlangen.

II. employé interessé. 1. Tantieme oder Gehalt? GewuKfmG. 14 290 (KfmG. Hamburg). Ein Vertrag, wonach an der die Hälfte des Grundgehalts betragenden Tantieme nur diejenigen Angestellten nach Ermessen des Prinzipals zu beteiligen sind, die bei der Prämienverteilung noch im Geschäfte tätig sind, verstößt gegen die guten Sitten. Es handelt sich nicht um einen Nebenbezug, sondern einen Teil der Vergütung. Die Bezeichnung Tantieme ist unrichtig, irreführend und nicht entscheidend.

2. Teiltantieme beim Ausscheiden. OLG. **19** 302, HansGZ. **09** Hptbl. 91, BauersZ. **16** 197 (Hamburg). Fällt das Geschäfts- mit dem Kalenderjahre zusammen, so entspricht es der Üblichkeit, dem inmitten des Jahres ausscheidenden Angestellten die Tantieme auf den Jahresgewinn nach Verhältnis der Zeit seiner Anstellung zu gewähren, ohne Rücksicht darauf, daß außergewöhnliche, ohne Mitwirkung des Angestellten erzielte Gewinne erst in die Zeit nach dem Austritte fallen, aber unter Beachtung, daß infolge späterer Verluste überhaupt kein Gewinn erzielt ist. Eine andere Berechnung setzt eine Vereinbarung oder den Nachweis voraus, daß der Geschäftsherr so sicher des zu erzielenden Gewinns ist, daß er ohne Sorge für die Zukunft und unbekümmert um das Bilanzergebnis die in die Dienstzeit des Angestellten fallenden Geschäfte von den übrigen, später folgenden abtrennen und den Gewinn aus ihnen gesondert der Tantiemeberechnung zugrunde legen kann (vgl. JDR. 7 § 65).

§ 66. Befristete Kündigung. I. Allgemein. S. Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 195 ff., insbesondere mit Rücksicht auf § 139 k GewO., § 125 BGB.

II. Auslegung einer Erklärung als Kündigung. BreslauAK. **09** 18 (LG. Breslau). In der Bitte des Gehilfen, das Austrittsgesuch zu genehmigen, ist seine Kündigung zu sehen, ohne daß es der Genehmigungserklärung des Prinzipals bedarf.

III. Auf unbestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis. **RG. 68** 317. Ist in einem zehnjährigen Vertrage dem Prinzipal ein ordentliches Kündigungsrecht überhaupt nicht und dem Gehilfen während der ersten drei Jahre nicht eingeräumt, so ist für diese drei Jahre der Vertrag fest abgeschlossen; insoweit enthält er ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Dienstverhältnis, auf welche Art Verträge sich die §§ 66, 67 nicht beziehen.

IV. Anwendbarkeit des § 66 bei Verstoß gegen § 67 Abs. 1 s. dort.

§ 67. Literatur: Erdel, Bittweise Weiterbeschäftigung des gekündigten Handlungsgehilfen, GewuKfmG. **14** 275. — Mayer, Dasselbe, ebenda 156.

Kündigungsfristen. I. Grundsatz der Fristengleichheit. **RG. 68** 317, SeuffA. **64** 353, BauersZ. **17** 19 s. JDR. **7** unter Ziff. 1 und 2. Verlängerung der Kündigungsfrist um die Zeit der Ausschlusses der Kündigung für einen Teil: § 67 schützt nur den Gehilfen.

II. Mindestfrist. 1. Konversion kürzerer Fristen. GewuKfmG. **15** 60 (KfmG. Chemnitz). An Stelle einer vereinbarten 14 tägigen ungültigen Kündigungsfrist hat die monatliche des Abs. 1 § 67, nicht die des § 66 als vereinbart zu gelten.

2. Verstoß gegen diesen Grundsatz durch Gehaltsminderung während Kündigungsfrist? a) Verneinend ZVersWes. **09** 232. Pensaverträge der Lebensversicherungsinspektoren: Kritik eines KfmG.-Urteils, wonach die Vereinbarung, nach welcher der Inspektor im Kündigungsmonat eine feste Vergütung (Gehalt, Unkostenzuschuß, garantiertes Einkommen) nur im Verhältnisse zu dem erzielten, perfekten Versicherungssummen erhalten soll, zwar nicht nach § 138 BGB., aber nach § 67 ungültig sei ((sofortige Entlassung und Tätigkeit als Agent). b) Dagegen Köcher, GewuKfmG. **15** 68. Gehaltsminderung während der Kündigungsfrist: für den Verstoß nach § 67, wenn auch gegen Annahme eines Agenturverhältnisses. Ebenso Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 388.

3. Bittweise Weiterbeschäftigung des gekündigten Handlungsgehilfen. a) Mayer, GewuKfmG. **14** 156. Im Gegensatze zum KfmG. Mannheim (GewuKfmG. **13** 404) verneint Verf. mit Rücksicht auf § 67 die Zulässigkeit einer Weiterbeschäftigung „ohne Verbindlichkeit" des Prinzipals, sofern dieser zur Zahlung von Lohn für die zu leistenden Dienste verpflichtet sein soll.

Anders, wenn die Lohnzahlung in seinem Belieben stehen soll. **b)** Erdel, GewuKfmG. **14** 275. Gegen Mayer: im allgemeinen ist zwar die Frage nach der Zulässigkeit einer bittweisen Beschäftigung gegen Bezahlung zu verneinen; eine Ausnahme ist für den Fall zu machen, daß sich die Weiterbeschäftigung an den Ablauf seines Dienstverhältnisses anschließen soll. Gesetzliche Grundlage ist § 625 BGB. Es genügt, daß der Prinzipal, der den Gehilfen weiter arbeiten läßt, ausdrücklich erklärt, die Weiterbeschäftigung solle nicht die Verlängerung des Vertragsverhältnisses bedeuten. Der Handlungsgehilfe kann bis auf weiteres seine Dienste gegen Beanspruchung der vorherigen Vergütung fortsetzen, der Prinzipal dieser Weiterbeschäftigung jederzeit ein Ende machen. Vgl. auch GewuKfmG. **14** 393 (KfmG. Mannheim) ebenso.

§ 69. I. Vorübergehende Aushilfe. 1. GewuKfmG. **14** 266 (KfmG. Düsseldorf). Annahme zu „vorübergehender Aushilfe" auf ein Vierteljahr mit gegenseitiger täglicher Kündigung: § 69 greift nur Platz, wenn es sich um ein Dienstverhältnis von unbestimmter Dauer handelt. Die regelmäßige Tätigkeit des Gehilfen für den Saisonbetrieb kann nicht zur vorübergehenden Aushilfetätigkeit gemacht werden. Gegenüber einem Dienstvertrag auf bestimmte Dauer besteht (außer § 70) eine Kündigungsfrist nicht.

2. S. die Entscheidungen im Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 181 ff.

II. Anstellung zur Probe ebenda 186 und 187 f.

§§ 70—72. Literatur: Neumann, Sofortige Kündigung aus wichtigem Grunde im Sinne der §§ 70, 71, 72 HGB. (Entlassung, sofortiger Austritt), Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** (1910) 86 bis 109.

1. Neumann. I. Allgemeine Voraussetzung, wichtiger Grund: a) §§ 71 Ziff. 1, 72 Ziff. 3; dagegen § 71 Ziff. 2, 3: Unmöglichkeit der Erfüllung der Dienstleistungen gibt beiderseitiges Kündigungsrecht, Unerfüllbarkeit der Gegenleistungen nur dem Handlungsgehilfen (vgl. §§ 615, 293 BGB. für den Chef, § 285 für den Gehilfen). Es genügt zur sofortigen Aufhebung nicht jede wesentliche Änderung der bei Eingehung des Vertrags mutmaßlich gewürdigten Umstände. b) §§ 71 Ziff. 4, 72 Ziff. 4, 3, 1. II. Die Erklärung der sofortigen Kündigung (Androhung? Zögern). Wann müssen die wichtigen Gründe vorliegen? (Verzicht. Gründe vor Beginn des Dienstes). Zeit ihrer Geltendmachung. III. Wirkung der sofortigen Kündigung, falls kein wichtiger Grund vorliegt (Pflicht zur Anbietung der Dienste. Tätigkeit bei der Konkurrenz). IV. Folgen der nicht zu rechtfertigenden Kündigung im einzelnen. A. Ansprüche bei ungerechtfertigter Entlassung. Vergütung, Unterhalt, Provision, Spesen, anderweite Verwendung der Dienste. B. Folgen des unberechtigten Austritts des Handlungsgehilfen. V. Wirkung der gerechtfertigten Kündigung. VI. Die richterliche Nachprüfung. VII. Bemerkungen zu den einzelnen Auflösungsgründen. § 71 und § 72 HGB. VII. Vereinbarung weiterer wichtiger Gründe und deren Einschränkung.

2. Über Auflösung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist: Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 198 ff.

3. **RG. 72** 393. Die verein. ZivSen. verneinen im Gegensatze zu **RG. 67** 3 einen kraft Gesetzes klagbaren Rechtsanspruch des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen, der den übernommenen Dienst nicht antritt oder vor Ablauf der Dienstzeit verläßt, dahin, daß er in der Zeit, während der er sich vom Dienste fernhält, nicht irgendeinem anderen Prinzipale Dienste leiste. S. a. JDR. **6** zu BGB. § 611 Ziff. 4 c δ.

§ 70. I. Wichtiger Kündigungsgrund. 1. Für den Prinzipal. a) GewuKfmG. **14** 227 (München). Wenn die Polizeibehörde die Entlassung eines im Auskunfts- oder Inkasso-Bureau Angestellten gemäß § 35 GewO. verlangt (vgl. Reger **16** 3). **b)** OLG. **19** 301 (Kiel); vgl. JDR. **7** § 70 k. Abberufung von erfolglos arbeitenden Reisenden: Ein so geringer Erfolg des Reisenden, durch den der Prinzipal andauernd Verluste zu verzeichnen hat, und der daher einen gewinnbrin-

genden Fortgang seines Geschäfts in Frage stellt, muß einen hinreichenden Grund dafür abgeben, den Reisenden, nachdem trotz wiederholter Erinnerung eine Zunahme in der Gewinnung von Kunden nicht stattgefunden hat, von der Geschäftsreise zurückzurufen und mit angemessenen Kontorarbeiten zu beschäftigen. Auf Verschulden des Reisenden für die geringen Erfolge kommt es nicht an. Es genügt, daß derart erhebliche tatsächliche Verhältnisse eintreten, daß dem Prinzipale nach Lage der Umstände aus in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Gründen das fernere Reisenlassen nicht mehr zugemutet werden kann. Entschädigung für Verkaufsprovision und Reisespesen hat zur Voraussetzung, daß der Reisende sich zur Beschäftigung im Kontor zur Verfügung stellt. e) GewuKfmG. **14** 269 (KfmG. Solingen). Unentschuldigtes Ausbleiben des Gehilfen (Verkäufers im Ladengeschäft) am Sonntage vor Weihnachten.

2. Für den Angestellten. **a) RG.** R. **09** Ziff. 3474. Eine dem Anstellungsvertrage zuwiderlaufende erhebliche Beschränkung der Dienstbefugnisse des Angestellten stellt für diesen einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung dar. Es ist zu prüfen, ob nach der Länge der Zeit ... bis zur erklärten Kündigung oder ob sonstige Umstände dafür sprechen, daß er sich in die tatsächlich durchgeführte Änderung seiner dienstlichen Stellung füge. Der Angestellte konnte noch einige Zeit lang warten, um zu sehen, ob seine Beschwerde Erfolg haben werde. Es trifft ihn deshalb, wenn er vom „Sommer" bis Mitte Oktober, als sich ihm Gelegenheit zu selbständiger Tätigkeit bot, wartete, ehe er zur Kündigung schritt, nicht der Vorwurf, daß er hiermit ungebührlich und wider Treu und Glauben gezögert habe. **b)** OLG. **19** 302 (Braunschweig). Die Umwandlung von Vertrauens- in feste Spesen konnte für sich allein einen wichtigen Grund für die Kündigung nicht bilden, namentlich wenn im Vertrag Ausnahmen vorbehalten sind. Ein Grund für die Umwandlung braucht nicht angegeben zu werden. Die festen Spesen müssen aber angemessen sein (vgl. JDR. **7** § 70 unter b).

II. Verzeihung. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **09** 218. Verziehene Kündigungsgründe können nicht mehr benutzt werden. Auch ein Grund zur Anfechtung des Dienstvertrags wegen Irrtums kann, vorausgesetzt, daß der Prinzipal noch in der Lage wäre, die Anfechtung mit Erfolg durchzuführen, als Kündigungsgrund (minus) benutzt werden. **b)** R. **09** Ziff. 1707 (Stuttgart). Dem Prinzipale bekannte Vorkommnisse, die ihm nicht zu der noch möglichen Kündigung auf den Quartalsschluß Veranlassung gegeben haben, dürfen von ihm regelmäßig nicht benutzt werden, um nach Ablauf der Kündigungsfrist die sofortige Entlassung darauf zu gründen.

III. Abs. 2. Schadensersatzpflicht. Vgl. den Antrag des Ausschusses des Berliner Kaufmannsgerichts, Jahrb. desselben **2** 349.

§ 71. Ehrverletzung gegen den Gehilfen. GewuKfwG. **14** 177 (KfmG. Liegnitz). Der gemäß Ziff. 4 kündigende Gehilfe hat keinen Schadensersatzanspruch ➻ §§ 628 Abs. 2 BGB., 70 Abs. 2 HGB. Red. ⟵, wenn dem Prinzipale gleichfalls ein Grund zur sofortigen Entlassung zur Verfügung steht.

§ 72. Einzelne wichtige Kündigungsgründe für den Prinzipal. 1. Ziff. 1 Dienstuntreue, Vertrauensmißbrauch. **RG.** LeipzZ. **09** 473, JW. **09** 113 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 738/9. Ausnützung eines vom Prinzipale gewährten Rabatts für vom Reisenden zu machende Hochzeitsgeschenke zugunsten Dritter oder zum eigenen Vorteil unter falschen Angaben als Untreue und Mißbrauch: nicht maßgebend ist der Gesichtspunkt der Vermögensschädigung, sondern ob das Verhalten geeignet war, den Reisenden des Vertrauens seines Chefs unwürdig erscheinen zu lassen und die Besorgnis zu begründen, daß seine Tätigkeit die Interessen des Klägers gefährden werde. Unbeachtlich wäre eine Anschauung der Handelswelt über die Wichtigkeit eigennütziger Ausnützung persönlicher Vergünstigungen nur

bei häufiger Wiederholung und höheren Werten. Erheblich ist auch das Ableugnen der vorgehaltenen Pflichtwidrigkeiten.

2. Ziff. 2. a) **RG.** SächsRpflA. **09** 166. Weigerung der Dienstpflicht: Es genügt objektive Rechtswidrigkeit der Weigerung, nicht erforderlich ist subjektives Verschulden. **b)** GewuKfwG. **14** 314 (KfmG. Berlin, LG. I Berlin). Ist der Verkäufer in einem Juweliergeschäfte verpflichtet, sich am Putzen des Silbers zu beteiligen? Besteht ein dahingehender Ortsgebrauch? Bejaht vom KfmG., verneint vom LG.

3. Ziff. 3. GewuKfmG. **14** 269 (KfmG. Chemnitz). Begriff anhaltende Krankheit: eine solche, deren Ende sich nicht absehen läßt und die voraussichtlich noch erheblich lange dauern wird; bezüglich der voraussichtlichen Dauer der Krankheit ist der Zeitpunkt, in dem die Entlassung ausgesprochen wird, maßgebend; unerheblich ist, ob sie bis dahin bereits erheblich lange, etwa über die Zeit von 6 Wochen hinaus gedauert hat.

4. Ziff. 4. GewuKfmG. **15** 41 f. (LG. Chemnitz). Erhebliche Ehrverletzung: Unentschuldigtes mehrtägiges Ausbleiben.

§ 73. Literatur: Galland und Abel, Das Recht des Arbeitszeugnisses, GewuKfmG. **14** 64 ff. (Referat auf dem Verbandstage des Verbandes Deutscher Gew.- und Kfm.-Gerichte zu Jena, 27. bis 29. August 1908).

I. Allgemein. 1. Galland gibt eine Übersicht über den Stand der Rechtsprechung hinsichtlich der einzelnen Fragen: Pflicht zur persönlichen Ausstellung, Form, Verzicht, Zurückbehaltungsrecht, Zeitpunkt, Inhalt, Wahrheit, Beweislast. — Abel erörtert den Inhalt und die Streitigkeiten über die Aushändigung des Zeugnisses, sowie sonstige einschlägige prozessuale Fragen.

2. Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 232 ff.

II. Zeugnisform. GewuKfmG. **14** 200 (KfmG. Leipzig). Kein Anspruch auf Zeugnis auf weißem Papier trotz entsprechender Fassung des vorangegangenen gerichtlichen Vergleichs mangels Rechtsschutzinteresses (§ 888 Abs. 1 ZPO.).

III. Auskunftspflicht des Prinzipals über den Gehilfen? **a)** GewuKfmG. **14** 267 (KfmG. u. LG. München). Die Erteilung einer Auskunft über den Handlungsgehilfen nach Beendigung des Dienstverhältnisses hat mit der Erfüllung des Vertrags gegenüber dem Handlungsgehilfen nichts zu tun. Der Prinzipal ist aber verpflichtet, wenn er Auskunft gibt, sie richtig zu geben (§§ 823, 824 BGB.). **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 249 (Hamburg). Keine Haftung aus erteilter Auskunft über einen früheren Angestellten, wenn in der Auskunft die in der Anfrage ausdrücklich gestellte Frage nach der Zuverlässigkeit mit Stillschweigen übergangen war.

IV. Vgl. auch zu BGB. § 630.

§ 74. I. Allgemein. Vgl. Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** 286 ff. über Fortbestand bei Rücknahme der Kündigung, Konkurrenzgeschäft der Ehefrau, Erschwerung des Fortkommens, Berufswechsel, Warenhäuser.

II. Kontrahenten. **a) RG. 67** 333 vgl. JDR. **7** § 74 Note 3 und GewuKfmG. **14** 154. **b) RG.** LeipzZ. **09** 228 Ziff. 2 und eingehend 318 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 740. Auf Fälle, in denen der bisherige Handlungsgehilfe mit seinem bisherigen Prinzipal einen Vertrag schließt, in welchem er sich aus anderen Gründen einem Wettbewerbsverbot unterwirft, können die §§ 74, 75 keine Anwendung finden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vertragswortlaut ergibt, daß die Parteien beim Vertragsschlusse von der Voraussetzung ausgingen, die Tätigkeit als Handlungsgehilfe der anderen Partei sei beendet, wenn ein vom Tage des Vertragsabschlusses auf 10 Jahre hinaus geltendes Wettbewerbsverbot vereinbart wird. Bedeutungslos ist, daß der Ausscheidende trotzdem noch eine Zeit lang aus diesem oder jenem Grunde, aber nicht mehr als Handlungsgehilfe verblieb. **c)** Düringer, Zu dem Rechte der Handlungsgehilfen:

Konkurrenzklausel. LeipzZ. **09** 210. Gegen die beiden RGEntsch. Nicht darauf kommt es an, ob in ihrem Vertragsverhältnisse sich die Kontrahenten noch als Prinzipal und Handlungsgehilfe gegenüberstehen, sondern darauf, ob der eine Kontrahent zur Zeit des Vertragsschlusses noch dem Stande der Handlungsgehilfen angehört, ob er als „Handlungsgehilfe mit einem Prinzipal" abschließt. Auch wenn der Gehilfe selbständig wird, kann nicht anders entschieden werden: es kommt darauf an, ob der Kontrahent in dem Zeitpunkt, in dem er sich der Beschränkung unterwirft, noch die wirtschaftlich abhängige Stellung eines Handlungsgehilfen hat (unter ausdrücklicher Aufgabe des bei Düringer-Hachenburg, Komm. (2) I 459 vertretenen Standpunkts).

III. Unwirksamkeit wegen Unbilligkeit. 1. GewuKfmG. **15** 15 (KfmG. Mannheim). Die Konkurrenzklausel ist unwirksam wegen unbilliger Beschränkung des Handlungsgehilfen, wenn ein erhebliches pekuniäres Interesse an der Auferlegung oder Aufrechterhaltung der vom Gehilfen übernommenen Verpflichtung nicht in Betracht kommen kann. Warenhaus und Spezialgeschäft, die dieselben Waren — wenn auch in anderen Genres — führen, deren Kundenkreis identisch ist und zwischen denen ein grundsätzlicher Unterschied hinsichtlich Bar- und Kreditverkauf nicht besteht, sind Konkurrenzgeschäfte.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 851 Ziff. 5 und 929 Ziff. 1. Mit Rücksicht auf die konkrete Sachlage kann auch das engstbegrenzte Wettbewerbsverbot wegen unbilliger Erschwerung des Fortkommens des Verpflegten ungültig sein.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 851 Ziff. 4. Unbillige Erschwerung auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Gehilfe bei dem Prinzipal ausgebildet worden ist und seither fast ununterbrochen dort Beschäftigung gefunden hat.

IV. Liegt ein Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel vor? **a)** Durch „Vorbereitungsgeschäfte". R. **09** Ziff. 1051 (Hamburg). Die Verpflichtung, sich nicht an einem Konkurrenzunternehmen zu „betätigen", wird nicht dadurch verletzt, daß der Verpflichtete bei der Gründung eines solchen mitgewirkt und dabei Vorsorge trifft, daß er sich nach Ablauf der für die Konkurrenzklausel bestimmten Zeit an dem Konkurrenzunternehmen beteiligen darf. Durch eine solche Vorsorge für spätere Zeit verstößt der Verpflichtete weder gegen den Vertrag, noch gegen die guten Sitten. **b)** Durch Reisetätigkeit bei Beteiligungsverbot. **RG.** JW. **09** 272 Ziff. 6 s. u. zu § 75 Ziff. II.

V. Übergang auf den Geschäftsnachfolger. SchlHolstAnz. **09** 135 (LG. Kiel). Bei Rechtsnachfolge durch Veräußerung des Geschäfts gehen die Rechte aus der Konkurrenzklausel nicht ohne weiteres auf den Nachfolger über, anders wenn der Erbe das Geschäft unverändert weiterführt. Dies gilt auch für den allein das Geschäft fortsetzenden Miterben, selbst dann sogar, wenn er zeitweilig eine oHG. mit einem anderen gebildet hat (vgl. FDR. **7** Ziff. 2 c).

VI. Reform. 1. Erdel und Koslowski, Die Konkurrenzklausel, Gewu. KfmG. **14** 82 (Referat auf dem Verbandstage des Verbandes Deutscher Gew.- und KfmGerichte zu Jena, 27.—29. August 1908). Die beiden Referenten machen Vorschläge über den Ausbau der Gesetzgebung.

2. v. Schulz, Über die Konkurernzklausel, Jahrb. d. KfmG. Berlin **2** (1910) 27 bis 65. Es wird über den Stand der Reformbewegung berichtet. Namentlich werden die parlamentarischen Verhandlungen über die unterm 16. Dezember 1907 dem Reichstage zugegangene Novelle zur GewO., die infolge des Reichstagsschlusses am 13. Juli 1909 nicht verabschiedet wurde (Art. 2, betr. § 133 f bis h GewO.), die Reichstagssitzungen vom 28./29. Februar, 2. März 1908 und die Abänderungsvorschläge der 26. Kommission geschildert. Im Anschlusse hieran wird das Ergebnis einer auf

diese Vorschläge bezüglichen Rundfrage der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin mitgeteilt, ferner deren Bericht, wie der der Handelskammer Berlin an den Handelsminister. Vgl. den vom Ausschusse des Gerichts abgelehnten Antrag 346 f. und das Gutachten 396.

VII. Ausland. Österreichisches Recht. Grünberg, Die Konkurrenzklausel, ÖstAGZ. **60** 121.

§ 75. I. Abs. 1 Satz 2. Konkurrenzklausel bei Entlassung. Erheblicher Anlaß. SeuffA. **64** 355 (Bamberg). Steht dem Prinzipale das ordentliche Kündigungsrecht zu, so braucht er, um das Recht aus der Konkurrenzklausel nicht zu verlieren, nur einen erheblichen Anlaß, den er nicht verschuldet hat, zur Kündigung. Erheblicher Anlaß: nicht gleich wichtiger Grund, nicht nötig vom Gehilfen verschuldet, z. B. wohlbegründete Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen. Bei der außerordentlichen Kündigung muß ein wichtiger Grund (§ 72) vorliegen, der zugleich regelmäßig als erheblicher Anlaß i. S. § 75 gilt. Ohne solchen wichtigen Grund ist die Kündigung eines unkündbaren Vertrags ein Vertragsbruch, auch wenn ein erheblicher Anlaß i. S. § 75 vorliegt.

II. Konventionalstrafe und Unterlassungsanspruch. **RG. 70** 439, JW. **09** 272 Ziff. 6. RG. hält im Anschluß an **RG. 40** 99 daran fest, daß das Verbot sich, an einem Konkurrenzgeschäft in irgendeiner Weise zu beteiligen, nicht durch persönliche Tätigkeit als Reisender für die Konkurrenzfirma umgangen werden dürfe. Kann die Konventionalstrafe für Verletzung von Wettbewerbsverboten nur einmal oder für jeden Zuwiderhandlungsfall, kann außer der Strafe für einen Fall noch Unterlassung in späteren Fällen gefordert werden? (§ 340 oder § 341 BGB.): Die Eigenart der auf Einschränkung der Erwerbsfreiheit gerichteten Stipulationen bringt es mit sich, daß bei Bejahung der Unterordnung unter § 340 BGB. doch eine vom § 340 abweichende Ausgestaltung der Rechtsfolgen dem Wesen der Sache angemessen erscheinen kann. Mitunter wird sich auch unter anderen Voraussetzungen als denen des § 75 Abs. 2 HGB. als Parteiwille feststellen lassen, daß der Gläubiger bei Verletzung des Konkurrenzverbots nur die verwirkte Strafe verlangen darf, der Schuldner durch Entrichtung des Geldes sich von dem Verbote befreien kann (§ 359 BGB.). Die Zahlung braucht darum nicht den Charakter der Vertragsstrafe und die Ermäßigungsmöglichkeit einzubüßen (vgl. **RG. 40** 100, **33** 141 z. B.). Anders, wenn nach dem klaren Wortlaut die Strafe für jeden Fall stipuliert ist. S. a. BGB. zu §§ 340, 341 Ziff. 1.

§ 76. Lehrverhältnis. Ansprüche des Lehrlings bei veränderten Arbeitsbedingungen. GewuKfmG. **15** 42 (KfmG. Frankfurt a. M.). Der Kaufmannslehrling eines Fabrikgeschäfts kann bei Verlegung des Betriebs in eine weitentlegene Straße die Gestellung einer Straßenbahnkarte verlangen. Ändert der Lehrherr die Arbeitsbedingungen dergestalt, daß er dadurch dem anderen Teile Opfer an Zeit oder Geld auferlegt, so ist es Pflicht, diese Opfer wettzumachen, damit das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten aufrechterhalten bleibe. Nur eine solche Auslegung entspricht Treu und Glauben nach der Verkehrssitte. Es handelt sich nicht um die Frage, unter welchen Umständen mangels bestimmter Vereinbarung dem Arbeiter der Weg zur Arbeitsstätte zu vergüten sei, sondern darum, ob infolge einer vom Lehrherrn bewirkten Änderung der tatsächlichen Unterlagen des Vertrags, durch die dem anderen Teile vorher nicht existierende Auslagen erwachsen, der Lehrherr zur Ausgleichung dieser Nachteile verbunden ist.

§§ 78, 79. Austritt aus der Lehre. OLG. **19** 303 (München). Dem Lehrherrn kommt in bezug auf die aus dem Lehrvertrage sich ergebenden Verpflichtungen, soweit sich ihnen das väterliche Erziehungsrecht entgegenstellt, ein Anspruch auf unmittelbare Erfüllung, insbesondere auf Zurückbringung in die Lehre nicht zu.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. Agenturvertrag. I. Begriff. 1. Anwendbarkeit auf „Kommissionsagenten". **RG.** LeipzZ. **09** 59 Ziff. 3. Kommissionsagenten: ständig damit betraut, im eigenen (!) Namen für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abzuschließen. Stellung zum Geschäftsherrn (Prinzipal) wie § 84.

2. Abgrenzung vom Handlungsgehilfen s.o. § 59 Ziff. I 1 c.

II. Rechte und Pflichten des Agenten. **a)** Recht des Agenten zur Vertretung mehrerer Firmen. Pflicht zur Rechnungslegung über Geschäfte für Konkurrenzfirmen? **RG.** LeipzZ. **09** 862, R. **09** Ziff. 2175/6. Das Recht zur Vertretung mehrerer Firmen ist anerkannt, wenn aus einem vor Vertragsschluß dem anderen zugegangenen Zirkular ersichtlich war, daß der Agent für mehrere Firmen der gleichen Branche reiste. Ähnliche Vorschriften wie die §§ 61, 112 HGB. gibt es für Agenten nicht. Die §§ 666, 675 BGB. beziehen sich nur auf Geschäfte des Agenten für den Geschäftsherrn. Die Rechnungspflicht ist verneint. **b)** Korr. d. Ält. **09** 199 (Gutachten d. Ältest. Berlins). Es ist anzunehmen, daß ein Agent, der Muster im Werte von zusammen 227,50 M. erhalten hat und nach mehr als anderthalbjähriger Tätigkeit einige Muster zum Nennwerte von 8,55 M. nicht zurückzugeben in der Lage ist, seine Verpflichtung, über die ihm anvertrauten Muster mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu wachen, erfüllt hat. Es ist nicht geschäftsüblich, hierfür den Agenten in Anspruch zu nehmen, wenn sich auch von einem Handelsbrauche nicht sprechen läßt. Die Muster haben durch ihren Gebrauch an Verkaufswert eingebüßt, keinesfalls ist mehr als die Hälfte des regelmäßigen zu ersetzen.

III. Internationales Privatrecht. HansGZ. **09** Hptbl. 248 (Hamburg). Maßgebend für die Rechte und Pflichten des Agenten ist das Recht des Erfüllungsorts, d. h. des Ortes, wo er seine Tätigkeit entfalten soll, **RG. 38** 194, **51** 149, JW. **99** 146, sofern nicht ein entgegenstehender Parteiwille erhellt oder aus den besonderen Umständen des Falles sich etwas anderes ergibt. Für eine in England domizilierende, ausschließlich in Großbritannien tätige Agentenfirma, deren Vertrag in England und in englischer Sprache abgefaßt ist, ist daher englisches Recht maßgebend, auch wenn die Inhaber Deutsche sind.

§ 88. Abs. 2. **a)** Provisionsanspruch bei Nichtausführung des Geschäfts. OLG. **19** 304, R. **09** Ziff. 1052 (Braunschweig). Der Handlungsagent hat Anspruch auf Provision, wenn der Geschäftsinhaber infolge Mängelrüge sich ohne Prozeß zur Rücknahme der Ware verstanden hat (**RG. 63** 69). Sollte der Kaufpreis zur Hälfte bei Ankunft der Ware, der Rest 3 Monate danach gezahlt werden, wenn die Maschine sich im Betriebe bewährt hätte, so ist der Provisionsanspruch nicht wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung hinfällig, weil nur die Zahlungspflicht des Käufers zeitlich geregelt ist. **b)** SächsAnm. **30** 129 (Dresden). α. Einfluß von Preisnachlässen auf die Provisionsforderung des Agenten. Der Geschäftsherr darf den Kunden auch nach dem Abschlusse des provisionspflichtigen Geschäfts soweit entgegenkommen, als es dem gemeinschaftlichen Geschäftsinteresse förderlich ist und als der Nachlaß sich innerhalb verständiger Grenzen hält (Preisherabsetzung wegen Nichterfüllung einer Zusage). β. Einfluß der Nichtausführung des Geschäfts. An sich spricht die Vermutung dafür, daß der Geschäftsherr nicht ohne dringenden Anlaß von der Durchführung Abstand nimmt. Ist aber dargetan, daß der Geschäftsherr dies getan hat, weil die Vertragsdurchführung seinem Interesse nicht mehr entspreche (Angebot der Auflösung, weil der Abnehmer eine Preiserhöhung nachträglich nicht bewilligt), so braucht der Agent das nicht gegen sich gelten zu lassen. Der Geschäftsherr kann sich nicht darauf berufen, daß er nach Ablauf der Lieferzeit zur

Aushaltung des Vertrags nicht verbunden gewesen sei, weil er weder vor Ablauf noch nachher versucht hat, die Abnehmerin zur Erfüllung anzuhalten.

§ 89. Bezirksagent. I. Provisionspflichtige Geschäfte. OLG. **19** 306 (München). Vergütung des Bezirksagenten für Domizil- und Trokatgeschäfte. Der Anspruch aus § 89 ist nicht eine Entschädigung für die Umgehung der Tätigkeit des Agenten. Der Bezirksagent bezieht Provision aus allen Geschäften, deren Wirkungen in seinem Bezirke zutage treten sollen, gleichviel ob sie im Bezirke selbst oder am dritten Orte, etwa an dem Domizile des Geschäftsherrn zustande gekommen sind. Keine Ausnahme bilden Geschäfte mit älteren Kunden, mit denen er schon vor dem Dienstvertrage mit dem Agenten in Geschäftsverbindung gestanden hat. — Trokatgeschäfte (troc = Tausch), wonach die Geschäftsinhaber sich im Bestand ihres Warenlagers aushelfen und gegenseitig ihre Waren austauschen, sind provisionspflichtig, wenn die Provision lediglich aus demjenigen Teile der Tauschgeschäfte berechnet wird, bei dem die Waren des Geschäftsherrn an andere Lieferanten des Bezirkes abgegeben sind, also aus Verkaufsgeschäften, deren Regulierung nachträglich statt durch Bezahlung durch Annahme von Waren erfolgt ist.

II. Räumliche Abgrenzung. GewuKfmG. **14** 322 (LG. Freiberg). Der Bezirksagent hat den Provisionsanspruch auch für Exklaven, die zwar politisch nicht zu seinem Vertretungsbezirke gehören, aber geographisch in ihm liegen.

§ 90. Auslagenersatz. LeipzZ. **09** 160 Ziff. 1 (Colmar). Ersatzanspruch des Handlungsagenten für Reisekosten: nur falls sie außerordentliche und außergewöhnliche Aufwendungen sind ohne besondere Vereinbarung; dazu gehören Reisen, die er auf besonderen Wunsch des Geschäftsherrn macht. Beweispflicht des letzteren für die Zugehörigkeit zum regelmäßigen Geschäftsbetriebe.

§ 91. I. Anspruch des Agenten auf Erteilung des Buchauszugs. Hoevelmann, Prozessuale Behandlung des Anspruchs des Provisionsagenten auf Erteilung eines Buchauszugs, JW. **09** 97. Erörtert die Anwendbarkeit des § 254 ZPO. und das weitere Verfahren, je nachdem, ob der Agent Kläger oder Beklagter ist. Im ersten Falle hat Teilurteil (§ 301 ZPO.) und Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO. zu erfolgen, eventuell besteht Schadensersatzanspruch nach §§ 268 Nr. 3, 893 ZPO., § 283 BGB. Bei Unvollständigkeit des Auszugs wird im Anschluß an Breit die Anwendbarkeit des § 260 BGB. bejaht. Beweislast der Vollständigkeit hat der Geschäftsherr (KGBl. **05** 64). Ist der Agent Beklagter und will mit Provisionsforderungen aufrechnen, so empfiehlt sich Widerklage auf Vorlegung des Auszugs und entsprechende Feststellungs- oder Auszahlungsklage wegen § 304 ZPO.

II. Anspruch des Agenten auf Büchervorlegung. 1. Schl. HolstAnz. **09** 262 (Kiel.) Der Handlungsagent hat weder nach §§ 422 ZPO., 810 BGB., noch nach §§ 91, 89 HGB. das Recht, die Vorlegung der Handlungsbücher des Geschäftsherrn zu dem Zwecke zu verlangen, um sich daraus Material für eine von ihm gegen den Geschäftsherrn geltend zu machende Forderung zu verschaffen. Sind die erteilten Buchauszüge unvollständig, so muß der Agent einzeln behaupten, welche Geschäfte für die Erteilung weiterer Auszüge in Betracht kommen, und kann Buchauszüge über diese, wenn sie erwiesen sind, beanspruchen, nicht aber kann er die Einsicht der Bücher verlangen, um überhaupt zu erfahren, ob noch weitere Geschäfte der fraglichen Art in Betracht kommen.

2. Ebenso Haeger, Das Recht des Agenten auf Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn im Prozesse, R. **09** 444 f.

3. Kupfer, R. **09** 508, weist demgegenüber auf § 260 BGB. hin. Die Mitteilung des Buchauszugs enthält eine Auskunftserteilung, und die Gesamtheit der dem Agenten gegen den Geschäftsherrn zustehenden Provisionsforderungen stellt sich als ein Inbegriff dar (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **47** 910). S. a. BGB. § 260 Ziff. 2a.

4. Dagegen Haeger, R. **09** 598. Kann der Agent von seinem Geschäftsherrn den Offenbarungseid bezüglich des Buchauszugs verlangen? Verneint. **RG.** Gruchots Beitr. **47** 910 paßt nicht. Es liegt kein Inbegriff vor. Außerdem muß Grund für die Annahme unsorgfältiger Aufstellung nachgewiesen sein.

5. Wie Kupfer: Breit, HoldheimsMSchr. **05** 225.

§ 92. Kündigung. I. Vertragsmäßiger Ausschluß. **RG.** R. **09** 3475. Aus der Vereinbarung der Provisionskürzung bei Nichterreichung eines bestimmten Umsatzes kann ein Kündigungsausschluß in diesem Punkte gefolgert werden.

II. Abs. 2. Wichtiger Grund für den Prinzipal. 1. R. **09** Ziff. 1053 (Stuttgart). Fristlose Kündigung eines Agenturverhältnisses ist zulässig, wenn die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs den Geschäftsherrn zum Konkurse führen würde.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 969, BauersZ. **16** 262, LeipzZ. **09** 551, R. **09** Ziff. 1606. RG. hält gegen Staub und Düringer-Hachenburg an seiner Entscheidung **RG. 31** 60 fest, daß bei Einstellung des Geschäftsbetriebs infolge ungünstiger Ergebnisse ein wichtiger Grund zur Kündigung des Agenturverhältnisses ohne Entschädigung des Agenten vorliege. §§ 325, 324 BGB. sind unanwendbar. Dies gilt auch bei gewährleisteter Mindestprovision, Kenntnis des Prinzipals von der Unterbilanz beim Engagement, mangelhafter Geschäftsorganisation durch ihn. Die Kündigung im voraus für den Zeitpunkt der Auflösung ist statthaft.

3. OLG. **19** 307 (KG.). Kein Schadensersatzanspruch des Agenten, wenn der Geschäftsherr innerhalb der Vertragsdauer sich durch äußere Umstände zu einer Einschränkung oder Einstellung der Produktion veranlaßt sieht (**RG. 31** 59, **63** 69), insbesondere bei Verlusten infolge ungünstiger Lage der Branche, selbst wenn er von vornherein die Fabrikationskosten zu niedrig kalkuliert hat und die Geschäfte schon vor dem Abschlusse des Agenturvertrags ungünstig standen.

4. LeipzZ. **09** 704 (Hamburg). Wichtiger Grund: Außergewöhnliche Verluste bei den vom Agenten in 5 Monaten vermittelten 6 Geschäften (5600 M. bei 23 500 M.), soweit sie nicht wegen Zahlungsunfähigkeit der Auftraggeber überhaupt zurückgewiesen werden mußten.

III. Folgen der Endigung. LeipzZ. **09** 567 (Colmar). Verpflichtung des Agenten einer GmbH. bei Beendigung des Agenturverhältnisses zur Herausgabe nicht bloß des im Vertrag erwähnten Kassenbuchs, sondern auch der Bücher über Darlehnsgewährung, Zessionen, Geschäftsanteile auf Grund des Vertrags bejaht ohne Rücksicht darauf, ob der Agent als Vollkaufmann selbst Bücher zu führen hatte.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93. RheinA. **106** 151 (Düsseldorf). Keine Befugnis zu öffentlichen Versteigerungen seit 1. Januar 1900 (§ 383 BGB., § 34 BörsG.). Vgl. Art. 8 AGHGB., Art. 13 AGBGB.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

Vorbemerkung (zum ersten und zweiten Abschnitte): Nur wenige neue Fragen sind aufgetaucht. Hervorzuheben ist die Erörterung zu § 157 über die Aufbewahrung der Bücher einer aufgelösten Gesellschaft bei Dritten. Aus dem Rechte der Kommanditgesellschaft bildet die Frage nach der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten weiter Gegenstand der Erörterung (§ 161). Interessant ist auch der entgegengesetzte Standpunkt zweier Senate des OLG. Dresden zu § 172. Es kann kaum zweifelhaft sein, daß der 4. Senat,

der die Einlagerückzahlung durch Dritte nicht von Abs. 4 § 172 betroffen erachtet, richtiger urteilt. — Viel Material gibt immer noch die Geschäftsübernahme ohne Liquidation (§§ 142, 145, 158). Streitig ist auch § 159.

Literatur: Geller, Das Unternehmen. Neue kritische Untersuchungen über sein Wesen, die Bedingungen seiner Übertragbarkeit und seine vermeintliche Zugrifflichkeit. III A 1 b: Gesellschaftliche Unternehmungen, ÖstZentralbl. f. d. jur. Pr. 27 886 ff. — Wieland, Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritte veranlaßt hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger, GoldschmidtsZ. **64** 58 ff.

Allgemeines zum Gesellschaftsrechte. — Wieland a. a. O.: Kann das Mitglied einer Handelsgesellschaft gleichviel welcher Art der Klage der Gläubiger oder Gesellschaft selbst auf Leistung seiner Einlage mit Erfolg die Einrede entgegenhalten, daß es durch Betrug der Gesellschaft zum Beitritte veranlaßt worden und damit seiner Pflicht zur Leistung der versprochenen Einlage hinfällig geworden sei? Ferner ist bei allen HG. in gleicher Weise denkbar, daß das Mitglied, welches seine Einlage bereits geleistet hat, die Gesellschaft auf dem Wege der Schadensersatzklage für den Schaden haftbar machen will, der ihm aus dem Betruge der Gesellschaft erwachsen ist? I. Die exceptio doli. A. gegenüber den Gesellschaftsgläubigern: Die Wirkungslosigkeit der exceptio doli ihnen gegenüber wird daraus erklärt, daß in dem Beitritte nicht bloß der Abschluß eines internen Gesellschaftsvertrags, sondern auch ein Rechtsakt konstitutiver Natur, ein Stiftungs- oder Gründungsgeschäft liegt, aus dem die Rechte der Gläubiger gegenüber dem Gesellschafter erwachsen (72, 78); die herrschende deutsche Theorie legt den Schwerpunkt auf ein sekundäres Moment, die Erklärung gegenüber der Registerbehörde. B. Gegenüber der Gesellschaft: bei der AG. versagt die exceptio doli, weil sie im Interesse der Gläubiger verpflichtet ist, das Aktienkapital einzutreiben und zu bewahren (88). Gleiches gilt für die AktienkommanditG. und die GmbH., bei dieser jedoch nur soweit es sich um das Stammkapital handelt (93), anders dagegen für die Personalgesellschaften mit Schuldenhaftung der Gesellschafter; vgl. **RG. 45** 108. II. Die actio doli. Dieselben Rechtsgrundsätze wie für die exceptio werden auch für die allerdings ihrem Rechtsgrunde nach nicht auf dem Mitgliedsschaftsrechte beruhende actio verwertet. In dem Konstitutivakt liegt auch die Zusicherung, mit allen eigenen, auf der Einlage beruhenden Ansprüchen an das Gesellschaftsvermögen hinter diejenigen der Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten (106). Der Gesellschaft gegenüber die actio doli zu verweigern, liegt kein Grund vor, anders gegenüber den Gläubigern (108, 109). Die Grundsätze des **RG.** (**62** 29), daß der Aktionär unter keinen Umständen seine Beteiligung in ein Gläubigerrecht umwandeln dürfe, sind einzuschränken (112). Allerdings unterliegt auch gegenüber der Gesellschaft die actio doli gewissen Modifikationen, bei den Personalgesellschaften aber erst bei Insolvenz (Konkurs), die Forderung aus der actio doli ist im Konkurse nicht zuzulassen, bei der AG. dagegen auch bei bestehenden Gesellschaft (115 ff.); auch wenn sie als Mandatar oder Kommissionär den Aktionär zum Aktienkaufe bestimmt hat. Doch ist der Anspruch des Aktionärs unter Wahrung der für die Gläubiger aufgestellten Schutzvorschriften zu befriedigen (119), mit welcher Maßgabe ja die teilweise Kapitalsrückzahlung zulässig ist. Wie die Klage im einzelnen lauten muß, ist Frage des Prozeßrechts (124). S. a. u. den Selbstbericht zu § 213 Ziff. 3 und **RG. 72** 290 bei § 213 Ziff. 2.

§§ 105 ff. Ausländische Handelsgesellschaften. LeipZ. **09** 954 (Kassel). Parteifähigkeit einer schweizerischen handelsrechtlichen Kollektivgesellschaft anerkannt, nicht maßgebend ist aber Art. 10 Satz 2 EGBGB., der sich nur auf §§ 21, 22 BGB., nicht auf handelsrechtliche Gesellschaften des Auslandes bezieht (vgl. JDR. 7).

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. I. Praktisches Anwendungsgebiet der oHG. Kartelle. Silberberg, Über die rechtlichen Schwierigkeiten der Organisierung eines Kartells als offene Handelsgesellschaft, Kartellrundschau 7 806. Erörtert werden die Fälle von Kartellen, in denen mangels Gewinnabsicht für das Kartell der nach § 105 HGB. erforderliche Gewerbebetrieb nicht vorliegt. § 2 HGB. ist in der Regel auf ein Kartell nicht anwendbar. Für Kartelle ist die unbeschränkte Haftung wenig zweckmäßig.

II. Scheinbare Handelsgesellschaften. Gesellschaftsfirmen für nur scheinbare Handelsgesellschaften, ohne daß in Wirklichkeit zwischen den als Gesellschaftern eingetragenen Personen ein Gesellschaftsverhältnis bestanden hat (zwecks Firmenmißbrauch) s. § 37 (**RG.** BauersZ. **16** 78 und **RG. 37** 58).

III. Mehrheit von Gesellschaften unter denselben Personen. OLG. **19** 307, HansGZ. **09** Hptbl. 124, DJZ. **09** 720, R. **09** Ziff. 901 (Hamburg). Die Gesellschafter einer oHG. können eine zweite selbständige oHG. bilden, wenn auch nach § 105 Abs. 2 als Träger des Gesellschaftsvermögens einzig und allein die Gesellschafter gelten. Das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand besitzt rechtliche Selbständigkeit (§ 124 HGB., § 209 KO.), es können daher auch mehrere Gesellschaftsvermögen vom übrigen Vermögen der Gesellschafter abgetrennt werden (KGJ. **28** 252). Dies gilt auch dann, wenn die Mittel zum Ankaufe des Geschäfts der zweiten Gesellschaft aus dem Vermögen der ersten entnommen sind. Unzulässig ist es, eine Gesellschaft mit zwei Firmen zu betreiben.

§§ 106, 108. Anmeldung. Kosten. KGJ. **37** B 16 (KG.). Entsprechende Anwendbarkeit des § 23 PrGKG. auf die Bestimmung des Gegenstandswerts der selbständigen Beurkundung (Entwurf und Beglaubigung) der Anmeldung einer oHG. zur Eintragung. Enthält die Urkunde zugleich die Zeichnung der Firma und der Namensunterschrift der vertretungsberechtigten Gesellschafter, so ist jede Zeichnung in entsprechender Anwendung des § 23 besonders zu bewerten. Die Gebühr ist nach der Summe der Gegenstandswerte der Anmeldungen und der Zeichnungen zu berechnen.

§ 107. Anmeldung von Änderungen: der Wohnortsveränderung von Gesellschaftern? KGJ. **36** A 263, OLG. **19** 309, BauersZ. **16** 187 = JDR. **7** (RJA. **9** 180).

§ 108. Abs. 2. Firmen- und Namenzeichnung der Gesellschaftsvertreter: Bedeutung für die Eintragung; Form. 1. KGJ. **37** A 138 (KG.). Die Eintragung einer oHG. in das Handelsregister darf nicht davon abhängig gemacht werden, daß die vertretungsberechtigten Gesellschafter die Firma und ihre Namensunterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zeichnen (RJA. **9** 244). Gleiches gilt für die Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters infolge Todes, des Eintritts eines neuen Gesellschafters unter Erlöschen seiner bisherigen Prokura: die Eintragung ist bei ordnungsmäßiger Beglaubigung der Anmeldung vorzunehmen, und alsdann ist gemäß § 14 HGB. gegen den Zeichnungspflichtigen einzuschreiten. Nur eine bei oder nach dem Erwerbe der Mitgliedschaft gefertigte Zeichnung der Namensunterschrift wie der Firma entspricht den Anforderungen. Das Gesetz erfordert die Zeichnung von dem Gesellschafter als solchem, der Gesellschafter kann sich deshalb nicht auf eine Zeichnung berufen, die er als früherer Prokurist der Gesellschaft getätigt hat. Völlig ungenügend ist der nicht vom Zeichnungspflichtigen selbst, sondern nur vom beglaubigenden Notar ausgehende Hinweis auf die bei Eintragung der Prokura erfolgte Zeichnung. Es ist aber nicht notwendig, daß die Zeichnung der Namensunterschrift des Gesell-

schafters mit seiner Firmenzeichnung in einem räumlichen Zusammenhange stehen müßte (**RG. 54** 168, RJA. **9** 244).

2. RJA. **9** 244 (JDR. 7) = OLG. **19** 309 und ZBlFG. 9, 555.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. Verhältnis der Gesellschafter zueinander. Einfluß des ehelichen Güterrechts. ElsLothJZ. **09** 562 (Colmar). Eine geschiedene Ehefrau kann bei der Auseinandersetzung des ehelichen Gesamtguts (§ 1549 BGB.) nicht Zahlung des halben Wertes eines angeblich zum Gesamtgute gehörigen Anteils an einer oHG. verlangen, sondern nur Feststellung der Zugehörigkeit zum Gesamtgute. Hat der Ehemann die Gesellschaftseinlage mit Mitteln der Ehefrau oder des Gesamtguts geleistet, so ist er ersatzpflichtig.

§ 112. Vertragliches Wettbewerbsverbot für ausscheidende Gesellschafter. Gültigkeit. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1447. Kein Verstoß gegen § 138: wenn der aus einer HG. der chemischen Industrie ausscheidende Gesellschafter gegen eine ihm gewährte hohe Abfindungssumme sich ohne zeitliche und örtliche Einschränkung verpflichtet, in den von der G. geführten und fabrizierten Artikeln keine Konkurrenz zu machen, ihm im übrigen aber die Möglichkeit der geschäftlichen Betätigung auch auf dem Gebiete der Chemie belassen wird und insbesondere seiner erfinderischen Tätigkeit und deren Ausbeutung keine Schranken gezogen werden. S. a. BGB. § 138 II B Ziff. 4b.

2. SächsRpflA. **09** 543, BauersZ. **17** 42 (Dresden). Die Gültigkeit bestimmt sich nach § 138 BGB. (**RG. 53** 154). Eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, insbesondere der Gewerbefreiheit ist zulässig, sofern sie einerseits einem berechtigten Interesse desjenigen entspricht, zu dessen Gunsten sie übernommen wurde, andererseits örtlich, zeitlich, gegenständlich derart begrenzt ist, daß sie nicht zu einer unangemessenen Bewegungsfreiheit, insbesondere zu einer unbilligen Erschwerung des gewerblichen Fortkommens oder gar zu einer wirtschaftlichen Vernichtung des Verpflichteten führt. Eine solche unbillige Erschwerung ist nach den Umständen des Falles angenommen, weil dem stets als Agenten tätig gewesenen ausscheidenden Teilhaber (der Vermittelungsgeschäfte betreibenden Gesellschaft) die Aufgabe der Agentenstellung und Annahme eines Dienstes als Handlungsgehilfe nicht zugemutet werden kann, auch wenn er gegen Abfindung ausschied. S. a. BGB. § 138 II B Ziff. 4c.

§§ 117 (127). Wichtiger Grund zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Beiderseitige Verfehlungen. **RG.** R. **09** Ziff. 741. Handelt es sich um keine dauernde Maßnahme, sondern nur eine vorläufige Regelung auf vorübergehende Zeit, so braucht die Kompensationsfähigkeit der beiderseitigen Verfehlungen nicht geprüft zu werden.

§ 119. Stillschweigende Einführung von Majoritätsentscheidungen. BayObLG. **9** 92 = JDR. 7.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten.

§ 123. Wirksamkeit im Verhältnisse zu Dritten. **RG.** LeipzZ. **09** 858. Unerheblichkeit späterer Anfechtung der Beteiligung wegen Täuschung für Gläubiger s. § 15.

§ 124. I. Rechtsnatur der oHG. Steuer- und Gebührenwesen. 1. BayVerwGerH. Entsch. **29** 100, SeuffBl. **09** 502. Die oHG. ist keine juristische Person: als Eigentümer des Immobiliarvermögens einer oHG. haben die Teilhaber zu gelten und sind in der Regel gleichheitlich als mit Grund- und Haussteuer veranlagt anzusehen.

2. BayObLG. **10** 152. Die oHG. ist vom Standpunkte des G. u. d. Gebührenwesen als eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene Rechtspersönlichkeit

anzusehen. Für Verträge, durch welche die unter sich verwandten Gesellschafter an die von ihnen gebildete oHG. das Eigentum an Grundstücken übertragen, sind nicht die für Verträge unter Verwandten bestimmten Gebühren zu berechnen.

II. Stellung im Grundbuchrechte. R. **09** 40 (KG.). Die Vorschrift, daß zur Bezeichnung einer HG. die Firma im Grundbuch anzugeben ist (§ 4 AVf. v. 20. November 1899), schließt nicht aus, daß nach Auflösung der Gesellschaft ein diese Tatsache erkennbar machender Zusatz zur Verdeutlichung der Bezeichnung der Berechtigten in das Grundbuch eingetragen wird. Der Antrag der Vertreter der aufgelösten Gesellschaft darf nicht abgelehnt werden, sofern die Auflösung nachgewiesen ist und nicht im Einzelfalle besondere Zweckmäßigkeitsgründe entgegenstehen.

III. Stellung im Prozesse. 1. LeipzZ. **09** 405 (Hamburg). Falsche Bezeichnung der klagenden oHG. mit der Firma einer der Parteifähigkeit ermangelnden anderen Gesellschaft derselben Gesellschafter führt nur zur Berichtigung der Bezeichnung der klagenden Partei, nicht zur Abweisung.

2. Verhältnis zur Klage gegen die Gesellschafter; Einfluß der Auflösung auf den Prozeß. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 270 (Hamburg). In der Erhebung der Klaganträge gegen die bisherigen Gesellschafter einer während des Prozesses völlig zu existieren aufhörenden oHG. liegt keine Klagänderung (**RG. 64** 78). Anders, wenn die oHG. zwar aufgelöst worden ist, aber nicht mit Aktivis und Passivis, sondern ohne die letzteren einer anderen Gesellschaft übertragen ist. Es muß hinsichtlich der Passiven noch eine Liquidation erfolgen, bis zu deren Durchführung die oHG. passiv legitimiert ist; wegen § 129 Abs. 4 hat der Gegner ein Interesse, die Gesellschafter mitzuverklagen. Anwendbarkeit des § 264 ZPO. (trotz § 527) in der Berufungsinstanz statt des Erstgerichts.

2. SeuffA. **64** 106 = JDR. **7** unter 3 b I α (s. unten zu § 161 jetzt ausführlicher).

§§ 125 (114). Grundsatz der Kollektivvertretung. I. Eintragungsfähigkeit der regelmäßigen Ordnung. KGJ. **37** A 138 (KG.). Die Anmeldung „Zur Vertretung der Gesellschaft sind alle drei Gesellschafter ermächtigt" muß dem Zusammenhange nach dahin verstanden werden, daß sie eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 § 125 nicht enthält. Die Eintragung dieser der Regel gemäß erfolgten Ordnung der Vertretung ist (arg. Abs. 4 § 125) überflüssig und auch nach den sonstigen Vorschriften über die Führung des Handelsregisters nicht begründet (PrAJMVf. v. 7. November 1899). Ein Recht der Beteiligten, die Eintragung selbstverständlicher und deshalb überflüssiger Angaben zu fordern, ist nicht anzuerkennen.

II. Ausschluß von der Vertretung (Abs. 4). 1. Anordnung durch einstweilige Verfügung. KGJ. **37** A 142, ZBlFG. **9** 557 = JDR. **7** unter 3.

2. Marcus, Zur Frage nach der Stellung des Registergerichts zu Entscheidungen des Prozeßgerichts, HoldheimsMSchr. **09** 22. Im Wege der einstweiligen Verfügung kann die Vertretungsmacht eines Gesellschafters auch durch Zuordnung eines Dritten als Mitvertreter für die Dauer der Auseinandersetzung mit dem anderen, den Erlaß der Anordnung beantragenden Gesellschafter beschränkt werden (**ROHG. 16** 72, **RG. 22** 169). Der Registerrichter ist an diese Entscheidung gebunden. Ernennt der Prozeßrichter rechtskräftig oder ruft er Liquidatoren ab, so ist der Registerrichter hieran innerhalb des Rahmens der Rechtskraft gebunden; er hat sich während des ihm bekannt gegebenen Prozeßverfahrens des Einschreitens aus § 146 FGG. zu enthalten. Dem rechtskräftigen Urteile gegenüber wird seine Entscheidung hinfällig, da sie nicht materielle Rechtskraft macht.

3. **RG.** (Strafs.) **42** 227. Die von einem nicht zur Vertretung ermächtigten Teilhaber, dessen Ausschluß von der Vertretung nicht ins Register eingetragen ist, mit

der Firma der Gesellschaft als Ausstellerin oder Akzeptantin gezeichneten Wechsel werden nicht Vermögensstücke der oHG. (§ 266 Nr. 2 RStGB.).

§ 126. Umfang der Vertretungsmacht. Mißbrauch. SchlHolstAnz. **09** 264 (Kiel). Bereicherungsklage der Konkursmasse einer oHG. wegen der von einem Gesellschafter mit Mitteln der Gesellschaft geleisteten Zahlungen für eigene Schulden, falls das von ihm eingezogene Geld Eigentum der Gesellschaft wurde und unmittelbar aus deren Vermögen in das der Gläubigerin überging (§§ 948, 947 BGB., §§ 812, 816 BGB.).

§ 127. Entziehung der Vertretungsmacht durch gerichtliche Entscheidung, insbesondere durch einstweilige Verfügung s. o. zu § 125 Ziff. II und § 16 Ziff. b.

§ 128. Persönliche Haftung der Gesellschafter. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 858. Unerheblichkeit späterer Anfechtung der Beteiligung wegen Täuschung für die Haftung gegenüber dem Gläubiger s. o. zu § 15 Ziff. 2 a.

2. Engelmann, Die Heiratsgutsforderung der Ehegattin eines Gesellschafters im Konkurse der Gesellschaft, ÖstZBlfjurPr. **27** 993 f. Die Ehefrau eines Handelsgesellschafters kann sich wegen ihres Eingebrachten nur an sein Privatvermögen halten, auch wenn es vom Ehemann in die Gesellschaft eingelegt ist

3. Strafbarer Bankrott des früheren Gesellschafters bei Konkurs über das Vermögen der ofHG. oder des nunmehrigen Einzelinhabers verneint von **RG.** (Strafs.) **41** 426.

4. Anwendbarkeit des § 128 in der Liquidation: **RG. 72** 120 (gegen **ROHG. 21** 47).

§ 130. Eintritt in eine bestehende Gesellschaft. Haftung des Eintretenden. Anwendbarkeit bei gleichzeitigem Austritt eines alten Gesellschafters. 1. OLG. **19** 311, SeuffBl. **09** 321 (Stuttgart). Dem Falle des § 130 steht nicht ohne weiteres gleich, wenn bei einer aus zwei Teilhabern bestehenden oHG. gleichzeitig der eine austritt und ein Dritter eintritt. Entscheidend ist (**RG.** JW. **99** 675 Ziff. 13, HoldheimsMSchr. **11** 37 u. 203), ob der Wille des beteiligten Gesellschafters auf Fortsetzung der alten Gesellschaft gerichtet ist. Dies ist nicht der Fall, wenn nicht das Geschäft als solches, sondern nur einzelne Vermögensstücke je zu bestimmtem Preise, die Schulden nicht und die Außenstände nur zum Einzug übernommen sind. Unerheblich ist das Unterbleiben einer Liquidation, die Fortführung der Firma wegen der Anmeldung und Bekanntmachung des Ausschlusses der Übernahme der Verbindlichkeiten.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2635. Austritt eines Gesellschafters gegen Abfindung unter gleichzeitigem Eintritt eines stillen Gesellschafters mit einer Einlage in Höhe der Abfindung und unter Überweisung der Einlage an den Ausscheidenden wegen seiner Abfindung: es liegt Schuldübernahme (§ 414 BGB.) des Eintretenden wegen der Abfindung durch den Eintretenden vor, nicht bloß Zession der Einlageforderung des verbleibenden an den Ausscheidenden. Ist die Schuldübernahme des Eintretenden angefochten, so muß der Ausscheidende das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. Ziff. 3. Liegt Gesellschaftskonkurs vor? OLG. **19** 30 (Naumburg). Konkurseröffnung über das Vermögen einer als oHG. eingetragenen Firma, deren Inhaber ein Einzelkaufmann ist: vom Konkurs ergriffen werden das Geschäft und die Firma, wie sie tatsächlich und rechtlich zur Zeit der Konkurseröffnung bestanden; unerheblich ist die Annahme des Konkursrichters, es seien zwei Inhaber vorhanden, auch wenn er den Konkurs über das persönliche Vermögen des einen „Gesellschafters" (in Wahrheit Alleininhabers) mangels Masse abgelehnt

hat. Kein Interventionsrecht des Alleininhabers gegen die Zwangsversteigerung eines „Gesellschafts"grundstücks.

§ 133. Auflösung durch richterliche Entscheidung. 1. Art der Entscheidung. **RG. 71** 254, JW. **09** 467 Ziff. 36, LeipzZ. **09** 851 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 2698, 2699. Es genügt auch ein Schiedsspruch, der zugrunde liegende Schiedsvertrag ist nicht nach Abs. 3 § 133 nichtig.

2. Übergangsrecht. **RG.** aaO. Die Vorschrift ist auch auf bereits vor 1900 entstandene Gesellschaften anwendbar.

3. Verhältnis zu § 142 s. daselbst.

§§ 139 (177). Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. Heine, Zur Auslegung des § 139 HGB., LeipzZ. **09** 766. Erörtert werden folgende Fälle nach der Richtung, ob in ihnen eine Auflösung der Gesellschaft stattfindet: 1. Der Nachlaßkonkurs über das Vermögen des verstorbenen Gesellschafters bis zum Ablaufe der Ausschlagungsfrist ist ohne Einfluß auf den Bestand der Gesellschaft (vgl. § 131 Ziff. 5). 2. Konkurs über das Erbenvermögen ebenfalls, sofern nicht Ausschlagung oder Ausscheidung nach Abs. 2 § 139 erfolgt ist. Besteht Erbenkonkurs schon bei Erbanfalle, so ist die Gesellschaft aufgelöst. 3. Keine Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erbeserben. 4. Soweit Anwachsung erfolgt (§§ 2093, 2094 BGB.), hat der Erbentod Auflösung nicht zur Folge. 5. Einflußlos ist der Tod des Kommanditist gewordenen Erben.

§§ 140, 142 (145). Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter. **RG.** LeipzZ. **09** 229 Ziff. 4, R. **09** Ziff. 373. Mit den §§ 140, 142 HGB., §§ 738 ff. BGB. ist der Ansatz eines besonderen Geschäftswerts neben den einzelnen Aktiven wohl vereinbar. Es ist nicht einzusehen, weshalb der das Geschäft übernehmende Gesellschafter nicht wie ein Dritter für den wirklich vorhandenen Geschäftswert eine angemessene Vergütung zahlen soll. Vgl. § 158 für Ansatz des Wertes der Kundschaft. ➵ Vgl. auch Müller-Erzbach, GoldschmidtsZ. **64** 540 Red. ⟵

§ 142. Geschäftsübernahme durch einen von nur zwei Gesellschaftern (vgl. § 158). 1. Streit über das Vorhandensein eines Dritten. **RG.** LeipzZ. **09** 936. Der Einwand des auf die Auseinandersetzung belangten Gesellschafters, es sei ein dritter Gesellschafter vorhanden, mithin § 142 unanwendbar, ist zulässig trotz rechtskräftiger Feststellung im Vorprozesse zwischen dem Übernahme begehrenden Gesellschafter und dem angeblichen Dritten, daß dieser nicht Gesellschafter sei. Der auf Auseinandersetzung Belangte macht nicht das Recht des Dritten, sondern sein eigenes geltend.

2. Folge der Übernahme. a) Auflösung. **RG.** LeipzZ. **09** 228 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 742. Unterschied der Klage aus § 142 von der aus § 133: bei der ersteren soll die Liquidation verhütet werden. Der dem Antrage beigefügte Zusatz „und die Gesellschaft für aufgelöst zu erklären" bezeichnet lediglich die aus der Übernahme des Geschäfts sich ergebende tatsächliche Folge. Zur Anwendung des § 139 ZPO. hinsichtlich des Bestehens eines wichtigen Auflösungsgrundes lag kein Anlaß vor. b) Anwachsung. I. KGJ. **36** A 204 = RJA. **9** 220, JDR. **7** § 142 unter 1 b β. II. Das JDR. **7** 1 a δ mitgeteilte Urteil des PrOVG. findet sich auch JW. **09** 207, SchlHolstAnz. **09** 114 und BauersZ. **16** 258.

3. Gebühren. BayObLG. **10** 236. Gebührenbewertung einer Notariatsurkunde, in der der eine von zwei Gesellschaftern einer oHG. gegen Abfindung des anderen Gesellschafters mit einem bestimmten Geldbetrage das ganze Unternehmen der bisherigen Gesellschaft mit Aktiven und Passiven als Einzelkaufmann mit dem Rechte zur Firmenfortführung übernimmt; Anwendbarkeit der Art. 118 Abs. 1 BayG. über d. GebührWes., Artt. 12, 22 NotarGebO., wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören: liegt ein Vertrag über Übertragung des Grundstücks-

eigentums oder ein Auseinandersetzungsvertrag (§ 145 I) vor? Die Auslegung hat nach allgemeinen Grundsätzen, nicht vom Standpunkte des GebührenG. aus zu erfolgen.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung als Liquidation. 1. Vgl. oben § 142 (Geschäftsübernahme durch einen Gesellschafter) und JDR. **7** § 145 unter 2.

2. KGJ. **37 A** 318, RJA. **9** 252, LeipzZ. **09** 328 Ziff. 1, ZBlFG. **9** 561 (Colmar). Eintragung der Liquidation und der Liquidatoren einer oHG., wenn bei der Vermögensübertragung die auf den Namen der Firma im Grundbuch eingetragenen Immobilien und Hypotheken ausgenommen sind: eine andere Art der Auseinandersetzung ist i. S. § 145 HGB. nur bezüglich desjenigen Vermögens vereinbart, das mit dem Handelsgeschäft auf die neuen Erwerber übergegangen ist. Bezüglich der ausgenommenen Vermögensbestandteile hat Liquidation stattzufinden, und sie ist einzutragen, ebenso die Liquidatoren. Im Sinne der §§ 153, 30 unterscheidet sich „Liquidationsfirma Th. G. u. Cie." nicht deutlich genug auch trotz des Zusatzes (**RG. 29** 68) von der veräußerten Firma „G. u. Cie.", dagegen genügt die Firma: „Geschwister Theodor und Luise G.". Vgl. JDR. **7** § 153.

§ 146. Abs. 2. Gerichtliche Liquidatorenbestellung. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 21. 1. Das Verfahren des § 145 FGG. und der Weg der einstweiligen Verfügung sind nebeneinander zulässig. 2. Das Ernennungsrecht des Registergerichts ist schon gegeben vor Eintritt der Auflösung (z. B. nach Kündigung vor Ablauf der Kündigungsfrist. 3. Es ist Sache des angegangenen Gerichts von Amts wegen die geeigneten Personen an Stelle der unqualifiziert erscheinenden Vorgeschlagenen zu ermitteln. Ausgestaltung ihrer Befugnisse durch den Richter nach § 150 HGB. Abberufung des gerichtsseitig ernannten Liquidators durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten: § 147 HGB.

§ 147. Satz 1. Abberufung des gerichtlich bestellten Liquidators durch Gesellschaftsbeschluß. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 268, verneint die Zulässigkeit. Satz 1 § 147 bezieht sich nur auf die geborenen und erkorenen Liquidatoren.

§ 148. Publizität der Liquidatoren. LeipzZ. **09** 246 (ausführlicher) = JDR. **7** §§ 148, 149 (Colmar) und § 15 unter 2.

§ 149. I. Kompetenz der Liquidatoren. 1. Insbesondere gegen die Gesellschafter. OLG. **19** 314 (KG.). Klagerecht des Liquidators gegen einen Gesellschafter auf vertragsmäßige Übernahme des Inventars zum Buchwerte bei Kündigung der oHG.: der Liquidator hat auch die Forderungen, die der G. gegen die einzelnen Mitglieder zustehen, einzuziehen. Der Übernahmeanspruch ist fällig, sobald die Geräte für die laufenden Geschäfte nicht mehr erforderlich sind. Aufrechnungsfähig sind nur solche Forderungen der Gesellschafter, die unmittelbar gegen die Gesellschaft zustehen. Unter den einzelnen Gesellschaftern streitige Gegenforderungen sind zur Aufrechnung gegenüber dem Liquidator nicht geeignet. Soweit Streit besteht, hat der Liquidator ohne eigene Prüfung die Verteilung auszusetzen.

2. Zur Firmen- und Geschäftsveräußerung. SächsRpflA. **09** 368 (Plauen.) Keine Befugnis der Liquidatoren zur Veräußerung der Firma ohne Zustimmung aller Gesellschafter und des Geschäfts mit Aktiven und Passiven (§ 145 ist anwendbar).

II. Kompetenz von Prokuristen s. o. zu § 52 (**RG. 72** 123).

§ 150. Verhältnis mehrerer Liquidatoren zueinander. OLG. **19** 316 (Hamburg). Recht eines Mitliquidators gegen den anderen auf Über-

lassung der Bücher verneint, wenn dem ersten nur einzelne Liquidationsgeschäfte, alle anderen dem zweiten zugewiesen sind und nach den Umständen als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, daß das bisherige Lokal, das vom anderen beibehalten ist, als Ort gelten solle, von wo aus die Liquidation geführt werden solle; daher kann nur dort das Kontrollrecht und das Recht zur Mitführung der Liquidation ausgeübt werden.

§ 153. Liquidationsfirma s. o. § 145 unter Ziff. 2 u. JDR. **7** § 153.

§ 155. Liquidationsquote. **RG.** R. **09** Ziff. 516. Berechnungsweise des auszuzahlenden Guthabens oder Aufrechnung gegen den Auszahlungsanspruch, wenn der Gegner verlangt, daß ein angeblich zu Unrecht aus der Gesellschaftskasse entnommener Betrag auf das auszuzahlende Guthaben verrechnet werde: keine Aufrechnung, weil nicht ersichtlich ist, daß der Gegner einen Anspruch auf Rückzahlung der zu Unrecht entnommenen Summe zur Geschäftskasse erhoben hat. Vgl. bei § 304 ZPO. und JDR. **7**.

§ 156. Verhältnis der Liquidationsgesellschaft zu Dritten. **RG. 72** 120 bejaht die Anwendbarkeit des § 128 gegen **ROHG. 21** 47.

§ 157. Abs. 2. Geschäftsbücherverwahrung bei Dritten. 1. Kosten. RJA. **10** 39, OLG. **19** 317, ZBlFG. **10** 94, R. **09** Ziff. 2590 (KG.). § 157 Abs. 2 HGB. gilt auch dann, wenn die Liquidation durch Konkurseröffnung erledigt war, aber nach Aufhebung des Konkursverfahrens das Wiedereintreten einer Liquidation wegen Nichtvorhandenseins ungeteilten Aktivvermögens ausgeschlossen war (Verfahren nach §§ 145, 146 FGG.). Das Gericht hat sich zunächst darüber zu vergewissern, ob das Verhältnis der beiden Gesellschafter zueinander die Betrauung eines von ihnen mit der Aufbewahrung gestattet. Diese Personenfrage hängt mit der sich nach § 748 BGB., § 128 HGB. regelnden Kostenfrage nicht zusammen, die Übertragung der Aufbewahrung an einen Dritten darf nicht von der Übernahme der Kosten seitens eines der beiden Gesellschafter abhängig gemacht werden. Bei der Auswahl des Verwahrers ist auf die Höhe der von ihm beanspruchten Vergütung Rücksicht zu nehmen, die kostspieligere Art der Aufbewahrung nur aus in der Sache selbst liegenden Gründen zu wählen.

2. OLG. **19** 316, SächsAnn. **30** 85, BauersZ. **16** 186 (Dresden). Das Gesetz knüpft das sachgemäße Einschreiten des Gerichts nicht an einen besonderen Vorschlag betr. des mit der Aufbewahrung zu betrauenden Dritten, der ohne Entgelt oder gegen vom Antragsteller sicherzustellende Vergütung zur Verwahrung der Schriftstücke bereit ist.

§ 158. Vertragsmäßige Auseinandersetzung ohne Liquidation (vgl. § 142). Inneres Verhältnis. OLG. **19** 313 (Hamburg). Übernimmt einer der Gesellschafter das gemeinsam betriebene Geschäft ohne Liquidation mit Außenständen und Schulden gegen Auskehrung des Wertes des Anteils des anderen, so ist auch der Wert der Kundschaft anzusetzen, selbst wenn keine besondere Abfindungssumme für sie vereinbart und nicht Berechnung des Anteils auf Grund einer nach kaufmännischen Grundsätzen aufgestellten Bilanz verabredet ist. Hat die Auseinandersetzung nach den Grundsätzen des § 142 zu erfolgen, so wäre dieser Bestandteil nach § 738 Abs. 2 BGB. (**RG. 56** 16, **60** 156) im Wege der Schätzung zu ermitteln. Die Wertsermittelung hat sich auf die Zeit der Trennung der Parteien zu beziehen und den Umstand zu berücksichtigen, daß dem Ausscheidenden der freie Wettbewerb zugestanden ist. Dagegen kann der bei der Weiterveräußerung des Geschäfts vom Übernehmer erzielte Gewinn nicht berücksichtigt werden. Vgl. §§ 140, 142 wegen Ansatz des Geschäftswerts.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. Verjährung der persönlichen Haftung bei Auflösung durch Konkurs. 1. **RG. 70** 323, LeipzZ. **09** 389 Ziff. 2, JW.

09 226 Ziff. 24. Die Vorschrift des § 159 gilt jetzt auch für die Auflösung durch Konkurs (§§ 6, 32 HGB.). Die früheren Gesellschafter können sich daher auf die vierjährige Verjährung des § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB. auch dann noch berufen, wenn inzwischen durch die widerspruchslose Feststellung im Gesellschaftskonkurse der Gesellschaft gegenüber an die Stelle der vierjährigen die dreißigjährige Verjährung des § 218 BGB. getreten ist. Auch § 160 HGB. steht nicht entgegen, er beruht nicht auf dem allgemeinen Gedanken, daß die nach der Auflösung der Gesellschaft zugunsten der Gesellschafter laufende Verjährung abhängig sei von der für die Gesellschaft laufenden. Das Abhängigkeitsverhältnis besteht nur für die Unterbrechung der Verjährung.

2. Unanwendbarkeit auf vor dem 1. Januar 1900 stattgefundene Konkurse. BauersZ. **16** 282 (KG.). Art. 169 Abs. 2 EGBGB. ist unanwendbar, wenn vor dem 1. Januar 1900 die Eintragung des Konkurses kraft Landesrecht erfolgt war (**RG. 35** 124, Artt. 146, 123 Abs. 1 alt. HGB., Art. 13 Pr. EGADHGB., §§ 159, 32, 6 HGB.). Die ohne Widerspruch des Ausgeschiedenen erfolgte Feststellung der Forderung im Gesellschaftskonkurse steht seiner rechtskräftigen Verurteilung nicht gleich, also keine dreißigjährige Verjährung (§§ 546, 558 I. 9 ALR., § 10 G. v. 31. März 1838, § 218 BGB., Art. 169 EGBGB.). Die Rechtskraft bedeutet nur, daß ihm gegenüber die Forderung als Gesellschaftsschuld feststeht, keine Vollstreckung aus der Tabelle gegen den einzelnen Gesellschafter (**RG. 36** 61); daher ist der Einwand der dreimonatigen Verjährung seit Aufhebung des Gesellschaftskonkurses begründet (vgl. JDR. **7**). S. a. EGBGB. Art. 169 Ziff. 3.

Anhang: Stempelrecht.

1. BayNotZ. **09** 453 (BayObLG.). Ein Vertrag, durch den ein an eine oHG. verkauftes, noch nicht übertragenes Grundstück nach deren inzwischen durch Tod eines Gesellschafters erfolgter Auflösung an den überlebenden Gesellschafter und die Erben des Verstorbenen nach Bruchteilen verkauft wird, ist kein Nachtrag, sondern ein selbständiger Vertrag (Art. 113 Ziff. 1 BayGebG. v. 1892).

2. Umwandlung von Gesellschaftsvermögen in Bruchteileigentum bei bestehender Gesellschaft. FrankfRundsch. **43** 22 (KG.). Tarif 25 d PrStempStG. unanwendbar im Anschluß an KGJ. **36** B 51 und **RG. 45** 218 auf einen Vertrag, durch den eine oHG. während der Dauer ihres Bestehens ein Gesellschaftsgrundstück ihren Gesellschaftern zu Sondereigentum (Miteigentum nach Bruchteilen) überläßt. **RG. 68** 378 steht nicht entgegen. Der Vertrag ist nach Tarifstelle 8 (bzw. 32) zu verstempeln.

3. Auflösung. **a)** R. **09** 78 (KG.). Antrag der beiden bisherigen offenen Gesellschafter auf Umschreibung des Gesellschaftsgrundstücks auf den Namen des einen von ihnen, Geschäft nebst Aktiven und Passiven bei Auflösung übernehmenden unter Bezug auf die vorgelegte notariell beglaubigte, dem Registergericht eingereichte Anmeldung: keine Verstempelung des grundbuchrichterlichen Protokolls als Auflassungsverhandlung oder Dissoziationsvertrag. Ob diesen die Registeranmeldung enthält, ist von der Steuerbehörde, nicht dem Gerichtsschreiber zu prüfen. **b)** R. **09** 519 (KG.). Auflassungsmöglichkeit und -zulässigkeit trotz Eigentumsübergangs der Gesellschaftsgrundstücke mit dem Auseinandersetzungsvertrag auf den Geschäft nebst Aktiven und Passiven übernehmenden einen der beiden Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft: Erhebung des Auflassungsstempels, wenn Auflassung stattfindet, außer bei rechtzeitiger Vorlegung der Urkunde über den Auseinandersetzungsvertrag. **c)** KGJ. **36** B 51 (KG.). Einigen sich die Gesellschafter einer oHG. bei deren Auflösung dahin, daß ein zum Vermögen der Gesellschaft gehöriger Gegenstand in das Miteigentum der Gesellschafter nach Bruchteilen über-

gehen soll, so ist zu dem Vertrage der Wertstempel nur insoweit zu erheben, als der einem Gesellschafter zugewiesene Bruchteil den seine Beteiligung am Reinvermögen der Gesellschaft darstellenden Bruchteil übersteigt.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

§ 161. I. Der beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditist). 1. Rechtsstellung. Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten (vgl. JDR. 7). a) Bejahend. Bolze, R. **09** 570. Bolze bejaht gegen Sohm die Kaufmannseigenschaft. Die bloße Kapitalbeteiligung macht nicht den Kaufmann, der Kommanditist beteiligt sich nicht bloß mit Kapital an dem Handelsgewerbe des Komplementars, er betreibt mit ihm zusammen das Handelsgewerbe. Zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört nicht bloß der Abschluß von Rechtsgeschäften (Ziff. 1, 2, 5, 6, 9 § 1 HGB.). Für den Kaufmannsbetrieb kommt auch die innere Geschäftsführung in Betracht. Betreiben mehrere zusammen unter gemeinschaftlichem Namen Handelsgeschäfte gewerbsmäßig, so sind sie Kaufleute. Der Komplementar, wenn er unter der Firma kontrahiert, kontrahiert immer zugleich im Namen der KG. und der einzelnen Gesellschafter, einschließlich des Kommanditisten. Dieser ist Kaufmann z. B. im Sinne des § 53 BörsG. b) Verneinend. α. Sohm s. § 1. β. Geller, Das Unternehmen, ÖstZBlfdjurPr. **27** 888.

2. Erbengemeinschaft keine Kommanditistin. OLG. **19** 318, RJA. **10** 42, KGJ. **37 A** 145, ZBlFG. **10** 95, R. **09** Ziff. 2591 (KG.). Eine Erbengemeinschaft der Erben des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG. kann nicht als Kommanditistin der mit einem neu eintretenden Komplementar fortzusetzenden Gesellschaft eingetragen werden. Kommanditist kann nur eine natürliche oder juristische Person sein. Die Miterben können sich auch nicht mit einer gemeinschaftlichen Einlage beteiligen (§§ 162 Abs. 1, 171 HGB.). Ein Testamentsvollstrecker kann nicht für die Miterben einen Gesellschaftsvertrag mit der beschränkten Haftung des § 161 HGB. schließen (KGJ. **22 A** 34, 101, **23 A** 89, **RG. 67** 61).

II. Der voll haftende Gesellschafter (Komplementar); prozessuale Stellung. SeuffA. **64** 106 (Braunschweig) ausführlicher als JDR. **7** Note 3 I α zu § 124. Daß die Klage gegen die Kommanditgesellschaft auch gegen den einen Inhaber persönlich erhoben sei, läßt sich auch nicht aus seiner Teilhaberschaft herleiten (vgl. §§ 124, 129 Abs. 4). Seine Hereinziehung im Wege der Klagänderung (nicht durch Eventualantrag) setzt sein freiwilliges Einverständnis voraus (§§ 253, 295 ZPO.). Ist gegen ihn unter Verletzung dieser Grundsätze ein ihn beschwerendes Urteil ergangen, so muß er ein Rechtsmittel einlegen, obwohl er nicht Partei war. Die Berufung der Gesellschaftsfirma ist aber deswegen nicht begründet, weil sie durch das erste Urteil, in dessen Entscheidungsformel sie überhaupt nicht erwähnt wird, nicht verletzt wird; es muß wegen wesentlicher Verfahrensmängel Zurückweisung in die Vorinstanz insoweit erfolgen.

§ 170. Marcus, Kann der Kommanditist zum Gesellschaftsvertreter bestellt werden? HoldheimsMSchr. **09** 160 bejaht die Frage. Die Bestellung durch Gesellschaftsvertrag oder nachträgliches Abkommen zwischen Komplementar und Kommanditisten ist nicht ausgeschlossen. § 170 ist dispositiv. § 163 ist kein Gegenargument, wenn auch hier eine Wirkung nach außen in Frage steht. Die Vermutung des § 714 BGB. gilt nicht.

§ 171. Abs. 2. Einlagehaftung des Kommanditisten im Konkurse der Gesellschaft. **RG.** LeipzZ. **09** 140 Ziff. 6, BauersZ. **16** 238, R. **09** Ziff. 139, 140. Entscheidend ist die Zuführung eines der Einlageziffer entsprechenden Wertes zum Gesellschaftsfonds, event. auch durch Befriedigung von

Gesellschaftsgläubigern oder Aufrechnung mit eigenen Forderungen (**RG. 63** 267), nicht dagegen, ob und was der Kommanditist aus seinem Vermögen weggegeben hat.

§ 172. Abs. 4. Haftet der Kommanditist persönlich wegen Einlagerückempfang, wenn die Kommanditgesellschaft bei seinem Ausscheiden in eine oHG. umgewandelt wird und der neu eintretende offene Gesellschafter unter Anrechnung dieser Zahlung als Einlage in die oHG. ihm seinen Anteil auszahlt? (vgl. IDR. **7** § 172). SeuffA. **64** 361 (Dresden). a) Bejahend: 7. Sen. 12. Dezember 1906. Es liegt Zurückzahlung der Einlage, d. h. Zuwendung von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens an den Kommanditisten mit dem Erfolge, seine Einlage unter den versprochenen Betrag zu mindern, vor. Die Beteiligung des Kommanditisten wird durch den bisherigen Komplementar nebst dem neuen Gesellschafter in ein Schuldversprechen (Zahlung durch später erst eingelöste Wechsel usw.) umgewandelt (das durch den neuen Gesellschafter in Anrechnung auf seine Einlage erfüllt wird), womit die in Liquidation befindliche KommG. (!) in gleicher Höhe der oHG. verpflichtet wurde. b) Verneinend: 4. Sen. 7. März 1907. Eine Zurückzahlung liegt nur vor, wenn sie aus Mitteln der KG. bewirkt ist. Das vom Komplementar und dem neuen Gesellschafter der oHG. abgegebene Schuldversprechen „als Teilhaber der genannten Firma" betrifft nur die oHG., nicht die KG.: der in Zahlung gegebene Wechsel war nur von der oHG. akzeptiert. Die persönliche Haftung des bisherigen Komplementars (§ 128 HGB.) hatte nicht zur Folge, daß auch die von ihm als persönlich haftendem Gesellschafter vertretene KG. für diese Verpflichtung einzustehen hatte; er hat auch das Geschäft ausdrücklich nicht für die KG., sondern für die oHG. geschlossen. Letzteres gilt auch für den neuen offenen Gesellschafter, falls er überhaupt zur Vertretung der KG., wie behauptet als deren Liquidator, vertretungsberechtigt war. Unerheblich ist die allerdings möglicherweise ungünstige Stellung der Gläubiger der KG. durch die persönliche Haftung des Komplementars nach § 128 für die Schulden der oHG. oder der Verstoß gegen §§ 165, 161 Abs. 2, 112 (Konkurrenzverbot).

§ 177. I. Tod des Kommanditisten s. o. §§ 139 (177).

II. Tod des Komplementars. **RG. 72** 119. Die Erben des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters einer KG., durch dessen Tod diese aufgelöst wurde, haften für die Verbindlichkeiten der nunmehr in Liquidation befindlichen KG. nicht als deren Teilhaber (§ 128), sie sind nicht Gesellschafter geworden (§ 131 [4]), sondern nur gemäß §§ 1967, 1975 BGB., auch wenn es in der geschäftlichen Todesanzeige an die Kunden heißt, daß die Geschäfte der Firma vorläufig für Rechnung der Erben in der bisherigen Weise fortgeführt werden.

Anhang: Steuerrecht.

§ 33 Ziff. 1 u. 2 KommunalabgG. PrVerwBl. **30** 699. Garantierte vom Gewinn unabhängige Zinserträge für ein vom Kommanditisten der Gesellschaft gegebenes Darlehen sind in der Wohnsitz-, nicht in der Forensalgemeinde zu versteuern (Scholz).

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Allgemeine Bemerkungen.

Ausländisches Recht. Schauer, Das französische Aktienrecht und seine Reform, LeipzZ. **09** 804 f. Das französische Aktienrecht beruht auf dem G. v. 24. Juli 1867 nebst Novellen v. 1. August 1893, 9. Juli 1902, 16. November 1903, 17. März 1905. Der wesentlichste Inhalt wird kurz mitgeteilt. 1906 sind dem Parla-

mente die drei Reformgesetzentwürfe einer außerparlamentarischen Kommission vorgelegt. Der erste (projet de loi sur les sociétés par actions) wird besprochen; die beiden anderen sind: loi sur les obligations émises par les sociétés et sur les parts des fondateurs et loi sur les sociétés étrangères par actions. Die Vorschläge des ersten beziehen sich auf A. Die Gründung: 1. Mindestbetrag des Aktiennennwerts; 2. Schutz der Aktienzeichner (Zeichnungsschein und Einlagen); 3. Herabsetzung der Kosten; 4. Sacheinlagen; 5. Gründeranteile. B. Die Tätigkeit der AG.: 1. Beaufsichtigung der Geschäftsführung; 2. Recht der Aktionäre zur Einberufung einer Generalversammlung; 3. Statutenänderungen; 4. Publizitätsvorschriften.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179. Genußschein. 1. BauersZ. **16** 173, Die Ausgabe von Genußscheinen gegen Bezahlung an Stelle einer Grundkapitalserhöhung. Beispiel und wirtschaftliche Vorteile (die nur aus dem Reingewinne zu verzinsenden Scheine bedeuten keine Schuld der Gesellschaft).

2. Verstempelung als Schuldverschreibung. **RG. 70** 52, BauersZ. **16** 104, BankA. 8 142, JW. **09** 27 bejaht im Anschluß an **RG. 54** 24 und **30** 16 die Anwendbarkeit von Tarif Nr. 2 a und Anm. Abs. 2 zu TarifNr. 1 und 2 RStempG., wenn in den Scheinen der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe beurkundet ist, mag auch die Zahlungspflicht nur bedingt verbrieft sein. Unterschied des Genußscheins von der Aktie: maßgebend die Verlusttragung, Stimmrecht, Recht auf Liquidationsquote (vgl. auch JDR. **7** § 179 Note 3).

§ 182. Abs. 1. I. Zwingender Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Riesser, Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Vorschriften des § 182 Abs. 1 HGB., LeipzZ. **09** 337. Gegen **RG. 54** 418 (zu § 75 GmbHG.; vgl. auch Staub Note 3 § 309) wird die Heilung von Verstößen gegen Abs. 1 § 182 durch Eintragung der AG. zugelassen. Die D. ist nicht im Sinne des RG. zu verwerten; im § 309 ist Abs. 1 § 182 absichtlich weggelassen (vgl. auch §§ 189 Abs. 4 Satz 2, § 200 Abs. 1). Innerer Grund: Die formellen Mängel des Abs. 1 § 182 sind im Gegensatze zu denen des Abs. 2 oft nicht erkennbar. Die §§ 142—144 FGG. sind nicht anwendbar.

II. Ziff. 3. Höhe des Grundkapitals. KGJ. **37** A 148, OLG. **19** 320, BauersZ. **16** 81 f. RJA. **9** 185 in JDR. **7**.

§ 185. Vorzugsaktien. BauersZ. **16** 221. Ablösung des Vorrechts von Vorzugsaktien durch Zahlung einer Geldsumme nebst Bildung eines Reservefonds für die Ablösung (Beispiel).

§ 186. I. Abs. 1. Besondere Vorteile zugunsten einzelner Aktionäre. **RG.** LeipzZ. **09** 309, BauersZ. **17** 5, JW. **09** 167 Ziff. 18, BankA. **8** 273, HoldheimsMSchr. **09** 219. Abkommen über Gründerlohn bedarf nach Eintragung der AG. ins Handelsregister des im § 274 vorgeschriebenen Weges, auch wenn man bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags gar nicht an das Abkommen gedacht hat.

II. Abs. 2. Übernahme. 1. Jacobi, Welche Rechte stehen der AG. gegen denjenigen zu, der an sie Übernahmeobjekte veräußert hat, deren Erwerb durch das Statut nicht gedeckt ist? LeipzZ. **09** 222 f. Die Schadensersatz- oder Bereicherungsklage gegen den Veräußerer der Übernahmeobjekte ist ausgeschlossen, weil ersichtlich das HGB. die Ansprüche der Gesellschaft aus Verstößen wider die Schutzvorschriften bei qualifizierter Gründung erschöpfend geordnet hat. Gegen den Dritten können nur im Falle böswilliger, mutwilliger Schädigung der AG. durch Übernahmen Schadensersatzansprüche hergeleitet werden. Die im § 186 Abs. 3 statuierte Nichtigkeit bedeutet also nur, daß der Dritte nicht auf Erfüllung klagen kann, solange nicht

das Gesellschaftsstatut den Übernahmevertrag publiziert hat. Anderenfalls würde eine weitergehende Haftung des Dritten als der Gründer bestehen, insbes. infolge 30 jähriger Verjährung gegenüber § 206.

2. Vgl. zu dieser Frage auch § 202.

§ 200. Die AG. vor der Eintragung. Zu Abs. 1 vgl. **RG. 70** 298 zu § 11 GmbHG.

§ 201. Zweigniederlassung. 1. BauersZ. **17** 51. (KG.) Gültigkeit der Prokura auch für die Zweigniederlassung s. § 50 Abs. 3.

2. BauersZ. **17** 33. Zweigniederlassung einer japanischen AG. im deutschen Schutzgebiete (Beispiel).

§ 202. Gründerhaftung. I. Gegenüber der AG. 1. Allgemein. BauersZ. **16** 220. Wofür haften die Gründer und die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus der Gründung? Gründer: böslich im § 202 ist gleichbedeutend mit vorsätzlich, wissentlich, absichtlich. Bei Sacheinlagen und Übernahmen beruht Wert und Preis auf Vereinbarung unter den Gründern. Übergang riskanter Geschäfte und zweifelhafter Prozesse bei qualifizierter Gründung erfordert Beihilfe Sachverständiger.

2. Haftung für nicht ins Statut aufgenommene Zusagen. BayObLG. **9** 9, BauersZ. **16** 172 ausführlicher als JDR. **7**. Die AG. kann nicht von Gründern Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Zusage verlangen, ein ihnen gehöriges Grundstück für einen vereinbarten Einheitspreis in die Gesellschaft einzulegen, wenn diese Zusage nicht ins Statut aufgenommen ist (Art. 213a alt. HGB.). Die Haftung aller Gründer tritt nach Art. 213 a ein, wenn auch nur einer von ihnen unrichtige Angaben in Ansehung der Zeichnung, Einzahlung oder der im Art. 209 b vorgesehenen Festsetzungen gemacht hat. Solche Unrichtigkeiten liegen aber nicht vor, wenn der Inhalt aller Angaben und Erklärungen, die zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgten, sich nicht nur mit dem Inhalte des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags, sondern auch mit dem Inhalte des Errichtungsvertrags decken. Anderenfalls hätte auch das Grundkapital um den Wert des Grundstücks — den Gegenwert der vom Eigentümer zu übernehmenden Aktien — erhöht werden müssen. Auch bei der sogen. simultanen und qualifizierten Gründung einer AG. stehen die Gründer weder einzeln, noch in ihrer Gesamtheit der zu schaffenden Gesellschaft als Vertragschließende gegenüber, also kann die AG. aus einer nicht statutarischen Zusage keine Ansprüche erwerben. Der Klaganspruch kann auch nicht auf das bürgerliche Recht (ALR.) gestützt werden: weder falls die Zusage als eine vertragliche Bindung angesehen wird, weil aus ihr nur die Mitgründer, nicht die noch nicht bestehende AG. Rechte herleiten könnten, noch falls die Zusage eine Täuschung der Mitgründer (ALR. I. 6) wäre, weil nur die einzelnen getäuschten Personen Ansprüche daraus hätten. Art. 213 a ist aber ein Sonderrecht mit der Bestimmung die Haftung der Gründer einheitlich und erschöpfend zu regeln.

II. Haftung untereinander. BayObLG. **9** 17. Schadensersatzanspruch eines Mitbegründers der AG. gegen einen anderen wegen arglistiger Verleitung zur Beteiligung an der Gründung durch Vorspiegelung der Absicht, ein bestimmtes Grundstück in die AG. einzulegen (ALR. I. 4 § 86). Der Einwand des Beklagten, er sei zur Aufklärung des Irrtums des anderen nicht verpflichtet gewesen, läuft auf den Einwand des Mitverschuldens hinaus und ist unzulässig, weil niemand die Folgen seines unredlichen Verhaltens zu seinem Vorteile geltend machen darf.

§ 203. 1. Heim, Die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr (Marburg 1909). Erörtert werden der Grund, die Voraussetzungen, der Inhalt der Haftung des Emissionshauses auf Grund des § 203 im zweiten Abschnitte des Buches (53 ff.). In der Einleitung wird der Begriff des Emissionshauses festgestellt als Bank, die nach von ihr ausgegangener

öffentlicher Ankündigung Wertpapiere für eigene Rechnung oder für Rechnung der sie bisher besitzenden Personen in Verkehr bringt; Gegensatz zur Zeichnungsstelle. Im Gegensatze zur Begründung des Entwurfes (wirtschaftliche Gründung durch Überleitung der Aktien ans Publikum im Gegensatze zur juristischen) wird der Grund der Haftung in der Realisierung des Gründungsnutzens durch Veräußerung der Aktien ans Publikum und der Vermeidung der Vorschiebung formeller Gründer gesehen. Die Haftung ist solche aus Delikt, betrifft nur die erste Emission, nicht jede weitere Einführung an anderen Börsen. Unterschrift ist nicht nötig. Die Vorschrift gilt auch für Primitivzeichnungen. Objektiver und subjektiver Tatbestand. Wann hört die Prüfungspflicht des Emissionshauses auf? Bei Primitivaktien mit der Entstehung der AG., sonst mit der Ankündigung.

2. Haftung aus § 45 BörsG. (s. JDR. **7**) s. Heim 65 ff. und unten §§ 213, 215.

§ 204. Gründungshaftung von Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats. BauersZ. **16** 220 (s. § 202). Entsprechen die einem einzelnen Aktionär gewährten besonderen Vorteile, der angenommene Wert der Sacheinlagen der Wirklichkeit, so braucht das einzelne Mitglied nicht irgendwelche Bestrebungen auf Verbilligung der Gründung eintreten zu lassen.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 211. Grenzen der Kapitaleinlagepflicht. Müller-Erzbach, Die Erhaltung des Unternehmens, GoldschmidtsZ. **61** 357 ff. Verf. erörtert, was das Recht zum Schutze des Interesses an der Konservierung der in zahlreichen Unternehmungen aufgespeicherten wirtschaftlichen Energie geleistet hat. Unter diesem Gesichtspunkt untersucht er besonders das Institut der Gesellschaft, namentlich die ihr immanente Teilung des Unternehmerrisikos (371 f.). Heranziehung der Gesellschafter zu positiven Leistungen im Interesse der Erhaltung des Unternehmens (383); (Zubuße- und Nachschußpflicht); Gewerkschaft, Reederei, GmbH., Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit einerseits — oHG. (§§ 707, 735 BGB.), AG. andererseits. Tendenzen der Entwickelung bei der AG. gezeigt an § 211 HGB. Vergleich mit art. 33 code de commerce. Besprochen wird das Urteil des **RG. 52** 287 f., das die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlungen für zulässig erklärt trotz des Zwanges auf die Aktionäre (388 f.). Ein Verstoß gegen § 211 liegt nicht vor, weil der eigentliche Kern des kontinentalen Aktienrechts in der Risikobeschränkung auf den Aktienbetrag liegt. Gegen RG., DJZ. **02** 153 und Laband, DJZ. **02** 229. Wie aber ist die Rechtslage, wenn die Generalversammlung beschließt, Zuzahlungen von den Aktionären mit der Maßgabe einzufordern, daß die Nichtleistenden an ihrem Aktienbesitze geschmälert werden sollen? (390): **RG. 52** 287? Das Ergebnis, zu dem das RG. gelangt, ist nicht auf eine sorgfältige Analyse der Interessen- und Sachlage gegründet. Das RG. läßt den Umstand außer acht, daß die Zuschüsse offenbar der Inganghaltung des Unternehmens dienen sollen. Bei der Auflösung erhielten die Aktionäre nur den geringeren Liquidationswert. Die Bevorzugung der opferwilligen Aktionäre ist daher begründet. Die Zusammenlegung von Aktien zwecks Erzwingung von Zuschüssen ist zulässig. Die AG. hat nahezu das Ziel erreicht, eine große börsenfähige Gesellschaft mit Nachschußsystem zu werden.

§ 212. Nebenleistungen. Rechtsnachfolge. OLG. **19** 323 (Braunschweig). Rechtsstellung des Nachfolgers bei Aktien mit Rübenlieferungs- und Düngerbezugspflichten: Haftung des Nachfolgers für den Preis des durch den Vorgänger bezogenen Düngers verneint: die Preisverbindlichkeit entspringt aus einem selbständigen, vom Rübenbau- und Lieferungsvertrage verschiedenen und nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Kaufes zu beurteilenden Vertrage.

§ 213. A. Verbot der Einlagerückforderung (s. JDR. **7** § 203). 1. **RG. 71** 97, LeipzZ. **09** 465 Ziff. 3, JW. **09** 433 Ziff. 41, BankA. **8** 354, ZAktWes. **09** 191, BauersZ. **16** 247. Einschränkung der in **RG. 54** 128, **62** 29 hinsichtlich der Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung oder -Übernahme ausgesprochenen Grundsätze und Ablehnung ihrer Anwendbarkeit auf die Beteiligung durch rechtsgeschäftlichen Erwerb von Aktien (Kauf) nach vollzogener Gründung oder Kapitalserhöhung im Anschluß an **RG. 68** 309 (GmbH.). (Vgl. JDR. **7** § 30 GmbHG.) Die Grundsätze, welche, aus dem Gesellschaftsverhältnis abgeleitet, die gesellschaftliche Beteiligung des Aktionärs bei der Gründung oder Kapitalserhöhung der Anfechtung oder Wiederaufhebung entziehen, dürfen nicht auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt werden, die zwar in ihrem Effekte gleichfalls eine Beteiligung an der AG. herbeiführen, die aber ihrem Wesen nach keine unter dem Gesellschaftsrechte stehenden Rechtsakte sind, sondern Umsatzverträge gerichtet auf Erwerb von Wertobjekten gegen Entgelt.

2. **RG. 72** 290. Der Käufer einer nicht vollgezahlten Namensaktie, der über den Rest der einzuzahlenden Summe Wechsel gegeben hat, oder im Aktienbuch eingetragen ist, kann der auf den Rest klagenden AG. nicht entgegenhalten, daß er durch Betrug zum Erwerbe der AG. bestimmt sei. § 213 kehrt sich sowohl gegen die Rückforderung des Einlageversprechens wie gegen die Rückforderung der geleisteten Einlage. Die Wechsel sind hier nicht Sicherung des Kaufpreises, weil der Verkäufer nicht die Resteinlage machen sollte. Der Käufer ist auch gemäß §§ 223 Abs. 3, 218 als im Aktienbuche (mit seiner Einwilligung) eingetragener Aktionär in erster Linie zur Einzahlung verpflichtet, er kann sich nicht auf Betrug des Vormanns berufen (gegen Jacobi, Wertpapiere 88). Keine Abweichung von **RG. 71** 97, weil es sich dort um vollbezahlte Aktien handelt.

3. *A. Wieland, GoldschmidtsZ. **65** 58 (s. vor §§ 105 ff. HGB.). Jede Handelsgesellschaft ist ihren Mitgliedern, welche sie doloserweise zum Beitritte veranlaßt hat, für Ersatz alles Schadens verantwortlich. Daher dringt sowohl die exceptio doli des Gesellschafters, welcher seine Einlage noch nicht geleistet hat, als auch die actio doli desjenigen, welcher sie schon vollzogen hat, der Gesellschaft gegenüber durch. Dagegen versagen beide Rechtsmittel in Konkurrenz mit Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger, z. B. im Gesellschaftskonkurse. Denn Dritten gegenüber stellt der Beitritt des Gesellschafters ein konstitutives Rechtsgeschäft dar, durch welches sich das Mitglied den Gesellschaftsgläubigern gegenüber direkt verpflichtet, die publizierte Einlage zu leisten und mit allen eigenen, ihr entstammenden Ansprüchen an das Gesellschaftsvermögen hinter diejenigen der Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten. Diese Verpflichtung gegenüber Dritten wird aber durch den Dolus der Gesellschaft nicht berührt. Bei der Kapitalhandelsgesellschaft ferner versagen die exceptio und actio doli des Gesellschafters zunächst auch gegenüber der Gesellschaft selbst, da diese hinsichtlich der Beitreibung und Erhaltung der Einlagen ihre Gläubiger von Rechts wegen vertritt. Aber auch gegenüber der Kapitalhandelsgesellschaft ist der Gesellschafter wenigstens berechtigt, die vorgängige Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger und hernach die Rückgabe seiner Einlage zu verlangen.

B. Gewinnanspruch. Saenger, Über die Rechtsnatur der Dividendenscheine, HoldheimsMSchr. **09** 179. Ist der Dividendenschein Inhaberpapier oder Legitimationspapier? Die drei Theorien. Gegen die Annahme Simons, daß er nur Legitimationspapier sei: das Recht des Aktionärs auf diese Frucht seines Mitgliedschaftsrechts ist übertragbar. Das Dividendenrecht im Sinne des Dividendenscheins ist ein Gläubigerrecht, das mit dem Beschlusse gemäß § 260 erwächst; das Dividendenrecht im Sinne eines Rechtes zur Mitwirkung bei der Dividendenfeststellung ist zu unterscheiden und ist an den Besitz der Aktie geknüpft. Das erstere, das Gläubigerrecht, ist ein Recht auf eine künftige Forderung vor

der Festsetzung. Dividendenscheine mit Inhaberklausel sind jedenfalls Inhaberpapiere, sie können es auch trotz Mangels der Inhaberklausel sein. Die Veräußerung von Dividenscheinen vor Feststellung ist rein spekulativ, aber rechtlich zulässig. Für die Natur als Inhaberpapier sprechen §§ 234, 1081, 1814, 1818, 2116 BGB., §§ 367³, 228² HGB. Es sind keine Inhaberschuldverschreibungen, sondern analog zu behandelnde Inhaberpapiere im weiteren Sinne. § 807 BGB. ist nicht anwendbar.

§ 215. Verbot fester Zinsen. 1. **RG. 72** 30. JW. **09** 733 Ziff. 35, ZAkt. Wes. **09** 231 u. 199. Überlassung der Dividenden an die AG. gegen feste Zinsen ist nichtig. Es kommt nicht darauf an, ob der, dem das Zinsversprechen gegeben wird, beim Vertragsschlusse der AG. als Aktionär, sondern als Dritter gegenübersteht, vielmehr auf den Inhalt des Vertrags.

2. SchlHolstAnz. **09** 41 (Kiel). Fortbestand der Garantieübernahme für die Erfüllung eines Zinsversprechens der AG. für den Fall der gesetzlichen Nichtigkeit dieses Hauptversprechens der Gesellschaft im Falle von Liquidation oder Konkurs der AG. Die Garantiepflichten hörten notwendig auf, sobald die Gesellschaft aufhörte, als Rechtssubjekt zu bestehen. Auch durch die Konkurseröffnung ist die Sachlage wegen Endigung der Existenz als Erwerbsgesellschaft wesentlich geändert. Es handelt sich um eine Dividendengarantie; es ist Sache der Vertragsauslegung, ob der Garant auch dann noch Dividenden zahlen muß, wenn die Gesellschaft aus Gründen tatsächlicher Art, etwa infolge von Bilanzverlusten, überhaupt keine Dividende mehr zahlen kann, und welche Wirkung sonstige Umstände, z. B. Veränderung des Aktienkapitals, haben. Bei Liquidation oder Konkurs ist sie rechtlich zur Dividendenzahlung nicht mehr in der Lage. Daran ändert nichts, daß nach Konkursbeendigung noch Gesellschaftsvermögen vorhanden sein könnte. Unentschieden ist, ob ein Fortsetzungsbeschluß das Wiederaufleben der Garantie herbeiführen würde.

3. Abs. 2. Bauzinsen. Frankenburger, Zusicherung von Bauzinsen an Aktionäre für die bei einer Kapitalserhöhung neu zu schaffenden Aktien, BankA. **9** 30. Die Zusicherung von Zinsen seitens der Aktiengesellschaft an Aktionäre kann rechtsgültig nur im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage für eine beschränkte Zeit, nicht aber auf dem Wege der Abänderung des Gesellschaftsvertrags erfolgen.

§ 218. Einzahlungsverzug. 1. Bei Giroüberweisung. **RG.** BauersZ. **16** 153, HoldheimsMSchr. **09** 110, LeipzZ. **09** 237 Ziff. 2. Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien durch Zuzahlung. Die Aufforderung des Aufsichtsrats, die erste Hälfte der zu leistenden Zuzahlung bis zum 1. Mai „einzusenden", muß dahin ausgelegt werden, daß vor Ablauf dieses Tages der Betrag nicht nur abgesandt, sondern auch eingegangen sein müsse. Ungenügend ist die am 1. Mai bei einer Reichsbanknebenstelle zur Umschreibung auf die Bestimmungsbank durch Reichsbankgirokonto erfolgte Überweisung der Zuzahlung, wenn nach Eingang bei der Reichsbank in Berlin am 2. Mai erst an diesem Tage die Gutschrift bei der Bestimmungsbank erfolgt. Eine Verkehrssitte über Identität von Einsenden und Absenden im Umschreibungsverkehre besteht nicht.

2. ZVersWes. **09** 493, BauersZ. **17** 57, Maßnahmen wegen der Aktionärwechsel aus Anlaß des geänderten Wechselstempelgesetzes. Mitgeteilt wird die Vorlage der Direktion einer Versicherungs-AG. an den Aufsichtsrat wegen Abschaffung der Aktionärsolawechsel über den Betrag des nicht eingezahlten Aktienkapitals (vgl. hierzu Müller-Erzbach, GoldschmidtsZ. **61** 398 f.).

§ 222. Aktienübertragung. I. Übergabe der Aktienurkunde. Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 429. Die Übertragung der Namenaktie, sofern sie nicht Orderaktie ist, erfordert stets die Übergabe der Aktienurkunde.

Dies ist Tatbestandsmerkmal der Übertragung. Die Notwendigkeit wird aus § 223 HGB. gefolgert. „Wo immer der Schuldner nur gegen Vorweis des von ihm über ein Recht urkundlich ausgestellten Papiers zu leisten verpflichtet ist, da ist auch die Übergabe dieses Papiers ein Essentiale bei der Übertragung des in ihm verbrieften Rechtes" (428).

II. Statutarisch erforderliche Zustimmung. **RG. 72** 290. Die Zustimmung des Aufsichtsrats wird im Konkurse der AG. durch die des Konkursverwalters ersetzt (§ 6 KO., § 183 Abs. 1 BGB.).

III. Abs. 4. Formwidrige Übertragung vinkulierter Aktien. ZAktWes. **09** 201 (LG. Bonn). Der Kaufvertrag über die kleinen Aktien ist trotz formwidriger Übertragung gültig, so daß die Verkäufer an sich zur nachträglichen Beibringung der Genehmigung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung verpflichtet wären; die Nichtverschaffung bildet aber keinen derart wichtigen Teil der Leistung, daß ein Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. gegeben ist. Ist die Veräußerung schon vor längerer Zeit geschehen, so haben die Käufer auf die Verschaffung und den Erwerb der Mitgliedschaft verzichtet, es war den Erwerbern hauptsächlich um den Dividendengenuß zu tun, und sie können nicht nachträglich die Verschaffung der Genehmigung verlangen (Kritik des Berichterstatters).

§ 226. Erwerb eigener Aktien. v. Ziegler, Fusion (s. § 305) 64. Die Fusion gegen Gewährung eigener, im Besitze der übernehmenden AG. befindlicher Aktien fällt unter § 315, findet aber an § 226 eine Grenze.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

Literatur: Tecklenburg, Organisation der Aktiengesellschaft, HoldheimsMSchr. **09** 237 ff.

§ 231. I. Vertretungsbefugnis. Polizeirecht. BauersZ. **17** 56 (PrOVG.). Polizeiliche Verfügung wegen Beseitigung sicherheitswidrigen Grundstückszustandes: es ist eine Bezeichnung anzuwenden, aus der die Vertretungsstellung der Direktion der AG. äußerlich erkennbar in die Erscheinung trat, z. B. „an die Gesellschaft zu Händen der Direktion". Ob eine unklare Bezeichnung (Adresse nur an die Direktion) geeignet ist, einer polizeilichen Verfügung die zu ihrer Gültigkeit erforderliche Bestimmtheit zu nehmen, hängt von den begleitenden Umständen ab. Unbestimmtheit liegt nicht vor, wenn nach dem Inhalte der Verfügung ein Mißverständnis auf seiten sowohl des Empfängers wie der Polizeibehörde darüber ausgeschlossen ist, wer tatsächlich in Anspruch genommen werden soll. Durch die an die Direktion gerichtete Verfügung wird die Gesellschaft allein verpflichtet.

II. Haftung der AG. für Delikte des Vorstandes. **a)** Sontag, Die Aktienfälschung bei der Maschinenfabrik Hartmann, ZAktWes. **09** 1. Ein Direktor der AG., der einen falschen Namen führte, hat Aktienblanketts durch Stempel mit den faksimilierten Unterschriften der Zeichnungsberechtigten versehen und verkauft. Die Haftung der AG. nach § 31 BGB. wird bejaht. In „Ausübung der Verrichtung" ist die Handlung geschehen, weil er die Blanketts in Verschluß hatte und ihm die Stempel als Direktor zugänglich waren: der Kausalzusammenhang zwischen Verrichtung und schadenstiftender Handlung besteht. Unerheblich ist, ob die Aktienzeichnung zu seiner Kompetenz gehörte. Es liegt kein konkurrierendes Verschulden des Käufers vor, weil nach Statut und Prospekt die Aktienunterschrift handschriftlich sein muß. Regreß an Vorstand und Aufsichtsrat: an den Vorstand wegen nicht genügender Bewachung der Stempel; an den Aufsichtsrat: es besteht keine Verkehrssitte, daß AG. die Blanketts selbst aufheben. **b)** Dagegen Simon ebenda 25. Das Delikt besteht im Inverkehrbringen. Abgesehen von den Fällen der §§ 280, 287, 228, 229 ist die Aktienausgabe unzulässig, das Vorstandsmitglied also zur Zeichnung nicht befugt und nicht in Ausführung seiner Verrichtung

handelnd, begeht vielmehr gelegentlich der Geschäfte eine unerlaubte Handlung. Auch nach § 831 BGB. ist keine Haftung aus dem gleichen Grunde, selbst bei culpa in eligendo gegeben. Unerheblich ist die Verwendung von Blanketts der Gesellschaft oder die Herstellung von falschen Formularen. Ein Vertragsverhältnis zwischen der Gesellschaft und den Ersterwerbern ist nicht zustande gekommen, eine außerkontraktliche Haftung der Gesellschaft für fahrlässige Vermögensbeschädigung nicht gegeben. Kein Anspruch gegen Vorstand und Aufsichtsrat mangels vertraglicher Beziehungen zu dem Dritten. Condictio der auf die falschen Aktien gezahlten Dividenden. **c**) Erwiderung von Sontag ebenda 28. Es kommt auf das Unterzeichnen des Blanketts an (§ 267 RStGB.). Deliktische Tätigkeit gehört nie zu den Verrichtungen. **d**) Verneinend auch Mühsam ebenda 49. Es kommt (richtig Sontag gegen Simon) nicht allein auf das Inverkehrbringen an, sondern auch auf die Fälschung. Die Aktienausgabe gehört nicht zu den Funktionen des Direktors (wie Simon). Erheblich ist, ob dieselbe Handlung, die zu Fälschungszwecken vorgenommen ist, an sich zu den regulären Obliegenheiten gehört. Das ist zu verneinen. Unerheblich ist die Erleichterung der Fälschung durch die Verwahrung der Blanketts. Anders wenn die Ausfüllung der Blanketts und das Aufdrücken des Faksimilestempels zu seinen Obliegenheiten gehört hätte. Das Statut verlangt handschriftliche Vollziehung. Es liegt auch keine mangelnde Sorgfalt des Vorstandes bei der Überwachung vor. Konkurrierendes Verschulden der Käufer liegt nur bei Ersichtlichkeit des Erfordernisses handschriftlicher Unterzeichnung aus der Aktie selbst vor.

III. Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder. Endigung. 1. Kündigungsgrund. **a**) BauersZ. **17** 1. Ein vom Aufsichtsrate dem Vorstande verziehener Entlastungsgrund kann nicht von dem neu gewählten Aufsichtsrate selbständig geltend gemacht werden. **b**) **RG.** LeipzZ. **09** 689, BauersZ. **16** 266. RG. bejaht die Anwendbarkeit des § 19 KO. aF. (vgl. § 22 nF.) auf das Dienstverhältnis zwischen Vorstandsmitglied und AG. (Zusatz von Jäger aaO.: also nicht anwendbar § 23 Abs. 2 KO. nF. wie OLG. Breslau, SeuffA. **62** Ziff. 221).

2. Beschlußfassung über Kündigung. BauersZ. **16** 217. Gültigkeit einer vom Aufsichtsrate mit einfacher Majorität ausgesprochenen Kündigung des Direktors, obwohl ihm im Anstellungsvertrage deren Vornahme nur auf Grund einer qualifizierten, $^3/_4$ Majorität zugesichert ist, wenn statutarisch für die Aufsichtsratsbeschlüsse einfache Majorität genügt.

IV. Andere Angestellte. **RG.** BauersZ. **16** 170. Bodenmeister und Packer einer Lagerhaus-AG. sind keine Willensorgane der AG. Es wird dahingestellt gelassen, ob sie Besitzdiener (§ 855 BGB.) sind. Ein durch anweisungswidriges, dem ausdrücklichen Willen der Vertreter der AG. widersprechendes Handeln dieser Personen bewirktes Hinaustreten von Waren aus dem Machtbereiche der Gesellschaft ist als ein Abhandenkommen (§§ 935, 938 BGB.) anzusehen.

§ 232. I. Kollektivvertretung. BauersZ. **16** 265. Der durch Ausscheiden eines Kollektivvertreters zum alleinigen Vorsteher gewordene Direktor erlangt nicht schon durch die Tatsache das Recht zur alleinigen Vertretung, auch dann nicht, wenn nach dem Statut an sich Einzelvertretung vorgesehen ist.

II. Vertretung durch Vorstandsmitglied und Prokuristen s. § 235.

§ 234. Änderungen des Vorstandes. 1. Bedeutung der Eintragung. BauersZ. **16** 217. Die Bestellung eines Vorstandsmitglieds, die das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verletzt (durch den Aufsichtsrat statt die Generalversammlung und gegen § 248 bestellt), wird durch die Eintragung ins Handelsregister gemäß § 15 bis zur Berichtigung Dritten gegenüber wirksam.

2. Wer muß anmelden? a) Vorstandsmitglied und Prokurist? KGJ. **37** A 320, ZBlFG. **9** 552 f. RJA. **9** 240 in JDR. **7**. **b)** Das bisherige Vorstandsmitglied? Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 161, verneint die Möglichkeit der Anmeldung der Löschung des bisherigen einzigen Vorstandsmitglieds durch dieses selbst. Die Anmeldung setzt die bereits eingetretene Beendigung der Vertretungsbefugnis voraus.

3. Anlagen der Anmeldung. OLG. **19** 324, ZBlFG. **8** 707 = KGJ. **35** A 157, RJA. **9** 96 in JDR. **7**.

4. Kosten. KGJ. **37** B 41, BayersZ. **17** 52 (KG.). Bei Anmeldung zweier neubestellter Direktoren zum Handelsregister kann die Eintragungsgebühr nur einmal erhoben werden, auch wenn — nach vorausgegangener Anmeldung durch den Generaldirektor — jeder Direktor seine Ernennung nochmals unter Einreichung seiner Unterschrift nachträglich in besonderer Urkunde anmeldet.

§ 235. Interne Beschränkung des Vorstandes. BauersZ. **16** 193. Die statutarische Anordnung, es solle das einzige Vorstandsmitglied zusammen mit einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten und die Firma zeichnen, ist im Verhältnisse zur Gesellschaft gültig.

§ 237. Vergütung des Vorstandes. I. Tantiemeberechnung. BauersZ. **17** 49. Es ist unzulässig, die Vorstandstantieme auf Grund einer Vorbilanz zu berechnen und im Kreditorenkonto der Bilanz und im Unkostenkonto der Gewinn- und Verlustrechnung zu verstecken.

II. Andere Vergütungen. 1. Extrahonorar. BauersZ. **16** 121. Das Ausbedingen eines Extrahonorars auf seiten des Vorstandes unter Verschweigung wesentlicher Umstände oder unter Androhung der Dienstverweigerung ist anfechtbar.

2. Provision. OLG. **19** 215, BauersZ. **17** 50 (Frankfurt). Kein Vorrecht der Direktoren von AG. für ihre Provisionsforderungen im Sinne des § 61 KO., wenn die durch die Provision vergüteten Erfindungen zwar mit dem Dienstverhältnis in förmlichem und sachlichem Zusammenhange stehen, aber den durch den Vertrag übernommenen Dienstleistungen gegenüber eine selbständige Bedeutung haben.

3. Steuerrecht. BauersZ. **17** 53 (OVG.). Für die Besteuerung der Tantieme eines Vorstandsmitglieds nach § 9 Ziff. 2 (nicht Ziff. 1 Abs. 2) PrEinkStG. (19. Juni 1906) ist nicht das Geschäftsjahr der Bank maßgebend, sondern der tatsächliche und rechtmäßige Bezug im dem Steuerjahr unmittelbar voraufgegangenen Kalenderjahre.

§ 240. Verlust des halben Grundkapitals. BauersZ. **17** 29. Berechnung des Verlustes: Reserven, Minderbewertungen und Überabschreibungen mindern den Verlust (anders § 261 Ziff. 6).

§ 241. Sorgfaltspflicht des Vorstandes. I. BauersZ. **17** 3. Pflicht zur Befolgung von Ansichten von Aufsichtsratsmitgliedern? Die von Aufsichtsratsmitgliedern geäußerten Ansichten sind für den Vorstand nicht verbindlich, sondern nur die Beschlüsse des Aufsichtsrats, wenn statutarisch dessen Weisungen verbindlich sind.

II. Haftung wegen Pflichtverletzung. Einzelfälle. 1. BauersZ. **17** 26. Keine Haftung des Vorstandes oder der AG. wegen unverschlossener Aufbewahrung von Rechnungen, Quittungsformularen und Stempeln, wenn ein Angestellter auf gefälschte Quittungen Forderungen eingezogen und die Beträge nicht an die AG. abgeführt hat.

2. BauersZ. **17** 25. Das Vorstandsmitglied, welches mit der Kassenführung betraut ist, muß für einen Fehlbetrag in der Kasse aufkommen.

3. BauersZ. **16** 97. Schenkungen, die vom Vorstand im Namen der AG. gemacht werden. Die Haftung des Vorstandes gegenüber der AG. wird verneint

wenn er ein ihr in der Zwangsversteigerung für 15 000 M. zugeschlagenes Grundstück dem Inhaber der durch Terminsversäumnis ausgefallenen ersten Hypothek von 300 000 M. gegen Auslagenersatz überläßt, weil ein solcher ungewöhnlicher Gewinn auf Kosten des Hypothekars der kaufmännischen Anständigkeit widerspricht. Im übrigen gilt § 534 BGB.; eine Genehmigung des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung ist insoweit nicht nötig. Indes sind von der Generalversammlung oder dem ermächtigten Aufsichtsrat erlassene Verbote zu beachten.

III. Abs. 2. Gesamtschuldnerische Haftung. Ausgleichungsanspruch der der AG. haftenden Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder untereinander. BauersZ. **16** 148 (Braunschweig). Die AG. hatte wegen eines in ihrem Namen abgeschlossenen, schädigenden Spekulationsgeschäfts einen Ersatzanspruch gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, den ein Teil von ihnen bezahlt hat. Liegt ein den Ausgleichsanspruch der zahlenden gegen die übrigen Aufsichtsratsmitglieder ausschließender Fall vor (§ 426 BGB.)? §§ 254, 840, 841, 1833 BGB. passen nicht. Dagegen folgt der Ausschluß des Ausgleichsanspruchs aus Inhalt und Zweck des der Gesamtschuld zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (**RG. 61** 56): gegenüber den zahlenden Vorstandsmitgliedern, weil sie es nur unterlassen haben, die nachteiligen Folgen des nicht mehr zu ändernden Abschlusses zu beseitigen; gegenüber dem zahlenden Aufsichtsratsvorsitzenden, weil er selbst Eventualdolus hinsichtlich des Schadens hatte, der den auf Ausgleich in Anspruch genommenen anderen Aufsichtsratsmitgliedern fehlte, die als geschäftsunkundige Landwirte die Tragweite der Geschäfte nicht übersehen konnten.

IV. Abs. 3. Verhältnis zu Abs. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 575/6. Die in Abs. 3 (mit Rücksicht auf Abs. 4) hervorgehobenen Fälle fallen immer auch unter Abs. 1. Das Bewußtsein einer Schädigung der Gesellschaft ist keine Voraussetzung des Ersatzanspruchs. Dahingestellt ist die Zulässigkeit des Einwands der Entlastung gegenüber dem Regreß des AGKonkursverwalters.

V. Abs. 4. Regreßansprüche der Gesellschaftsgläubiger. MecklZ. **27** 108 (Rostock). Der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger ist selbständig und von dem der Gesellschaft unabhängig, gleichgültig ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder nicht. Der Gläubiger kann sich an den gegen Abs. 3 fehlenden Liquidator nur insoweit halten, als er durch dessen gesetzwidriges Verhalten geschädigt ist.

§ 242. Vorstandsstellvertreter. BauersZ. **16** 241. Rechtsverhältnis der stellvertretenden gegenüber den ständigen Vorstandsmitgliedern während und und außerhalb der Stellvertretung: keine Dispositionsbefugnis, Verantwortung, Haftung, solange das ständige Mitglied fungiert, anders bei Behinderung des ständigen Mitglieds.

§ 243. Literatur: Passow, Die Entstehung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, GoldschmidtsZ. **64** 27—57 (nur historisch, ähnlich wie unten bei § 246 I 1).

I. Bestellung des Aufsichtsrats s. § 253 Abs. 3.

II. Amtsniederlegung. 1. BauersZ. **16** 123. Vom Rechte der Aufsichtsratsmitglieder zur vorzeitigen Niederlegung ihres Amtes. Das Mitglied kann zur Leistung der Dienste (höherer Art) wider seinen Willen nicht gezwungen werden (§ 626 BGB.). Wird durch die Amtsniederlegung der Aufsichtsrat beschlußunfähig, so hat der Vorstand eine außerordentliche Generalversammlung zu berufen, deren Kosten der ohne wichtige Grund Austretende zu tragen hat. Schwierigkeit des ziffernmäßigen Nachweises eines Schadens durch den Austritt; vgl. auch § 254 BGB. bei Verzögerung der Berufung einer Generalversammlung. — Dagegen **RG. 13** 50 ff. und Staub (7) Note 9 § 243; vgl. §§ 671, 626 HGB.

2. Des Aufsichtsratsvorsitzenden vor Neuwahl s. u. zu § 250.

§ 245. I. Aufsichtsratsentgelt. BauersZ. **16** 218. Der Aufsichtsrat (nicht bloß der Vorstand) darf durch das Statut ermächtigt werden, Vergütungen für außerordentliche Leistungen einzelner Aufsichtsratsmitglieder zu bestimmen.

II. Auslagen eines Aufsichtsratsmitglieds. OLG. **19** 327 (Hamburg). Kein Verzicht hierauf, weil es die Auslagen in den Jahresabrechnungen nicht hat ansetzen lassen. Genehmigt das Aufsichtsratsmitglied diese Rechnungen und Bilanzen oder legt es sie unbeanstandet der Generalversammlung vor, so erklärt es damit, daß es ihren Inhalt als richtig ansieht, nicht aber gewährleistet er ihre Vollständigkeit auch in dem Sinne, daß bisher nicht geltend gemachte Ansprüche auch in Zukunft nicht geltend gemacht würden.

III. Steuerrecht. BauersZ. **17** 28 (OVG.). Die Tantiemesteuern gehören nicht zu den Werbungskosten (§ 8 EinkStG.), sie sind nicht abziehbar vom steuerbaren Einkommen des Aufsichtsratsmitglieds.

§ 246. A. Funktionen des Aufsichtsrats. I. Allgemein. 1. Passow, Der Aufsichtsrat als Verwaltungsorgan d. Aktiengesellschaft, ZStaatsw. **65** 444. Gegen Rießer, Handwörterbuch der Staatswissenschaften II 225 f., soll nachgewiesen werden: 1. daß die Verschiebung der Funktionen im Verhältnisse zwischen Verwaltungs(Aufsichts)rat und Vorstand in der Hauptsache nicht auf die Aktiennovelle von 1870, sondern auf einer Bestimmung des ADHGB. beruht, und daß diese Bestimmung keineswegs die Absicht verfolgte, den Charakter des Verwaltungsrats irgendwie zu beeinträchtigen, 2. daß diese Verschiebung auch tatsächlich keineswegs den Erfolg gehabt hat, dem Aufsichtsrate seine verwaltende Funktion zu entziehen, 3. daß die Aktiennovelle von 1884 diesen Zustand anerkannte, und daß ihre Motive es ausdrücklich für zulässig erklärten, daß der Aufsichtsrat zugleich auch die Funktionen eines Verwaltungsrats ausübe.

2. BauersZ. **16** 76, Verlangt das HGB. vom Aufsichtsrat in bezug auf die Überwachung etwas Unmögliches? Die Frage wird verneint, auch für mittlere und große Unternehmungen; hier äußert sich die Überwachungspflicht vornehmlich in der Beeinflussung der Verwaltung zur planmäßigen Organisation.

II. Die Überwachung der Geschäftsführung. 1. BauersZ. **17** 153, Die Gültigkeit einer vom Aufsichtsrat erlassenen Geschäftsordnung für den Vorstand bestimmt sich nach dem Statute. Der Aufsichtsrat kann ohne statutarische Ermächtigung nicht den Warenankauf, Verträge mit Lieferanten, Ankäufe von Maschinen, Einrichtungsgegenständen von seiner Genehmigung abhängig machen. Errichtung oder Auflösung von Zweigniederlassungen erfordert Befragung der Generalversammlung (§ 253 Abs. 2). Er kann nicht Bureaustunden für den Vorstand einrichten, dessen für die Hauptniederlassung engagierte Mitglieder nach Zweigniederlassungen versetzen und bei Meinungsverschiedenheiten unter ihnen sich die Entscheidung anmaßen; dagegen kann er verlangen, daß allmonatlich die Bestände aufgenommen und Probebilanzen geliefert werden (§ 246). Zur Einführung solcher nicht statutarischer Beschränkungen ist Statutenänderung nötig (§ 274). Vgl. BauersZ. **16** 4, JDR. **7** § 243.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 322. Durch das Einverständnis des Aufsichtsrats mit den Maßnahmen des Vorstandes findet keine Entlastung des letzteren statt.

3. BauersZ. **16** 266, Vom Rechte und von der Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrats: kein Stimmrecht, kein Teilnahmerecht der Vorstandsmitglieder. Bei unangemessener Behandlung des Vorstandes in den Aufsichtsratssitzungen ist er nur zu schriftlicher Auskunftserteilung verpflichtet. Der Vorstand kann es nicht ablehnen, sich zwecks Aufklärung in unmittelbarer Nähe der Aufsichtsratssitzung aufzuhalten. Dies gilt auch ohne statutarische Vorschrift.

B. Einberufung. BauersZ. **16** 122, Vom Rechte des Vorstandes zur Einberufung des Aufsichtsrats. Der letztere kann auch dann ohne Sitzungen Beschlüsse fassen, wenn dieses im Gesellschaftsvertrage nicht ausdrücklich gestattet ist.

III. Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten? Recht zur Zuziehung von Hilfskräften? R. **09** Ziff. 3655 (KG.). Holt der Aufsichtsrat bei Meinungsverschiedenheit mit dem Vorstand ein Rechtsgutachten ein, so hat der Gutachter gegen die Gesellschaft keinen unmittelbaren Anspruch wegen seiner Vergütung. Eine Verpflichtung der AG. zur Zuziehung von Hilfskräften durch den Aufsichtsrat kommt nur innerhalb der Ausübung seiner gesetzlichen oder statutarischen Befugnisse in Frage, wozu die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten nicht gehört.

C. Abs. 4. Delegation an Ausschüsse. BauersZ. **16** 148, Inwiefern ist ein Aufsichtsrat befugt, aus seinen Mitgliedern einen sogenannten Ausschuß zu bilden und diesen mit bestimmten Aufgaben zu betrauen? Die Frage wird nach § 246 Abs. 4 verneint, außer soweit in Abs. 1 für die Bücher- und Schriften-Einsicht und die Kassen-, Wertpapier-, Waren-Untersuchung eine Delegation zulässig ist.

§ 249. I. Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats. LeipzZ. **09** 949 Ziff. 2, ZAktWes. **09** 197, BauersZ. **17** 28, BankA. **8** 383, BayRpflZ. **09** 338 (Zweibrücken). Unvereinbarkeit der Stellung als Mitglied des Aufsichtsrats mit der Tätigkeit als Gehilfe eines Maklers, der im Interesse der AG. und des mit ihr Geschäfte machenden Dritten tätig ist: die Annahme eines solchen Auftrags verstößt gegen das Gesetz und die guten Sitten; dies auch dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied erst bei Eintritt des Vermögensverfalls in die AG. eingetreten ist und die Stelle schlecht dotiert war, wenn die das Schicksal der AG. entscheidenden Maßnahmen von den Liquidatoren im Vereine mit einem von Obligationären und Gläubigern gebildeten Ausschuß getroffen sind.

II. Kein Verschulden. 1. BauersZ. **16** 101, Ein Aufsichtsratsmitglied, welches wiederholt, wenn auch vergeblich, auf Revision gedrungen hat, bleibt haftfrei. Insbesondere wird ausgeführt, daß das überstimmte Mitglied nicht zwecks Befreiung von der Haftung sein Amt niederzulegen brauche.

2. BauersZ. **16** 197. Keine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die in ihrer Abwesenheit gefaßten, schadenstiftenden Beschlüsse des Aufsichtsrats (auch trotz Einladung zur Sitzung).

§ 250. Generalversammlung. I. Zuständigkeit. OLG. **19** 325, HansGZ. **09** Hptbl. 114, ZAktWes. **09** 113, BauersZ. **16** 218, BankA. **8** 273 (Hamburg). Die Generalversammlung ist als oberstes Willensorgan der Gesellschaft in allen Fällen zuständig, in denen das zunächst zur Beschlußfassung berufene andere Organ (z. B. Aufsichtsrat bei Wahl seines Vorsitzenden infolge Stimmengleichheit) versagt. Wenn das Statut die Amtsperiode des Vorsitzenden auf ein Jahr festsetzt, so stände es doch mit der Verkehrssitte nicht im Einklange, wenn der Vorsitzende schon vor der Wahl seines Nachfolgers aus dem Amte scheiden müßte, sobald sein Amtsjahr abgelaufen ist, statt seine Tätigkeit bis zur Neuwahl fortzusetzen.

II. Vorsitz. BauersZ. **16** 267, Entscheidungsbefugnis der Versammlung über den Vorsitz bei Streit. Kein Recht eines Aktionärs, die Beschlüsse anzufechten, weil nicht die im Gesellschaftsvertrage bestimmte Person den Vorsitz geführt hat, wenn bei ordnungsmäßiger Geschäftsführung diese Verletzung einflußlos ist.

§ 251. Abstimmung. Form. BauersZ. **16** 125. Bedingte Zustimmung zu einem Antrag ist sowohl bei AG. wie bei GmbH. als Ablehnung und nicht als Ungültigkeit der betreffenden Stimmen zu behandeln.

§ 252. Abs. 3. Ruhen des Stimmrechts. 1. BauersZ. **16** 169, Ein Mitglied des Aufsichtsrats kann sich selbst in den Vorstand wählen. § 252 Abs. 3

ist nicht analog anwendbar. Die Wahl in Vorstand oder Aufsichtsrat ist kein Rechtsgeschäft.

2. Fischer, Stimmrecht der Aufsichtsratsmitglieder einer AG. bei der Beschlußfassung über Entlastung des Aufsichtsrats, BayNotZ. **10** 184. Besprochen werden die Rechtsprechung des RG. zu dieser Frage (**55** 75 f. und **65** 241 f.), vgl. JDR. **6** § 260 unter Ziff. 4, und die Folgerung gezogen, daß die bei der Beschlußfassung nicht unmittelbar beteiligten Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn nur einzelne verantwortlich gemacht werden sollen, auf Grund des Abs. 3 nicht an der Ausübung des Stimmrechts behindert sind.

§ 255. Nachweis der Stimmberechtigung durch Aktienhinterlegung. Sitzungspolizei. 1. Hammer, JW. **09** 243 ff. Die Schlußbestimmung im Abs. 3 bezieht sich nur auf Gesellschaften, in deren Statuten Anmeldungen zur Generalversammlung vorgeschrieben sind, hebt nicht auf den allgemeinen Grundsatz (§§ 250 und 252 HGB.), daß mangels statutarischer Vorschrift der Anmeldung oder der vorherigen Hinterlegung jeder Aktionär ohne Anmeldung in der Generalversammlung erscheinen und stimmen kann. Die im Abs. 2 von § 255 aaO. vorgesehene Hinterlegung bei einem Notar genügt, wenn sie fristgemäß erfolgt ist, schlechterdings; unwirksam ist eine Bestimmung, welche noch fristgemäße Hinterlegung der notariellen Bescheinigung bei den von der Gesellschaft gewählten Hinterlegungsstellen vorschreibt. Die Entscheidung über das Stimmrecht eines Aktionärs steht nicht etwa bei dem Notar, der den Stimmzettel verabreicht, sondern lediglich bei der Generalversammlung. Der Aktionär, dessen Stimmrecht wegen vermeintlicher Versäumung von Hinterlegungs- oder Anmeldungsformalitäten bestritten wird, kann bei der Abstimmung über die Streitfrage selbst mitstimmen. Fällt die gerichtliche Entscheidung auf die Anfechtungsklage dahin aus, daß dem zurückgewiesenen Aktionär Stimmrecht zustand, so müssen die Beschlüsse der Generalversammlung hinfallen, auch wenn der zurückgewiesene Aktionär weder mit seinen eigenen Stimmen, noch unter Zuzählung der Stimmen der ihn zulassenden Aktionäre an sich Stimmenmehrheit hätte erreichen können. Der Vorsitzende der Versammlung hat den Aktionären gegenüber nicht eigentliche Sitzungspolizeigewalt, namentlich ihnen gegenüber kein Hausrecht auf Ausweisung bei Widerspenstigkeit gegen Beschlüsse der Versammlung.

2. BauersZ. **16** 171, Die Kontrolle der nicht bei der AG. hinterlegten, zur Ausübung des Stimmrechts dienenden Aktien und ihre Vergleichung mit der Hinterlegungsliste. Erörtert wird die Zweckmäßigkeit einer vertragsmäßigen Sicherung des Kontrollrechts gegenüber der Hinterlegungsstelle.

§ 256. I. Abs. 2. Ankündigung der Tagesordnung. BauersZ. **16** 246. Ein Generalversammlungsbeschluß ist anfechtbar, wenn bezüglich der Tagesordnung zwar die gesetzliche, aber nicht die statutarische Ankündigungsfrist innegehalten ist, außer wenn diese Verletzung auf das Abstimmungsergebnis einflußlos ist.

II. Vertagung. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 184. Vertagungen der Generalversammlung sind zulässig (vgl. § 264). Neueinberufung ist erforderlich. Vertagung kommt nicht in Frage, wenn nicht die Absicht vorliegt, über einen Gegenstand der Tagesordnung von neuem zu verhandeln. Für Unterbrechnngen ist neuere Berufung und Ankündigung der Tagesordnung nicht erforderlich.

§ 260. I. Entlastung. Umfang. **RG. 70** 132, BauersZ. **16** 149, LeipzZ. **09** 229 Ziff. 5, JW. **09** 113 Ziff. 10, BankA. **8 176**, ZAktWes. **09** 32. Bestätigung der früheren Entscheidungen, daß nur das Gegenstand der Entlastung ist, was von den Gesellschaftsorganen der Versammlung unterbreitet und ihr mitgeteilt ist. Unerheblich ist, ob die anwesenden und abstimmenden Aktionäre — sämtlich Angehörige des Vorstandes oder Aufsichtsrats — gleichwohl von den Vor-

gängen (strafbares Handeln der Vorstandsmitglieder) Kenntnis gehabt haben, einerlei, worin dieses Wissen seine Quelle hat: auf geheimes Wissen kommt es gegenüber dem aus § 263 zu entnehmenden Grundsatze der Öffentlichkeit für die Berichterstattung nicht an.

II. Geschäftsbericht. 1. Bedeutung für die Bilanzgenehmigung. BauersZ. **16** 99, Kann ein Bilanzgenehmigungsbeschluß deswegen angefochten werden, weil der Geschäftsbericht der Vorstandes nicht nach Vorschrift des § 260 Abs. 2 HGB. abgefaßt ist? Verneint das Anfechtungsrecht, falls der gesetzwidrige Bericht weder von dem Aktionär, noch von der Generalversammlung beanstandet wurde; ihr gegenüber greift namentlich § 826 BGB. nicht Platz. Anders ist die Sachlage bei Verstößen gegen § 314 Ziff. 1 HGB.

2. Grenzen der Berichtspflicht. **a)** BauersZ. **16** 170, Liegt in dem Verschweigen des Vorstandes von zukünftigen Konjunkturverlusten aus getätigten Abschlüssen eine Bilanzverschleierung? Der Vorstand ist nicht verpflichtet, im Geschäftsberichte den durch Sinken des Materialpreises gegenüber den laufenden Abschlüssen entstandenen Verlust zu erwähnen. Gleiches gilt für bestehende Lieferungsverpflichtungen zu niedrigeren Preisen bei steigendem Marktpreise. Die Strafbarkeit wegen Bilanzverschleierung hätte auch die Absichtlichkeit des Handels zur Voraussetzung. **b)** **RG. 70** 132. Pflicht zur Berichterstattung über einen Vorgang, der wegen seiner Wichtigkeit für den Stand der Gesellschaft und für das Vertrauen, das dem Vorstande zu gewähren war, unbedingt der besonderen Erwähnung in den Geschäftsberichten oder in den Bemerkungen des Aufsichtsrats bedurfte (unbefugte Entnahmen durch den erstattungsunfähigen Vorstand aus der Gesellschaftskasse). Eine Pflicht zur Verschwiegenheit kann, wo ein strafbares Handeln der Vorstandsmitglieder in Frage steht, nicht anerkannt werden.

3. **RG.** (Strafs.) **41** 293 s. unten § 261 Ziff. 3.

§ 261. Bilanz. I. Allgemeine Grundsätze. Kontentrennung. ZAktWes. **09** 4. Kritik des JDR. **7** § 261 unter 1 b mitgeteilten Urteils des OLG. Bamberg im einzelnen, im Ergebnisse zustimmend.

II. Einzelfragen. Ansatz in den Aktiven und Bewertung. 1. Ziff. 2. Vermögensgegenstände. **a)** BauersZ. **16** 174, Wann dürfen zurückgekaufte Genußscheine als Aktiven in der Bilanz geführt werden? Entscheidend ist, ob Aussicht besteht, die zurückerworbenen Genußscheine wieder (zum Erwerbspreise) weiterveräußern zu können. **b)** BauersZ. **17** 55, Beteiligungen dürfen nicht in der Bilanz unter der Position „Immobilien" versteckt sein. Aktien und GmbH.-Anteile dürfen als „Beteiligung" in der Bilanz geführt werden, GmbH.-Anteile aber nicht unter Effektenkonto, auch nicht trotz Ausgabe von Anteilscheinen. **c)** BauersZ. **16** 150, Die Aktivierung von Hypothekenzinsen bei Terraingesellschaften auf Aktien und GmbH. Wann dürfen außerdem noch die Zinsen dem Gestehungspreise hinzugeschlagen werden? In der Regel ist der Zuschlag der Hypothekenzinsen zum Immobilienkonto unstatthaft. Ausnahme für Terrain-(Handels-)Gesellschaften: unter den Anschaffungspreis i. S. Ziff. 2 § 261 fallen auch die Hypothekenzinsen (vgl. **RG.** JW. **88** 245), vorausgesetzt, daß der wirkliche Wert der Grundstücke nicht überschritten wird (§ 40 HGB.). — Für GmbH. ist die Zuschreibung der Zinsen unbeschränkt zulässig. Bankkredit, Provisionen und Zinsen sind zuschreibungsfähig bis zur durch § 40 gezogenen Grenze. Für unter Kreditnahme angeschaffte Waren mit Marktpreis gilt jedoch Ziff. 1 § 261; anders für GmbH. (vgl. Staub, Note 19 und 28 zu § 261). **d)** BauersZ. **16** 77, Noch nicht vollbezahlte Aktien und Geschäftsanteile in der Bilanz der AG. und GmbH. Die Höhe der noch zu erfüllenden Einzahlungsverpflichtung muß in der Bilanz oder dem Geschäftsbericht erwähnt werden. Unzulässig ist es, den Aktien- oder Anteilsbesitz der Gesellschaft nur mit dem eingezahlten Betrag in die Bilanz zu bringen. Zulässig ist es, den Gesamtbetrag der

übernommenen Anteile anzugeben, den nicht eingezogenen Betrag abzuziehen und nur den Rest (wirkliche Einzahlung) als Aktivum einzusetzen, oder dem in die Aktiven eingesetzten vollen Nennbetrag „die noch nicht aufgerufenen Einlageleistungen" als Passivum gegenüberzustellen (vgl. dagegen Veit Simon [2] 178, Rehm § 75 207/8). e) BauersZ. **17** 198 und 243. Entgegen einer Verfügung des Aufsichtsamts für Privatversicherung: Die einer AG. gestellten nicht baren Kautionen dürfen in der Jahresbilanz nicht fortgelassen werden.

2. Ziff. 3. Anlagen und Betriebsgegenstände. a) Allgemeine Bewertung. α. ZAktWes. **09** 177, Die Behandlung von Zugängen auf Anlagewerte industrieller Unternehmungen. Es wird folgender Unterschied gemacht: 1. Neuanschaffungen, die eine Vermehrung des bisherigen Inventars zur Folge haben; 2. solche, die zum Ersatz ausgeschiedener Gegenstände dienen: a) für bereits ganz abgeschriebene oder bis zum voraussichtlichen Altmaterialerlöse, b) für solche, die noch mit höherem Werte zu Buche stehen; 3. werterhöhende Reparaturen oder Verbesserungen; 4. Instandhaltungskosten. Zugänge sind die unter 1 und 2 a genannten, letztere bei Gutbringung des erzielten Altmaterial- oder Verkaufserlöses für das Anlagewertkonto; zu 2 b, wenn die alten Anlagewerte durch Einstellung ihres gegenwärtigen Buchwerts unter Abgänge aus dem betreffenden Konto ausgeschieden sind; zu 4 sind nur Unkosten; zu 3 sind im allgemeinen Zugänge. Beispiele mit graphischer Darstellung. — Die Frage der erstmaligen Bewertung von Zugängen: fertig gekaufte und im eigenen Betriebe hergestellte: a) fertige: Verbuchung der Transport-, Fracht- usw. Spesen als Unkosten und der Skonti; b) selbsthergestellte: insbesondere Unkostenbuchung: § 261 Ziff. 2, 4 HGB.; der Herstellungspreis darf nicht Handlungsunkosten und eventuelle Gewinnzuschläge umfassen; diese Vorschriften gelten nicht bloß für AG., sondern sind Grundsätze für andere solide Unternehmen: alle mit der Fabrikation von Zugängen im eigenen Betrieb im Zusammenhange stehenden Unkostenanteile fallen daher der gesamten sonstigen Produktion zur Last. β. Grenzen der Anwendbarkeit von Ziff. 3. **RG.** (Straff.) **41** 293, BankA. 8 14, JW. **08** 603. Ein Aufsichtsratsmitglied ist nicht schon um der ihm bekannten Tatsache des Minderwerts eines Anlagegegenstandes (Grundstück, Steinbruch) gegenüber dem Anschaffungspreise willen verpflichtet gewesen, den Bilanzensatz richtig zu stellen (§ 261 ³). — Allerdings verleiht das HGB. das im § 261 Nr. 3 vorgesehene Recht ohne weitere Einschränkung Daraus folgt aber keineswegs, daß Vorstand und Aufsichtsrat ihren gesetzlichen Pflichten genügt haben, wenn sie in der Bilanz Betriebsgegenstände stillschweigend nach ihrem eigenen Ermessen gemäß § 261 ³ behandeln. Zu den Obliegenheiten der Gesellschaftsorgane gehört die Erstattung des Berichts über den Stand der Verhältnisse (§ 260 Abs. 2). Darunter ist nicht bloß das arithmetische Verhältnis von Aktiven und Passiven zu verstehen, vielmehr gehören dazu alle Tatsachen, die nach vernünftigem Ermessen bei Berücksichtigung der Anschauungen des Verkehrs zur Beurteilung der gesamten Geschäftslage. Von der Größe des Unterschieds zwischen wahrem Wert und Anschaffungspreis wird es namentlich abhängen, ob sich die Bilanzierungsweise des § 251 ³ nach den Grundsätzen eines vernünftigen Geschäftsbetriebs überhaupt rechtfertigen läßt. **b)** Abschreibungen. α. handelsrechtlich. **RG. 72** 33, ZAktWes. **09** 226. I. Anfechtungsklage wegen zu hoher Abschreibungen s. § 271 Abs. 3 letzter Satz. II. Durch die Vorschriften in den Ziff. 1—3 § 261 soll die Einsetzung höherer als der wahren Werte in die Bilanz verhindert werden. Zuwiderhandlungen sind nichtig, auch ohne Anfechtung. III. Über den infolge Abnützung nach Ziff. 3 abzuschreibenden Betrag entscheidet nach § 260 die Generalversammlung. Zu geringe Abschreibung verstößt gegen keine Vorschrift. Bei zu hoher Abschreibung ist Anfechtung gemäß

§ 271 nur zulässig (**RG. 32** 52, **40** 33, **43** 127, vgl. **RG. 64** 258, **68** 263), wenn eine Arglist nachzuweisen ist oder wenn die Bilanz als eine willkürliche, nach kaufmännischen Grundsätzen offenbar irrtümliche erscheint. Dies muß auch für den Fall a, zu geringe Abschreibungen, gelten. β. steuerrechtlich. αα. BauersZ. **16** 223 (OVG.). Für die Bewertung von Betriebsgegenständen, die im Laufe eines Geschäftsjahrs erworben sind, bildet der objektive Verkaufswert unter der Voraussetzung des Fortbestandes des Geschäfts die untere Grenze für den Wertansatz. Darüber hinausgehende Abschreibungen sind steuerpflichtige Überschüsse (Entsch. in Steuers. **10** 295). — Die Abschreibungen sind von der Erzielung eines Gewinne in dem betreffenden Geschäftsjahre völlig unabhängig; sie müssen ohne Rücksicht auf die Betriebsergebnisse, also auch in Verlustjahren so weit erfolgen, als sie erforderlich sind, um den früher angenommenen höheren Wert auf den nach den Vorschriften des HGB. in die Bilanz einzustellenden geringeren Wert herabzusetzen. Anders die kaufmännische Übung. Liquidationsüberschuß über den Erwerbspreis aus einer Beteiligung bei einer anderen AG. ist Zuwachs des Anlagekapitals, der bei der Ermittelung des geschäftlichen steuerpflichtigen Reingewinns zu berücksichtigen ist. ββ. BauersZ. **16** 244 (OVG.). Verhältnis der handelsrechtlichen Bilanzen zu den steuerrechtlichen. Zu den Betriebsgegenständen gehören nicht Grundstücke, die Objekte des von der AG. betriebenen Immobiliarhandels sind. Dem Steuerpflichtigen darf nicht zugemutet werden, unrichtige Werte in ihren Bilanzen einzustellen. Abschreibungen, die erforderlich sind, um den maßgebenden Wert in der Bilanz zur Darstellung zu bringen, müssen auch in dem Falle erfolgen, wenn Vermögensgegenstände absichtlich oder irrtümlich zu hoch bewertet sind. Handelsrechtlich gebotene oder zulässige Abschreibungen sind bei Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens nicht ohne weiteres — auch bei Ansetzung eines höheren, als des am Geschäftsjahrsschlusse zukommenden Wertes von Vermögensgegenständen in früheren Bilanzen — anzuerkennen. Sind Vermögensgegenstände nicht mit dem den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Werte in Ansatz gebracht, so ist von dem buchmäßigen Werte ganz abzusehen und es sind die handelsrechtlich anzusetzenden Werte der Vermögensgegenstände beim Beginn und am Ende der Periode zu ermitteln und gegenüberzustellen. Wertverminderungen von Vermögensgegenständen, die nicht innerhalb der Veranlagungsdurchschnittsperiode eingetreten sind, müssen unberücksichtigt bleiben, auch wenn die Steuer für ein früheres Jahr nachträglich zu hoch oder zu niedrig festgesetzt ist. Die Veranlagungsbehörden haben zu prüfen, ob die Abschreibungen innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Grenzen geblieben sind, stille Reserven in den Abschreibungen sind steuerpflichtig.

3. Ziff. 4. Unkosten. Steuerrechtlich. BauersZ. **17** 7 (OVG., zwei Urteile). Die Gründungskosten und der Stempel für die noch unbegebenen Aktien einer AG. gehören gewerbesteuerlich nicht zu den abzugsfähigen Betriebskosten.

4. Ziff. 5. Reservefonds. Steuerrechtlich. a) BauersZ. **16** 199 (OVG.). Zur Verlustdeckung oder Reservefondsbildung ausgegebene Genußscheine, die zu einem bestimmten Betrag einzulösen und aus dem Gewinne zu verzinsen sind, begründen einen als Passivum zu behandelnden Bilanzposten, auch wenn nur der Gesellschaft ein Kündigungsrecht zur Seite steht (OVG. in Steuers. **9** 240 anderer Tatbestand). b) BauersZ. **16** 225 (OVG.). Gewinnvorträge sind steuerpflichtige Reservefonds (Entsch. in Steuers. **3** 33, **5** 209, **10** 275). Höhe der Abschreibungen wegen Substanzverringerung bei BergbauAG.: Der Wert der bei Beginn der dreijährigen Durchschnittsperiode vorhandenen, in die Aktiven der Bilanz aufzunehmenden Gegenstände ist ihrem Werte am Schlusse der Periode gegenüberzustellen, die Differenz dieser beiden Werte bildet das zulässige Maß der Abschreibungen. Dieser Grundsatz hat die regelmäßigen Fälle im Auge, in denen in jedem Geschäftsjahre gewisse Beträge von dem beim Beginne des Geschäftsjahrs vorhandenen Werte in Absatz

zu bringen sind (OVG. in Steuers. **10** 301). Es können aber im einzelnen Falle besondere Umstände vorliegen, welche die gesonderte Feststellung der steuerlich zulässigen Abschreibungen für jedes einzelne Jhar der maßgegenden Durchschnittsperiode erforderlich machen, z. B. wenn die Abschreibung nur eines Geschäftsjahrs streitig oder in einem Jahre der dreijährigen Periode keine Abschreibung in der Bilanz gemacht ist (vgl. auch BauersZ. **16** 177).

§ 269. Abs. 4. Minoritätsrechte. Prozeßkosten. OLG. **19** 327 (Hamm). Die Gesellschaft kann von der Minderheit nicht die Zahlung eines Kostenvorschusses beanspruchen, weder nach § 669 BGB., noch nach § 269 Abs. 4 HGB. (vgl. den Unterschied zwischen Vorschußpflicht und Kostentragungspflicht in §§ 403, 669, 811, 1035 BGB., § 893 HGB.). Nicht verwertbar ist das Urteil des **RG. 47** 73 zu § 1387 BGB.

§ 271. 1. Anfechtungsklage vor dem Schiedsgerichte? BauersZ. **17** 5 (Colmar). Über die Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses kann nicht durch Schiedsvertrag entschieden werden, da ein Vergleich zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Anfechtenden nicht möglich wäre, die §§ 271 bis 273 nicht dispositiv sind.

2. Anfechtungsgründe: mangelnde Majorität: KGJ. **37** A 152, OLG. **19** 331, BauersZ. **16** 151, ZBlFG. **9** 562 f. JDR. **7** unter Ziff. 2 b (RJA. **9** 254).

§ 272. Abs. 3. Sicherheitsleistung bei Anfechtungsklagen. OLG. **19** 329 (Bamberg). Zur Begründung der Sicherheitspflicht genügt es noch nicht, wenn der Gesellschaft infolge der Klagerhebung Nachteile drohen, sondern es wird auch ein subjektives Verschulden des Klägers bei Erhebung der Klage und der Weiterführung des Prozesses, und zwar entweder eine bösliche Handlungsweise im Sinne von § 273 Abs. 2 oder ein sonstiges eine Schadensersatzpflicht begründendes Verschulden verlangt, wobei unter böslicher Handlungsweise nicht bloß ein arglistiges Handeln, sondern auch ein frevelhaft leichtfertiges Verhalten (luxuria) zu verstehen ist, welches zwar nicht von böswilliger Absicht eingegeben, aber doch derart mutwillig ist, daß der Handelnde der mit seinem Tun verbundenen Gefahr sich zwar bewußt ist, aber ohne Rücksicht auf diese Gefahr bei seiner Handlungsweise verbleibt. Diese Auffassung steht auch im Einklange mit der Entstehungsgeschichte des § 272 Abs. 3. Trotz Vorliegens der objektiven Voraussetzungen ist das Verlangen auf Sicherheitsleistung daher zurückzuweisen, wenn schon aus der Rechts- und Sachlage zur Zeit der Verhandlung über dieses Verlangen ohne weitere Beweiserhebung zu erkennen ist, daß sich die Gesellschaft einer die Klage rechtfertigenden Unredlichkeit oder grober Gesetzesverletzung schuldig gemacht hat, weil in diesem Falle von Verschulden des Anfechtenden keine Rede sein könne.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. Fassungsänderungen. OLG. **19** 333 (Hamburg). Abs. 1 Satz 2 § 274 ist unanwendbar, wenn nach dem Statute der Gegenstand des Unternehmens in der Versicherung gegen jede Art der See-, Fluß-, Revier-, Hafen- und Landtransportgefahr besteht und die nicht hierunter fallende Feuerrückversicherung aufgenommen werden soll. In jener Vorschrift des Statuts ist nicht schon der Beschluß der Generalversammlung enthalten, daß das Geschäft auch auf andere Versicherungszweige ausgedehnt werden solle und nur die Entscheidung, wenn der Beschluß zur Ausführung kommen solle, dem Aufsichtsrate vorbehalten sei.

§ 278. (RStempG. TarifNr. 1 a.) Kapitalserhöhung durch Ausgabe neuer Aktien unter Verwendung außer Kurs gesetzter Formulare. Für außer Kraft gesetzte Aktienurkunden ist bei ihrer Neuausgabe zwecks Kapitalserhöhung der Ausgabestempel neu zu entrichten. **RG. 70** 237, BauersZ. **16** 175, LeipzZ. **09** 395 Ziff. 37, JW. **09** 204 Ziff. 46, HansGZ.

09 Hptbl. 129; **RG.** 31. 5. 94 (VI) ebenso — anderer Fall **RG.** (VZS.) **45** 87 und JW. **06** 181 (vgl. JDR. **7** Anhang hinter § 314 HGB. I 9).

§ 279. Kapitalserhöhung durch Umwandlung von Rücklagen in Grundkapital. RJA. **10** 18, OLG. **19** 333, SeuffA. **64** 199, BauersZ. **16** 102, BayRpflZ. **09** 52, SeuffBl. **09** 140, BankA. **8** 141 (München). Die Umwandlung von Rücklagen, die die AG. neben dem im § 262 HGB. vorgeschriebenen Reservefonds angesammelt hat, in einen Teil des Grundkapitals durch Ab- und Zuschreibung in der Bilanz ist nicht zu beanstanden. Der dem Grundkapitale zugeschriebene Betrag der Rücklagen ist Leistung der Aktionäre auf den erhöhten Nennwert der Aktien, eine nicht durch Barzahlung zu leistende Einlage (§ 279 HGB.). Das Registergericht kann nicht die Bestimmung des zur Eintragung angemeldeten Beschlusses, daß die Kapitalserhöhung „ohne Aufzahlung auf das ursprüngliche Kapital erfolgen solle", aus den Akten dahin ergänzen, daß eine Rücklage von 35 000 M. aus dem Reingewinne des Geschäftsjahrs 1903/4 und ein Betrag von 122 500 M. des Spezialreservefonds dazu bestimmt worden sind, der angemeldete Beschluß (§ 277 Abs. 2) muß ersichtlich machen, welche Gegenstände dem Grundkapitale zugeführt werden sollten.

§ 288. Stufenweise Kapitalsherabsetzung. OLG. **19** 335, BauersZ. **17** 248 (Braunschweig). Kapitalsherabsetzung um einen Maximalbetrag je nach Einreichung von Aktien zur Zusammenlegung oder Zuzahlung zwecks Schaffung von Vorzugsaktien. Weder schreibt das Gesetz vor, daß ein Kapitalsherabsetzungsbeschluß nur in der Weise ergehen könne, daß auch gegen den Willen der einzelnen Aktionäre die Herabsetzung die einzelnen Aktienrechte erfasse (vgl. § 290), noch steht eine gesetzliche Bestimmung entgegen, daß der Beschluß einen Inhalt erhält, wonach nicht durch einen einheitlichen Vorgang, wie z. B. Verringerung des Nennbetrags aller Aktien, sondern stufenweise durch sukzessive Einziehung und Vernichtung einzelner Aktien die Herabsetzung des Grundkapitals bewirkt wird (vgl. § 227). Keine Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger.

§ 289. Abs. 3. Sicherheitsleistung bei Kapitalsherabsetzung. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 77, schließt sich der Ansicht des KG. (RJA. **9** 37, s. JDR. **7** § 58 GmbH.) über die Sicherstellung streitiger Gläubigerrechte an. Der Registerrichter ist zur Schlichtung nicht berufen, er muß die Verfügung auf den Eintragungsantrag unterlassen, er darf der Gesellschaft Klageerhebung aufgeben, die Auflage ist nicht an den Gläubiger zu richten.

§ 290. Abs. 3. Verwertung der neu ausgegebenen, an die Stelle für kraftlos erklärter getretenen Aktien. RheinA. **106** 152 (Düsseldorf). Ist die Versteigerung durch einen Handelsmäkler erfolgt, so ist sie ungültig und die AG. zur Wiederbeschaffung der Aktie, Wiederholung des Verkaufs und Auszahlung des halben Erlöses, und falls sie zur Wiederbeschaffung nicht imstande ist, zur Erstattung des Wertes verpflichtet.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 302. Nachtragsliqidation (Abs. 4). Oberwinter, Über Vereine, Aktiengesellschaften und Gewerkschaften im Liquidationszustande nach Verteilung des gesamten Vermögens unter die Anfallberechtigten, Gruchots Beitr. **53** 769. Die Abhandlung hat die Erörterung der Frage zum Gegenstande, ob nachträglich sich meldenden Gläubigern noch Ansprüche zustehen, und gegen wen eine etwaige Klage gerichtet werden muß. Die Haftung der Anfallberechtigten aus § 419 BGB. wird verneint, ebenso aber auch die Ansicht bekämpft, daß die Ansprüche mit ordnungsmäßig beendeter Liquidation und Verteilung des Restvermögens an die Anfallberechtigten ganz und gar ihr Ende finden. Insbesondere steht den Aktionären ein Anspruch auf endgültige Inne-

habung der Verteilungsquoten, die zur Befriedigung nachträglich hervortretender Gläubiger notwendig sind, nicht zu. Den Anfallberechtigten steht nur ein **obligatorischer** Anspruch auf das nach Tilgung sämtlicher Passiva verbleibende **Rein**vermögen zu. Dem Standpunkte des **ROHG. 19** 190, **RG. 41** 96 und **48** 311 hinsichtlich des Fortbestandes der AG. wird zugestimmt. Den Gläubigern ist eine Bereicherungsklage gegen die Anfallsberechtigten gegeben.

§§ 303 ff. Veräußerung des Vermögens im ganzen. 1. Liegt sie vor? OLG. **19** 338 (KG.). Kein Übergang der Gesellschaftsgrundstücke ohne Auflassung auf den alle Aktien erwerbenden Aktionär. Bestellung eines Auflassungsvertreters nach §§ 303³, 302⁴ HGB., § 29 BGB. (vgl. JDR. **7** unter b).

2. Verhältnis zu § 419 BGB. (S. a. BGB. § 419 Ziff. 5.) **RG. 71** 377, JW. **09** 491. Im Anschluß an **RG. 69** 284 ff. wird dargelegt, daß die Anwendbarkeit des § 419 BGB. (Haftung des das ganze Vermögen einer AG. Übernehmenden ohne Firmenfortführung und Schuldübernahme) durch die Gläubigerschutzvorschriften des § 303 HGB. nicht ausgeschlossen wird. Auch im Falle der Fusion (§§ 305, 306 HGB.) haftet die aufnehmende Gesellschaft nach § 419 mit dem übernommenen Vermögen für die Schulden der aufgenommenen Gesellschaft. Nach Vollzug der Vermögensvereinigung haftet den Gläubigern der aufgenommenen Gesellschaft das vereinigte Vermögen unbeschränkt.

§ 305. Literatur: v. Ziegler, Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Rechte, HoldheimsMSchr. **09** 57 ff.

Fusion mit anderen Aktiengesellschaften.

I. v. Ziegler aaO. Behandelt wird nur die Fusion nach §§ 305, 306. I. Grundlegende Voraussetzungen der Fusionierungen: 1. auf jeder Seite eine AG.; 2. Entgelt und Aktiengewährung; 3. Wahlrecht zwischen Aktien und Geldabfindung für die Aktionäre der übertragenden AG.; 4. Besitz der übernehmenden AG. an Aktien der anderen; 5. Fusion von Versicherungsgesellschaften. II. Reihenfolge der notwendigen Willenserklärungen und Eintragungen. III. Die Generalversammlung der übertragenen AG. IV. Registereintragung der Beschlüsse der übertragenden Gesellschaft. V. Die Generalversammlung und Kapitalerhöhung der aufnehmenden AG. VI. Der Fusionsvertrag.

I. Parteien der Fusion. v. Ziegler aaO. 58. Unanwendbarkeit der Vorschrift, wenn eine der AG. noch im Gründungsstadium ist: ist es die Übernehmerin, so vollzieht sich die Übernahme in Form der Sacheinlage, ist es die übertragende, so liquidiert sie als zivilrechtliche Gesellschaft. Fusion mit nichtiger AG. Vor Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils besteht keine Nichtigkeit. Gegen die übertragende kann nach Beendigung der Fusion keine Nichtigkeitsklage mehr angestrengt werden; wird die übernehmende für nichtig erklärt, lebt die andere nicht wieder auf. Eine aufgelöste, liquidierende, im Konkurse befindliche AG. kann nicht Übernehmerin sein, eine aufgelöste aber aufgenommen werden (anders jedoch § 311), dagegen nicht bei Konkurs. Die Vorschrift gilt nur für inländische AG.

II. Der Fusionsvertrag. **RG.** JW. **09** 509. Der Fusionsvertrag zweier AG. kommt **nicht** durch die übereinstimmenden Beschlüsse der Generalversammlungen zustande; deren Protokolle können daher nicht als Beurkundung des Vertrags gelten, der jetzt an die Form des § 311 BGB. gebunden ist.

III. Vermögensübertragung. **a)** v. Ziegler aaO. 59. Unter § 305 fällt nicht eine Übertragung nur der Passiven, er findet aber entsprechende Anwendung, wenn nur einzelne Aktiven oder Passiven ausgeschlossen sind (anders § 306 wegen Untergang der aufgenommenen AG.). Die Ausscheidung einzelner nicht mitübernommener Bestandteile muß vor der Fusion stattfinden. Eine Veräußerung im ganzen liegt vor, wenn die Produktion in ihrem gesamten Umfang und in ihrer gesamten Art von der übernehmenden AG. fortgesetzt werden kann. **b) RG.**

HoldheimsMSchr. **09** 110. RG. hält von dem im Urteile vom 10. Nov. 06 ausgesprochenen Grundsatze, daß eine sonderberechtigte Hüttenzeche des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats, die eine reine Kohlenzeche erwirbt, deren Produkte zu ihrem Hüttenselbstverbrauche zu rechnen befugt ist, auch dann fest, wenn der Erwerb durch Fusion gemäß §§ 305, 306 erfolgt.

IV. Entgelt, Gewährung von Aktien. v. Ziegler aaO. 60. Die Vergünstigung dieser Fusionsform hinsichtlich der Kapitalserhöhung und des Liquidationsausschlusses finden nicht Anwendung bei nur teilweiser Abfindung in Aktien. Ist den Aktionären der übertragenden AG. ein Wahlrecht zwischen Abfindung in Aktien und Geldabfindung gewährt, so hängt die Anwendbarkeit der §§ 305, 306 von der tatsächlichen Wahl der Aktionäre ab. Der Registerrichter kann also bei Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses nur nach § 280 verfahren, bei Eintragung der erfolgten Erhöhung und des Liquidationsbeschlusses aber nach §§ 305, 306 bei Nachweis der Wahl von Aktienabfindung. Gegen RG. sollen §§ 305, 306 auch anwendbar sein, falls die übernehmende AG. schon alle Aktien der anderen besitzt. Nicht nötig ist die Gewährung neu geschaffener Aktien, es genügen eigene Aktien.

§ 306. Fusion ohne Liquidation. I. Zeitpunkt der Durchführung. **RG.** LeipzZ. **09** 543 Ziff. 1, BauersZ. **17** 30. Die fusionierten Gesellschaften haben sich im Irrtume befunden, wenn sie annahmen, daß ihre Vorstände, denen sie die Feststellung des Zeitpunkts für die Durchführung übertragen hatten, diesen in dem Sinne festsetzen könnten, daß damit die Verschmelzung der Gesellschaften als erfolgt zu gelten habe; der Zeitpunkt der Eintragung hängt allerdings von ihrer Anmeldung ab (§ 304 letzter Abs.). (Anwendbarkeit der TarifNr. 25 c PrStempStG. vgl. JW. **01** 21 und 178, **RG. 64** 12: Maßgebend sind die Verhältnisse zur Zeit des Abschlusses des Fusionsvertrags, nicht zur Zeit der Eintragung der beiden Generalversammlungsbeschlüsse.)

II. Fusion von Versicherungsgesellschaften. 1. Gümbel, Rechte der Versicherten im Falle der Fusion zweier Lebensversicherungs-AG., LeipzZ. **09** 130. Verf. nimmt Stellung zu dem JDR. **7** § 306 Note 4 c abgedruckten Urteil und stimmt im allgemeinen zu, bekämpft dagegen die Ansicht, daß der Versicherte nicht in voller Höhe Sicherheit verlangen könne; es sei Wille des Gesetzes, daß im Momente der Vereinigung der Gläubiger einer nicht fälligen Forderung eine einmalige Sicherheit erhalte und dadurch die Fusion erschwert werde. Ausgeschlossen sei, daß der Gläubiger die Fusion verbieten dürfe, aber er könne verlangen, daß sie unterbleibe, bis Sicherheit geleistet sei, und er könne die Zahlung der Prämien von Zugumzugleistung der Sicherheit abhängig machen.

2. **RG.** BauersZ. **16** 125, LeipzZ. **09** 229 Ziff. 6 (ausführl. Sp. 482 Ziff. 10). Zwei deutsche Gesellschaften, Klage der übernehmenden AG. Die Klage der das Portefeuille einer anderen VersicherungsAG. übernehmenden AG. gegen die Versicherten aus dem Vertrag ist begründet. Der Vertrag ist bei der durch Fusion eintretenden Gesamtrechtsfolge nicht von selbst erloschen. Die Versicherten haben auch kein Rücktrittsrecht. Ein Unsicherwerden des Versicherers kann allein aus dem Aufgehen seiner Rechtspersönlichkeit in der des Übernehmers nicht hergeleitet werden.

3. Beide englisch: Klage der liquidierenden AG. (abgewiesen wegen Bejahung des Rücktrittsrechts): **RG. 60** 56.

4. Fusion von Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit und AG.: Klage der übernehmenden AG. begründet. Die Frage des Rücktrittsrechts ist nicht erörtert: **RG. 56** 292 (vgl. JDR. **7** § 306 Note 4).

5. **RG. 72** 16, JW. **09** 702 Ziff. 38. Fusion von Versicherungsgesellschaften: Die Pflicht zur Sicherheitsleistung nach §§ 301, 306 HGB. besteht neben § 14 PrivVUntG. fort. Die Prämienreserve kann nicht als Sicherheitsleistung i. S. § 232 BGB. angesehen werden. Die Gläubiger sind nicht auf den Schadensersatzanspruch aus § 306

Abs. 6 HGB. gegen Vorstand und Aufsichtsrat beschränkt, können vielmehr bei Gefahr der Verletzung des Gebots getrennter Verwaltung Sicherheitsmaßregeln ergreifen.

III. Stempel. **RG.** JW. **09** 329 Ziff. 35. Einbringungsstempel: Im Anschluß an **RG.** JW. **01** 21, 178 wird die Anwendbarkeit Tarifst. 25 c auf die Fusion zweier AG. nach § 306 für anwendbar erachtet (vgl. **RG. 64** 12). Für Art und Maß der Versteuerung des Fusionsvertrags sind die Verhältnisse zur Zeit seines Abschlusses, höchstens diejenigen zur Zeit der beiden Generalversammlungsbeschlüsse, nicht der Zeitpunkt ihrer Eintragung maßgebend.

§ 307. I. Umwandlung. Kleinrath, Die Umwandlung von Gewerkschaften in AG., LeipzZ. **09** 212 ff. Erörtert werden drei Möglichkeiten: 1. Einbringung des Bergwerkeigentums durch den Grubenvorstand als Gründer in die AG. Nachteil Immobiliarstempel Tarif 25 c PrStStG., Gemeindeumsatzsteuer. 2. Einbringung der Kuxe in die AG. durch die einzelnen Gewerken: soweit widerstrebende Gewerken vorhanden sind, muß Bargründung, am besten durch Barzeichnung dritter Personen eintreten. Die Liquidation erfolgt durch Vermögensübernahme seitens der AG. Möglichkeiten zur Beseitigung einer Benachteiligung der widerstrebenden Gewerken infolge Differenz zwischen Aktiennennwert und Kuxenkurswert. Die Auflassung des Bergwerkseigentums, Stempelfragen (TarifNr. 8 Abs. 3 und 25 d PrStStG.). Umsatzsteuerpflicht? 3. Bargründung: Ankauf der Kuxe vom Barkapital. Vorteil: Abwendung der Folgen der Rechtsprechung über die Unmaßgeblichkeit des Nennwerts der Aktien bei Illationsgründungen (§ 4 Tarif 1 a RStG.). Verpflichtung der Gründer zur Weitergabe der Aktien an die Gewerken: als Einbringung, die für die Wertberechnung der Aktien mitzuberechnen ist, also den Vorteil aufhebt; Verhältnis zu § 186 HGB. Verhältnis event. zu § 207 HGB. 4. Illationsgründung bei Vereinigung mehrerer Gesellschaften.

II. Abs. 2. Gesellschaftskonkurs. BauersZ. **16** 103. Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs bei der AG. und GmbH. aus Gründen, die in der Person des Vorstandes bzw. des Geschäftsführers liegen. Erörtert wird die Unanwendbarkeit der Ziff. 1 Fall 1 und Ziff. 2, 3 § 175 KO. auf die Gesellschaftskonkurse, bejaht die Anwendbarkeit bei Verweigerung des Offenbarungseids auch nur durch einen Vertreter.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 314. Ziff. 1. Bilanzverschleierung. 1. BauersZ. **16** 73 bejaht das Vorliegen einer Verschleierung, wenn der Vorstand zur Aufbesserung der Bilanz vorübergehend fremde Gelder verwendet oder den Verzicht von Gläubigern auf ihre Forderungen nicht besonders erkennbar macht.

2. BauersZ. **16** 100, Die Berichtigung einer Bilanzverschleierung in der Generalversammlung macht die schuldigen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats nicht straffrei. Die Vollendung des Delikts wird darin gesehen, daß die Organe in dem an die Aktionäre versandten und der Generalversammlung vorgelegten Abschlusse wissentlich verschiedene Bilanzposten und damit den Vermögensstand der Gesellschaften falsch dargestellt hatten. Die Berichtigung, Genehmigung, Publikation ist unerheblich.

3. **RG.** (Strafs.) **41** 293, BankA. 8 14, JW. **08** 503. Die Einsetzung von Betriebsgegenständen zum Anschaffungspreis ohne Rücksicht auf geringeren Wert trotz § 261 ^{3} ist nicht nach freiem Ermessen der Gesellschaftsorgane statthaft und ist Bilanzverschleierung, wenn durch Unterlassung weiterer Aufklärungen die unzutreffende Vorstellung erweckt sei, als wird der höhere Anschaffungspreis nach der Besonderheit der Geschäftslage beim Erwerbe der Betriebsgegenstände gerechtfertigt gewesen, z. B. weil gerade diese Gegenstände zur Abwendung von Nach-

teilen oder zur Ermöglichung eines satzungsmäßigen Betriebs unbedingt erworben werden mußten und das Aufsichtsratsmitglied sich der Erheblichkeit einer Klarlegung des Sachverhalts bewußt ist, sie aber unterläßt. Zum Nachweis einer unwahren Darstellung oder Verschleierung (§ 314¹) genügt nicht die Feststellung, daß der wahre Wert des betreffenden Betriebsgegenstandes geringer ist, als sein Anschaffungspreis. Ist sich der Betreffende bewußt, daß der jeder erläuternden Erklärung entbehrende Bilanzansatz der Gesellschaft zum Nachteile gereicht, so ist auch Verstoß gegen § 312 möglich. Die Mitglieder des Aufsichtsrats können sich nicht darauf berufen, daß die Teilnehmer einer früheren Generalversammlung von dem wahren Werte der Gegenstände Kenntnis hatten und daß dies auch von den Teilnehmern der späteren Generalversammlung gilt, sowie ferner darauf, daß auf eine Erörterung der Bilanz verzichtet war und nach gesetzlicher Bestimmung die Veröffentlichung der Bilanz lediglich durch den Vorstand zu erfolgen hat.

Anhang: Stempel- und Steuerrechtliches.

I. Stempel. 1. Neuemittierte Aktien. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 18. Die Berechnung des Stempels für die Ausgabe inländischer Aktien bemißt sich nicht lediglich nach dem von der emittierenden AG. festgesetzten Kurse, sondern nach dem wirklichen inneren Werte, zu dem die Aktien über den ziffermäßig bestimmten Ausgabekurs hinaus von den ersten Erwerbern übernommen werden (**RG. 61** 302, **67** 327). Wenn eine AG. bei der Ausgabe neuer Aktien einem Teile einen bestimmten in bar zu zahlenden Überpariwert beilegt, den anderen Teil zur Anschaffung eines gewissen Vermögens oder gewisser Vermögensgegenstände verwendet (Übernahme der Emission durch eine Bank teils zu Überpari, teils zu Pari zwecks Ablassung an die alten Aktionäre und Ankauf von Gewerkschaftskuxen), so ist der Wert auch der (der Bank) zu Pari überlassenen, zum Ankaufe der Kuxe zu verwendenden Aktien ebenso hoch anzusetzen wie der zu über Pari ausgegebenen. Es besteht keine rechtliche Verpflichtung, den Wert dieser Ankaufsaktien nach den Bilanzwerten der anzukaufenden Gewerkschaft zu berechnen, solange kein Kalkulationsfehler behauptet und danach die Annahme gerechtfertigt ist, daß die AG. richtig geschätzt hat. Die Bilanz gewährt auch nicht immer ein zutreffendes Bild von den wirklichen, für die Bewertung eines zu erwerbenden Unternehmens maßgebenden Verhältnissen. Bei der Emission zwecks Umtausch gegen Aktien zweier verschiedener anderer AG. ist es zulässig, aus dem Umtauschverhältnisse der beiderseitigen Aktien und aus dem Durchschnittskurse der anzuschaffenden Aktien zur Zeit der Umtausches den Kurs zu ermitteln, zu dem die Aktionäre der beiden anderen AG. die ihnen überlassenen Aktien bewertet und als Entgelt angenommen haben müssen. Die Heranziehung der Bilanz der anderen beiden AG. ist nicht nötig, weil nicht ihr Vermögen erworben, sondern nur ein Einfluß auf ihre Geschäftsgebarung bezweckt werden soll. Ist nicht festzustellen, wieviel junge Aktien für die Aktien jeder der beiden anderen AG. eingetauscht sind, so kann ein Durchschnittskurs für sämtliche jungen Aktien angesetzt werden.

2. **RG.** BauersZ. **16** 155, BankA. **8** 194. Berechnung des Emissionsstempels für die Interimsscheine neu ausgegebener nicht volleingezahlter Aktien (TarifNr. 4 a Abs. 1 Ziff. 3 RStStG.). Sind auf die 2 Millionen gezeichneter Aktien nur 25 pCt. beschlußgemäß gezahlt und für die restlichen 75 pCt. Wechsel von der Zeichnerin an die Order der emittierenden AG. gegen Interimsscheine hinterlegt, so ist der Stempel nach dem vollen Betrage der Zeichnung, nicht nur nach dem der Barzahlung zu entrichten: der Wert des Gegenstandes ist nach dem vereinbarten Erwerbskurse zu bestimmen. Die Leistungspflicht ist in voller Höhe übernommen, gleichviel, ob die Nachzahlung jemals erfolgt (daneben TarifNr. 1 RStStG.).

3. Abraham, BankA. **8** 123. Der innere Wert der bei einer Fusion ausgegebenen Aktien nimmt zu **RG. 69** 199 (vgl. JDR. **7** Anhang 5 d = BankA. **8** 44, BauersZ. **16** 126) Stellung, soweit das RG. den bilanzmäßigen Wert des durch die Fusion übertragenen Vermögens nicht für maßgebend erklärt, namentlich im Hinblick auf § 262 [2] HGB. Kundschaft und Organisation des aufgenommenen Vermögens können demnach entgegen der Auffassung des RG. zur Bewertung der bei einer Fusion ausgegebenen neuen Aktien nicht herangezogen werden.

II. Grunderwerbssteuer. BauersZ. **16** 129 (PrOVG.). Für die Ermittlung des der Berechnung der Steuer zugrunde zu legenden Wertbetrags kommen nur diejenigen Gegenstände in Betracht, welche einen Bestandteil des Grundstücks bilden, nicht aber bewegliche Sachen, welche lediglich als Zubehör des Grundstücks angesehen werden können (OVG. **32** 65 ff.). Der Wert, der für die Berechnung der Grunderwerbsteuer in Betracht kommenden Gegenstände ist als ein Ganzes zu ermitteln, ihr Preis nur, wenn er den Wert übersteigt. Der Preis berechnet sich im Falle der Übernahme sämtlicher Aktiven und Passiven einer GmbH. durch die neugegründete AG. gegen deren Aktien hinsichtlich der für die Umsatzwertsteuer in Betracht kommenden Gegenstände nach dem Verhältnis ihres Wertes zum Gesamtwerte der von der AG. übernommenen. Der Grundstückspreis besteht nicht in den übernommenen Hypotheken.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320. Abs. 2. Vertretungsbefugnis der Komplementare. ZAktWes. **09** 29. Gehaltsklage des einzigen persönlichen Gesellschafters gegen die Gesellschaft.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. Begriff. 1. Beteiligung am Handelsgewerbe; an einer Apotheke. **a)** **RG.** JW. **09** 500, R. **09** Ziff. 2521. Stille Gesellschaft zwischen einem Apotheker und einem Dritten. Das Apothekerunternehmen ist ein gewerbliches Unternehmen, allerdings unter Staatsaufsicht stehend und an gewisse Vorbedingungen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse geknüpft. Der Charakter als eines gewerblichen, auf Gewinn gerichteten Unternehmens läßt die stille G. zu, und das gesetzliche Erfordernis, daß nur ein approbierter und konzessionierter Apotheker den betreffenden Betrieb ausüben darf, steht einem solchen Vertragsverhältnisse nicht entgegen, ebensowenig die Anordnung in der Konzessionsurkunde, der Apotheker habe die Apotheke für eigene Rechnung zu führen (Erlasse vom 28. Februar 1870 und 21. September 1886). **b)** R. **09** Ziff. 627 (Cöln). Eine solche Gesellschaft verstößt nicht gegen die guten Sitten.

2. Unterschied vom partiarischen Darlehen. BauersZ. **17** 70. Wird einem Geschäftsmann eine Summe gegen Zinsen und Beteiligung an seinem Geschäftsgewinne gegeben, so ist darin nicht notwendig eine stille Gesellschaft zu sehen, es kann auch partiarisches Darlehen vorliegen (**RG. 57** 175). Anders wenn noch weitere Rechte der Aufsicht, Einmischung in die geschäftlichen Verhältnisse für den Geldgber hinzutreten (**ROHG. 12** 18; **RG. 31** 33).

§ 339. Auflösung der stillen Gesellschaft. Umwandelung in Darlehen. **RG.** LeipzZ. **09** 858. Haftung des offenen Gesellschafters einer oHG., der seine Beteiligung mit Erfolg wegen Täuschung angefochten hat, für die in ein Darlehen unter der Bedingung der Beteiligung dieses Gesellschafters umgewandelte Einlage des bisherigen Stillen (s. o. § 15 Ziff. 2 **a**).

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343. Handelsgeschäfte. 1. Begriff, Veräußerungen von Gesellschaftsanteilen s. u. § 348. Vgl. auch **RG. 72** 436.

2. Vorbereitungsgeschäfte vgl. oben §§ 1 I 2 b, § 25 III, 60, § 74 IVa und JDR. **7** § 343 unter 1.

§ 346. Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs. I. Allgemeine Grundsätze und Voraussetzungen. 1. Maßstab der Auslegung. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 320. Bei der Auslegung eines von Kaufleuten entworfenen Vertrags darf an die logische Gruppierung der Sätze grundsätzlich nicht derselbe Maßstab angelegt werden, wie an die Auslegung moderner Gesetze.

2. Subjektive Voraussetzung. Kein Erfordernis der Unterwerfungsabsicht. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 410, HoldheimsMSchr. **09** 130 s. schon JDR. **7** unter Ziff. 1 e.

3. Verhältnis zum Gesetz und Gewohnheitsrechte. **RG.** LeipzZ. **09** 141 Ziff. 8, HoldheimsMSchr. **09** 132. Die Feststellung des Bestehens eines Handelsbrauchs dahin, daß bei einem Mehlverkauf einer deutschen an eine finnländische Firma beide Teile sich deutschem Rechte hinsichtlich der Vertrags form unterwerfen, steht mit dem dispositiven Art. 11 EGBGB. nicht in Widerspruch: solche Käufe kommen danach formlos zustande. Ein Handelsgebrauch stellt eine stillschweigende Vereinbarung dar (kein Gewohnheitsrecht). S. a. EGBGB. Art. 11 Ziff. II 1.

II. Spezielle Anwendungen. A. Klauseln. 1. Auf die Leistungspflicht bezüglich a) Netto Kasse gegen Faktura. **RG.** BauersZ. **16** 117 wie LG. Karlsruhe, JDR. **6** § 346 Ziff. 2 i. Vgl. auch JDR. **7** unter Ziff. 3 e. Das Urteil des OLG. Hamburg s. auch SeuffA. **64** 263, das bestätigende des RG. in **RG. 69** 125, SchlHolstAnz. **09** 91. **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 268 (Hamburg). Die fob-Klausel ist bei einem internationalen, zwischen Paris und Hamburg durch Korrespondenz über serbische Ware (fob Fiume) geschlossenen Geschäfte nicht lediglich Spesenklausel, sondern enthält gleichzeitig die Verpflichtung, innerhalb der im Kontrakt angegebenen Zeit an Bord zu liefern und die Frage des Gefahrüberganges ist unabhängig hiervon zu beantworten.

2. Rücktrittsrecht. Rügerecht. **a) RG.** SchlHolstAnz. **09** 184, HoldheimsMSchr. **09** 325. Die Klausel „freight and all other conditions as per charter partie" bezieht sich sowohl auf den Lade- wie auf den Löschhafen. Das Recht, unter Übernahme des Frachtguts vom Vertrage zurückzutreten, steht dem Verfrachter auch dann zu, wenn er die Reise zurückgelegt hat und die Löschung durch Streike verhindert wird. Vgl. **RG. 64** 73. Anders SchlHolstAnz. **08** 119. **b) RG.** LeipzZ **09** 474. Die Vertragsklausel „Zahlbar per Kasse bei Vorzeigung und Übergabe des Duplikatbriefs" hat nach der deutschen Verkehrsauffassung den Sinn, daß damit der Käufer bei Zahlungsweigerung wegen Mangelhaftigkeit der Ware die Beweislast für die Mängel übernimmt.

3. Prozessual. a) HansGZ. **09** Hptbl. 296 (Hamburg). Die Worte „Hamburger Handelskammer-Arbitrage" bedeuten nicht ohne weiteres die Vereinbarung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens. **b)** SchlHolstAnz. **09** 343 (Kiel). „Hamburger Arbitrage" hat im Handelsverkehre keine einheitliche Bedeutung, sie bedeutet teils Vereinbarung eines Schiedsgerichts, teils Bindung auf ein Gutachten. Auslegung gemäß § 346. Unrichtig, daß die Handelssitte des Ortes des Vertragsschlusses maßgebend sei; es kommt auf die Bedeutung der Klausel nach der Verkehrssitte bei einem Getreideverkaufe von einem bestimmten Orte an. Für den Ge-

treidehandel ist entgegen Staub, Makower und OLG. Hamburg (HansGZ. **08** 119 = JDR. **7** § 346, Ziff. 3 h) die Klausel als Schiedsgerichtsklausel aufzufassen, insbesondere für den gesamten Getreidehandel zwischen den Ostseehäfen, insbesondere zwischen Kiel und Königsberg. **c)** JDR. **7** unter Ziff. 3 h. **d)** HansGZ. **09** Hptbl. 288 (Hamburg). Vereinbarung zwischen Fabrikanten und Exporteur, daß die Entscheidung der Handelskammer des ausländischen Ablieferungsorts (Rangoon) in allen Streitfällen bindend sein solle: die von der Handelskammer abgegebene Entscheidung ist dann für den Fabrikanten nicht maßgebend, wenn der Ersatz verlangende Exporteur der Handelskammer eine wesentliche Vertragsbedingung nicht mitgeteilt hat, daß nämlich der Fabrikant nicht genau nach Muster, sondern nur so ähnlich wie möglich zu liefern hatte, der Exporteur sich vielmehr damit begnügt hat, daß die Schiedsmänner ohne Anhörung des Fabrikanten die Ware nur daraufhin ansehen, ob sie im Verhältnisse des Exporteurs zu seinem Abnehmer vertragsmäßig ist. Unerheblich ist, daß die Schiedsmänner nachträglich erklären, sie würden auch unter Berücksichtigung jener Vertragsbestimmung nicht anders entschieden haben und hätten das, was sie besage, auch ohnehin berücksichtigt.

B. Sonstige Fälle. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **09**. Heranziehung der Grundsätze des § 346 zur Ermittelung des Parteiwillens hinsichtlich der Abruftermine und der Vertragsdauer bei einer einseitig bindenden Verkaufszusage, bei der Ware und Preis bestimmt, alles übrige aber bestimmbar ist.

2. Korr. d. Ält. **09** 222. Auslegung der Erklärung eines Zwischenbankiers im Handelsverkehr über seine Verpfändungsbefugnis hinsichtlich anzuschaffender Wertpapiere.

3. LeipzZ. **09** 160 Ziff. 2 (Bamberg). Pflicht des Käufers zur Wechselakzeptierung über den Preis gegen Aushändigung des Konnossements, nicht erst bei freier Dispositionsmöglichkeit über die Ware: Zahlungspflicht des Käufers nach Beschaffenheitsprüfung, Ausantwortungspflicht des Verkäufers nach Prüfung gegen Zahlung. Mangels besonderer Vereinbarung braucht sich der Käufer mit der Besitzübergabe der Papiere nicht zu begnügen, wohl aber, wenn ihm mit dem Papiere zugleich die Ware zur Untersuchung angeboten wird. Der Adressat am vom Wohnort abweichenden Bestimmungsort ist Vertreter des Käufers, mit Ablieferung des Frachtbriefs an ihn erlischt die Verfügungsmacht des Verkäufers. Die Akzeptierung des Wechsels konnte vor der Ankunft der Ware abgelehnt werden, nachher nicht mehr, auch wenn dem Käufer das Konnossement nicht ausgehändigt ist, wohl aber er die Untersuchung vornehmen konnte.

III. Stillschweigen im Handelsverkehre. A. Bestätigungsschreiben und Schlußnoten. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 706, LeipzZ. **09** 140 Ziff. 7. Stillschweigen auf eine als Bestätigungsschreiben anzusehende Schlußnote mit Abweichungen von dem bisher unter den Parteien Erörterungen als Annahme. Vgl. JDR. **7** § 346 Ziff. 4 b.

2. **RG.** JW. **09** 57 Ziff. 26, R. **09** Ziff. 374. Die Möglichkeit, aus der Annahme des Schlußscheins die Genehmigung der in ihm enthaltenen Geschäftsbedingungen gemäß § 346 zu folgern (vgl. **RG. 59** 351; **ROHG. 13** 295) ist ausgeschlossen, wenn am Orte des Geschäftsabschlusses über die wirkliche Geltung einer Schlußscheinklausel eine derartige Nichtübereinstimmung der Anschauungen besteht, wie dies festgestellt ist.

3. HessRspr. **9** 140 (LG. Darmstadt). Ist die Kommissionskopie (Bestellschein) im Gegensatze zu Bestätigungsschreiben und Schlußnote lediglich Beweismittel für das mündlich Vereinbarte? Wird sofort nach dem Abschlusse des Vertrags auch dem Besteller eine solche einseitige Aufzeichnung des Verkäufers behändigt, so erlangt sie bei widerspruchsloser Annahme die Bedeutung, daß das darin Enthaltene, selbst

wenn es nicht ausdrücklich besprochen sein sollte (Erfüllungsort), als Vertragsinhalt gelten soll, auch wenn der Bestellschein vom Besteller nicht unterzeichnet ist.

B. Sonstige Fälle. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 309 Ziff. 4. Schweigen des Kommittenten auf Mitteilungen des Kommissionärs über Nichteinhaltbarkeit des Limits und Offerten bestens oder zu jedem nur annehmbaren Preise zu verkaufen als Zustimmung ausgelegt.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 744. War in einem Vertrag über Lieferung von Pflastersteinen das Quantum nicht ziffernmäßig bestimmt, sondern nur nach dem Bedarfe geschätzt, hat nachher aber der Käufer dem Verkäufer mitgeteilt, daß er nur ein bestimmtes Quantum zu- oder abzüglich von 10 pCt. beziehen wolle, schwieg der Verkäufer hierauf und lieferte, so kann darin seine Zustimmung zu der Änderung des Vertragsinhalts gefunden werden.

3. HansGZ. **09** Hptbl. 285 (Hamburg). Hamburger Kontraktsverkäufe im Getreidehandel. Rechte der Parteien des Kontraktsverkaufs bei Nichtlieferung des ersten (ursprünglichen) Verkäufers. Der Verkäufer (Kontraktsverkäufer) verpflichtet sich, seinem Käufer Getreide zu liefern, dessen Lieferung er selber auf Grund eines von ihm als Käufer mit einem anderen Verkäufer geschlossenen Kaufvertrags erwartet. In dieser Weise kann die ganze erwartete Partie oder ein Teil weiterverkauft werden. Eine Abtretung der Rechte des ersten Käufers (Kontraktverkäufers) ist in einem solchen Falle nicht gewollt. Falls der erste Verkäufer dem ersten Käufer (Kontraktsverkäufer) die verkaufte Ware nicht liefert, besteht für den ersten Käufer keine Verpflichtung, seinem Käufer Ware zu liefern. Dem ersten Käufer liegt seinem Käufer gegenüber aber die Verpflichtung ob, dessen Interesse dem ersten Verkäufer gegenüber wahrzunehmen, ihn in der Regel auf Erstattung der vollen Differenz zwischen dem Preise des ersten Kaufvertrags und dem höheren Marktpreise des Regulierungszeitpunkts in Anspruch zu nehmen. Er ist dann verpflichtet, seinen Käufer an dem Provenue zu beteiligen und mit ihm nach dem Verhältnisse seines eigenen eventuellen Gewinnes bei normaler Geschäftsabwickelung zu dem eventuellen Gewinne seines Käufers (Kontraktskäufers) zu teilen. Irgendwelche Leistungen kann der Kontraktsverkäufer vom Kontraktskäufer nicht verlangen.

IV. Handelsgebräuche für einzelne Branchen (alphabetisch). 1. Fußbodenöl. Korr. d. Ält. **09** 222. Üblichkeit sofortiger Barzahlung für Private; Ziel für Wiederverkäufer; Klausel: valuta Januar 1909: Zahlung muß am 31. Januar 1909 erfolgen.

2. Getreide. Korr. d. Ält. **09** 222. Netto Kasse = Ziel von 14 Tagen.

3. Amerikanisches Harz. Korr. d. Ält. **09** 221. Amerikanisches Harz wird in Berlin handelsüblich in Originalfässern mit 14 pCt. Tara verkauft. Bei angebrochenen Fässern wird das Nettogewicht berechnet; der Preis pflegt in diesem Falle höher gestellt zu werden, da die prozentual berechnete Tara für den Käufer ein ungünstigeres Ergebnis liefert. Unter Brutto für Netto versteht man, daß bei der Berechnung des Preises das Bruttogewicht zugrunde gelegt und die Tara nicht abgesetzt wird. Wenn amerikanisches Harz in Originalfässern verkauft wird, ist eine Rücknahme der Fastagen handelsgebräuchlich ausgeschlossen.

4. Lichtpauspapier. Korr. d. Ält. **09** 222. Keine allgemeine Handelssitte eines Zieles von 3 Monaten.

5. Schwefelkies. **RG.** LeipzZ. **09** 173 Ziff. 3. Da häufig im Tone Schwefelkies vorkommt, der der Tonplattenfabrikation schädlich ist, so kann ein die Untersuchungspflicht ausschließender Handelsgebrauch nicht bestehen.

6. Spedition. Korr. d. Ält. **09** 222. Franko Berlin = Franko Station Berlin, Rollgeld trägt Empfänger. Im Geschäftsverkehre zwischen Kaufleuten und Spediteuren ist es üblich, die Rollgeldgebühren für den angefangenen Zentner voll zu berechnen.

§ 347. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. 1. Im Giroverkehre. **RG.** SächsRpflA. **09** 351 (348). Die Pflicht zur Beobachtung der im Handelsverkehr erforderlichen Sorgfalt geht nicht soweit, daß der Girokonteninhaber, der durch Giroüberweisung eines Dritten wegen einer ihm zustehenden Forderung Befriedigung erhält, in eine nähere Untersuchung sich darüber einlassen müßte, in welchen Rechtsbeziehungen der Überweisende zu dem Schuldner steht, ob er Deckung hat usw. (s. §§ 48, 49, 232).

2. Haftung des Bankiers aus Beratung eines Kunden (vgl. JDR. **7** § 347 und BGB. § 676 u. o. zu § 676 BGB. Ziff. 2.). **a) RG.** LeipzZ. **09** 154. Eine gewissenhafte Beratung schloß es in sich, den Kunden, dem zum Ankaufe von Kuxen geraten wurde, darauf aufmerksam zu machen, daß bei dem kurz zuvor stattgehabten Ankaufe der Gruben ein gewaltiger Gründer- bzw. Zwischengewinn gemacht worden war (bei Kaufobjekt von 250 000 M. ebenfalls 250 000 M.). Es liegt Fahrlässigkeit in erhöhtem Maße vor, wenn der Bankier dem Kunden gesagt hat, die Grubenfelder seien zu 500 000 M. erworben, weil der Kunde einen reellen Erwerb zu diesem Preise annehmen mußte. Ersatzpflicht auf Grund §§ 347 HGB., 276, 676 BGB. in Höhe des Kaufpreises gegen Rücknahme der vom Kunden nicht abgenommenen Kuxe bejaht. **b) RG.** BayRpflZ. **09** 111. Der Bankier haftet nicht ohne weiteres bei Empfehlung eines Industriepapiers, das Kursschwankungen ausgesetzt ist, insbesondere dann nicht, wenn für den Käufer dadurch ein Schaden eingetreten ist, daß er das Papier voreilig verkaufte. **c)** LeipzZ. **09** 485 (Braunschweig). Schadensersatzanspruch wegen falschen Rates bei Ankauf von Industriepapieren gegen den Bankier verneint, weil der Bankier Dinge, die der Kunde —, ein wie dem Bankier bekannt war, größerer Maurermeister, zugleich Aufsichtsrat einer Kalkwerkgesellschaft und bereits durch frühere verlustreiche Kuxenspekulation erfahren — nach seinem Beruf und seiner Stellung kennen muß, als bekannt voraussetzen darf, es eines besonderen Hinweises auf die Unsicherheit der Industriepapiere nicht bedurfte, zumal die Papiere nicht zur Kapitalsanlage, sondern zum Ausgleiche des Verlustes an den Kuxen dienen sollten. **d)** Haftung GruchotsBeitr. **53** 978, BankA. **8** 299, LeipzZ. **09** 543. Haftung des empfehlenden Bankiers für Fahrlässigkeit. Unerheblich ist die Form des Bezugsgeschäfts: ob Kommission oder unmittelbarer Kauf. Die Kaufmannseigenschaft des Kunden hebt die Vertragspflicht des Bankiers nicht auf, ist aber allerdings für die Prüfung der Frage, was die Sorgfalt des Bankiers im einzelnen Falle erforderte, von einschneidender Bedeutung. **e) RG.** LeipzZ. **09** 68 ff. 30jährige Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhaften Rates beim Aktienkaufe. Die Einholung und Erteilung des Rates ist ein wesentlicher Bestandteil des Hauptgeschäfts (Kaufes) geworden. Das Zuraten der Bank zum Kaufe ist nicht als Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Aktien anzusehen (§§ 459 Abs. 2, 477 Abs. 1 BGB., JW. **05** 502). Es liegt auch keine schuldhafte Verletzung der Lieferungspflicht auf Seite der Bank vor (vgl. **RG. 53** 203 über Anwendbarkeit des § 477 diesfalls). Der Ersatzanspruch beruht hier auf schuldhafter Verletzung der von der Bank übernommenen Verpflichtung zur Ratserteilung als eines Bestandteils des Kaufgeschäfts. Es fehlt an einer gesetzlichen Bestimmung und an einem inneren Grunde, die eine Anwendung der kurzen Verjährung (§§ 477, 638 BGB.) auf den mit dem Kaufvertrage verbundenen Nebenvertrag rechtfertigte.

§ 348. Vertragsstrafe. **RG.** LeipzZ. **09** 466, R. **09** Ziff. 1607. Handelsgeschäft: Veräußerung eines Geschäftsanteils seitens des einen persönlich haftenden Gesellschafters einer oHG. an einen anderen, daher keine Herabsetzung der Vertragsstrafe.

§ 354. 1. Leistungsvergütung ohne Verabredung. Stellvertretungskosten des Vaters des Verhafteten. Untersuchungshaftsentschädigung (G. v. 14. Juli 1904). **RG.** JW. **09** 670 Ziff. 26. § 354 HGB. ist für die Frage,

ob die Stellvertretung des Vaters entgeltlich sei, wenig von Belang gegenüber § 612 BGB. Der Umstand, daß der Vater bei Übernahme der Vertretung nicht seine eigenen Handelszwecke verfolgte, sondern das Geschäft des Sohnes fördern wollte, schließt die Entgeltlichkeit der Vertretung nicht aus.

2. Abs. 2. Auslagenersatz. Klein, Der Frachturkundenstempel im privatrechtlichen Verhältnisse zwischen Verkäufer und Käufer, JW. **09** 96 f. (97). Zu den nach § 354 zu ersetzenden Auslagen gehört der vom Verkäufer (als Absender) im Interesse des Verkäufers verwandte Frachturkundenstempel (§ 32 StempG. v. 3. Juni 1906).

§ 355. Hoffmann, Die Rechtsnatur der Abrechnungsstelle im Skontrationsverfahren, GoldschmidtsZ. **65** 337 f. Es wird der Versuch gemacht, die Treuhänderschaft als das der Skontration zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu erweisen. Nach Besprechung der bisherigen Theorien, die den juristischen Charakter der Skontration als Zusammensetzung einer Reihe einzelner Handlungen ansehen (Thöl, Cohn, Gareis, Cosack, Trumpler, Lehmann), wird von dem Gedanken ausgegangen, daß die Grundlage für die Konstruktion der Skontration in dem Verhältnisse zwischen Skontranten und Abrechnungsstelle zu sehen sei. Für die rechtliche Stellung des Treuhänders ist charakteristisch, Rechte nicht im eigenen Interesse auszuüben, die Rechte mit der Bestimmung, sie nicht im eigenen Interesse auszuüben, zu übertragen. Die Abrechnungsstelle hat eigenes Recht an den ihr übertragenen Vermögensgegenständen der Skontration, ist nicht Vertreterin der Skontranten. Die Abrechnungsstelle erhält unbedingtes Eigentum an den ihr von den Skontranten eingereichten Wertpapieren. — Abrechnungsstelle und Bank der Banken sind juristisch verschiedene Rechtssubjekte. Das Abrechnungsblatt mit eigenem Konto der Abrechnungsstelle balanziert stets mit Null und zeigt, daß die Abrechnungsstelle nur fremde Interessen wahrnimmt.

§ 360. Qualität der Ware. BayRpflZ. **09** 306 (Bamberg). Unter Primaqualität werden im Handelsverkehre nicht Waren mittlerer Art und Güte i. S. § 360 verstanden, es muß, wenn auch nicht höchst denkbare Güte (Prima-Primissima), so doch verlangt werden, daß sie über die mittlere Qualität hervorragen. Im Verkaufe von „X-Rädern" liegt an sich schon eine arglistige Täuschung des Kunden, wenn ihm nicht schon bei Abschluß des Kaufes mitgeteilt wird, daß X nur eine Handels- (keine Industrie-) Marke sei.

§§ 363, 364. Orderpapiere. 1. Provisionsschein. **RG. 71** 30 (s. zu BGB. § 405 Ziff. 2). Verhältnis zu §§ 404, 405 BGB. Die Anwendbarkeit der §§ 363, 364 HGB. wird abgelehnt für einen Provisionsschein (§ 652 BGB.) „an Order ohne jeden Einwand". Die Rechtssätze über die Wirkung des Indossaments gelten nur für Urkunden, bei denen die Übertragung durch Indossament gesetzlich für statthaft erklärt ist.

2. Abs. 2 § 363. Lagerschein. SchlHolstAnz. **09** 314 (Kiel). Ein „zur Verfügung des Kaufmanns J. J. oder Order" über gelagerte Ware ausgestellter Lagerschein, nach dem die Auslieferung an den Inhaber gegen Rückgabe des Scheines erfolgen soll, ist kein indossabler Lagerschein, weil er nicht von einer hierzu ermächtigten Anstalt ausgestellt ist. Auch ein Inhaberpapier im Sinne der §§ 793, 796 BGB. (**RG. 59** 374) liegt nicht vor, weil in den Lagerungsbedingungen die Berechtigung, aber nicht die Verpflichtung zur Legitimationsprüfung vereinbart ist, und dies nicht bloß im Sinne des § 793 BGB., sondern des § 808 zu verstehen ist. Der Schein ist qualifiziertes Legitimationspapier. Der Lagerinhaber kann daher dem „Indossatar" gegenüber ein ihm dem Kaufmann J. J. gegenüber bestehendes Zurückbehaltungsrecht (§ 404 BGB.) geltend machen.

§ 366. Handelsrechtlicher Schutz des guten Glaubens im Sachenrechte. I. Abs. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 396 Ziff. 2. Verbringung

einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Ware in ein dem Verkäufer als verpfändet bekanntes Lager: er ist als mit dem Übergange der Ware in den Pfandbesitz des Pfandgläubigers einverstanden anzusehen. Die Auslegung, er habe nur eine aufschiebend bedingte Verpfändung — nämlich bei Zahlung des Preises aus dem Verpfändungserlöse zwecks Beseitigung des Eigentumsvorbehalts — gestattet, ist ein Verstoß gegen die §§ 185, 133, 157 BGB., weil sie den dem Verkäufer bekannten Anschauungen der beteiligten Handelskreise nicht entspricht, deren Absicht stets auf bedingungslosen Pfanderwerb gerichtet ist.

II. Abs. 2. Rechte Dritter. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 86 ff (s. a. u. zu § 369 Ziff. I). Nur die Befugnis zu einer Verfügung, auf Grund deren die Rechte an einer Sache erlöschen, ist eine Befugnis zur Verfügung „ohne Vorbehalt" dieser Rechte.

III. Abs. 3. Gesetzliche Pfandrechte. **RG.** LeipzZ. **09** 141 Ziff. 9, R. **09** Ziff. 142, 143. Für den gutgläubigen Erwerb des Spediteur- oder Lagerhalterpfandrechts ist es gleichgültig, ob derjenige, der die Sachen zum Transport oder Einlagern übergibt, Kaufmann ist oder nicht, gleichgültig, daß er wußte, daß die von einem Ehemann eingelagerten Sachen Vorbehaltsgut der Frau seien, wenn er ihn für verfügungsberechtigt hielt.

IV. Verhältnis des § 366 zum Depotgesetze (§ 8 Abs. 2). **RG. 71** 337, JW. **09** 474 Ziff. 46, LeipzZ. **09** 851 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 2700, 2701. Im Falle des § 366 hat wie nach §§ 1293, 1207 (§ 932) BGB. derjenige die Beweislast, der sich auf den schlechten Glauben beruft. Nach § 8 Abs. 2 muß der Dritte beweisen, daß er in gutem Glauben gewesen ist.

§ 367. Erwerb von Inhaberpapieren durch den Bankier. I. Allgemein. *Meyen, Publizitätsprinzip 83. Die Ankündigung im Reichsanzeiger ist Publizitätsform des Verlustes. Der Bankier wird dadurch nicht zum Hehler gestempelt, sondern an Stelle des objektiven, schwer feststellbaren Merkmals tritt ein allgemeines objektives, für jedermann erkennbares, durch das der Rechtsschein des Besitzes durchbrochen wird (s. zu BGB. §§ 932 ff., 935).

II. BayerZ. **16** 186 (KG.). Ein Bankier, der von einer ihm unbekannten, nur durch Militärpaß legitimierten Person Kuponreihen mit späten Fälligkeitsterminen erwirbt, ohne daß ihm die Erneuerungsscheine oder die Obligationen selbst vorgelegt werden, handelt grobfahrlässig, wenn nicht überzeugende Umstände für die Berechtigung des Gegenkontrahenten sprechen. Die Anfrage wegen eines Vermerkes in der polizeilichen Liste abhanden gekommener Papiere reicht nicht aus.

§ 369. Zurückbehaltungsrecht. I. Allgemein. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, 22 ff., 26. (S. a. zu BGB. § 273 Ziff. 1). Zur Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts genügen Mitbesitz und mittelbarer Besitz des Gläubigers. 70 ff.: Es entsteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderung und auf vorhandene Sicherungen an allen Sachen, bei welchen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (anders die gem. Meinung). 122 ff.: Es geht später entstandenen Pfandrechten auch dann im Range vor, wenn deren Inhaber bessere Besitzer sind. Das gilt auch gegenüber gesetzlichen Pfandrechten. Ein gemäß § 443 HGB. privilegiertes Zurückbehaltungsrecht gibt es nicht. Unter mehreren Zurückbehaltungsrechten gilt nur das Prioritätsprinzip (andern die gem. Meinung). 129 f., 226 ff., 481 f.: Auf das Zurückbehaltungsrecht sind die §§ 1210, 1215, 1217 Abs. 1, 1227, 1231 analog anzuwenden, dagegen nicht die §§ 1213 Abs. 2, 1216, 1217 Abs. 2, 1219—1221; nur zum Teil § 1232 BGB. 481 ff.: Das Zurückbehaltungsrecht erlischt nur durch dauernden Besitzverlust; es besteht auch ohne Besitz des Berechtigten solange fort (anders die gem. Meinung). Es erlischt auch durch Verzicht. 520 ff.: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist ein dingliches Recht (anders die gem. Meinung), da es ein selbständiges

Besitz- und Verwertungsrecht verleiht, das gegenüber späteren Erwerbern dinglicher Rechte wirksam ist. Weder die Denkschrift, noch §§ 369 Abs. 2, 371 Abs. 1 Satz 2 HGB. widerlegen die dingliche Natur des Rechtes, weil ein Einfluß der Besitzverhältnisse auf die Rangordnung hierfür gleichgültig wäre, aber auch nicht vorliegt. Auch das Erlöschen durch Besitzverlust beeinflußt die Natur des Rechtes nicht. 37 ff.: Das Eigentümerzurückbehaltungsrecht ist ein vollkommen wirksames Zurückbehaltungsrecht. 132, 230: Es unterliegt den allgemeinen Vorschriften, insbesondere auch betreffs der Rangordnung.

II. An Kuxscheinen. Diederichs, Zeitschr. f. Handelsrecht **63** 513. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist am Kuxscheine möglich; denn er ist ein Wertpapier. Aber selbst wenn er nicht zu den Wertpapieren zu rechnen wäre und nur als Sache gelten würde, wäre Retention nach Handelsrecht möglich. § 952 BGB. spricht zwar das Eigentum am Kuxschein einem Erwerber des Kuxes zu, aber dem Anspruche desselben aus § 985 BGB. steht die Einrede des berechtigten Besitzes gemäß § 986 BGB. entgegen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Erwerber den Kux vom Retentionsschuldner erworben hatte (vgl. unten § 371 Ziff. I).

§ 371. Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. I. Bei Wertpapieren. Diederichs, Zeitschr. f. Handelsrecht **63** 513 ff. Die Worte „sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen" bedeuten nicht, daß der Gegenstand selbst diese Befriedigung gewähren müsse. Diese bieten nur diejenigen Gegenstände, die einen Wert als Sache haben und die § 369 HGB. als „bewegliche Sachen" besonders kennzeichnet. § 369 erwähnt aber außer diesen Sachen noch die Wertpapiere. Deren Wesen besteht für die Retention darin, daß dem Schuldner die Verfügung über das in der Urkunde verbriefte Recht genommen und dem Gläubiger die Befriedigung aus diesem verschafft wird. Je nach der Art der Befriedigung zerfallen die Wertpapiere in solche, wo die Klage direkt auf Gestattung der Befriedigung geht, so bei Inhaber- und auf den Retinenten oder in blanco indossierte Orderpapieren, und andere, wo die Klage dem der Zurückbehaltung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft entspringt. Die Befriedigung aus den erstgenannten Wertpapieren erfolgt nach § 1233 BGB., bei den letzteren läßt der Retinent das Wertpapier bei sich pfänden und nach §§ 821 f. ZPO. versteigern.

II. Verhältnis zu Pfandrechten. *Emmerich 36 f., 48 f. (s. o. zu § 369 Ziff. I). Für die durch das Zurückbehaltungsrecht gesicherte Forderung kann nicht neben diesem Rechte noch ein bürgerliches Pfandrecht an derselben Sache bestehen. Dagegen erlangt der Gläubiger im Falle des § 371 Abs. 3 (am Anfang) ein selbständiges Pfändungspfandrecht und befriedigt sich je nach den Umständen aus diesem oder dem Zurückbehaltungsrechte. 481 f.: Im Falle des § 805 ZPO. ist ein Vollstreckungstitel nicht nötig, falls alle Beteiligten das Zurückbehaltungsrecht anerkennen.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vorbemerkungen. Der Handelskauf im allgemeinen. 1. Andienungsbereitschaft eines Dritten. LeipzZ. **09** 329 Ziff. 2 (Hamburg). Die Mitteilung eines Dritten, für den Verkäufer einer Ware zur gegebenen Zeit die Waren andienen und fakturieren zu wollen, enthält nicht ohne weiteres eine Verpflichtung, sondern ist häufig nur tatsächlicher Natur (keine Schuldübernahme).

2. Verzug. a) Abruf, Abnahme. **RG.** LeipzZ. **09** 61 Ziff. 18. Vertauschung des Begriffs Abnahme mit Abruf im kaufmännischen Verkehre: daher Anwendbarkeit des § 326 BGB. auf „Abnahmeverzug", wenn es sich um Abrufsverzug handelt (vgl. **RG. 53** 164, **57** 110). **b)** Pflicht zum Deckungskaufe. HansGZ. **09** Hptbl. 283 (Hamburg). (S. a. BGB. § 326 Ziff. 11 h.) Verzug

des Verkäufers: Deckungskauf. Der Käufer ist gegenüber dem säumigen Verkäufer regelmäßig nicht verpflichtet, ein Deckungsgeschäft vorzunehmen, sondern nur dann, wenn der dem Käufer aus der Nichterfüllung entstehende Schaden unverhältnismäßig hoch ist, dem Käufer dies bekannt ist oder sein muß und die Vornahme eines Deckungsgeschäfts keinen erheblichen Schwierigkeiten begegnet (Gelegenheit dazu geboten ist, nicht bloße Möglichkeit dafür besteht). c) Marktpreis bei der abstrakten Schadensberechnung. **RG.** LeipzZ. **09** 478, HoldheimsMSchr. **09** 219. (S. a. BGB. § 326 Ziff. 11 a.) Der Leipziger Markthallenpreis (durch amtliche Notierung festgestellter Preis) ist nicht identisch mit dem Marktpreise, d. h. dem durch Weiterverkauf für den Verkäufer erzielbaren Preis; er bestimmt sich durch den Durchschnittspreis aus der Vergleichung einer erheblichen Anzahl an einem bestimmten Orte, zu der maßgebenden Zeit, über Ware der betreffenden Art und Güte geschlossener Kaufverträge als der gemeine Wert einer Ware dieser Art. Für die Feststellung des Marktpreises ist es unerheblich, ob es amtliche Notierungen gibt oder nicht, bestehen aber amtliche oder zuverlässige private Einrichtungen zur Ermittelung des Marktpreises, so können derartige Preisnotierungen der Regel nach ohne weiteres als Grundlage der Entscheidung dienen, jedoch nicht den Beweis der Unrichtigkeit ausschließende Geltung beanspruchen (vgl. vielmehr § 287 ZPO.).

3. Vinkulationsgeschäft. Vgl. Broecker, Lombardierung rollender Güter, BankA. **8** 378.

§ 373. Selbsthilfeverkauf. I. Gegenstand. HansGZ. **09** Hptbl. 210 (Hamburg). Ein Selbsthilfeverkauf in betreff einer Teillieferung ist wirtschaftlich und juristisch zulässig (anderer Fall **RG. 4** 8), wenn, abgesehen von der geschäftlichen Selbständigkeit der verschiedenen Teilablagungen der zum Verkaufe zu stellende Teil von dem kleinen Reste der Art nach verschieden ist und besondere Preise für ihn ausgeworfen sind.

II. Form. Verkauf durch die Bahn (§ 70 EisenbVerkO.). SchlHolstAnz. **09** 110 (Kiel). Ein auf Grund des § 70 EisenbVerkO. v. 26. Oktober 1899 statt durch einen Gerichtsvollzieher oder einen sonst zu Versteigerungen befugten Beamten (§ 383 BGB.) oder einen öffentlich angestellten Versteigerer und überhaupt nicht im Verhältnisse der Kaufparteien zueinander, sondern im Verhältnisse des Verkäufers zur Bahnverwaltung erfolgter Verkauf ist kein ordnungsmäßiger Selbsthilfeverkauf (JW. **02** 220). Hat aber der Verkäufer die Bahnverwaltung um Versteigerung durch einen Gerichtsvollzieher ersucht, die Verwaltung dagegen gemäß § 70 ohne vorherige Rückfrage mangels Lagermöglichkeit verkauft, so ist der Verlust der Ware und des Geldes abzüglich des Erlöses auf den schuldhaften Annahmeverzug des Käufers zurückzuführen. Der Verkäufer kann daher den nicht gedeckten Teil des Preises fordern (§ 324 BGB.).

III. Kreß, Konkurseröffnung und Selbsthilfeverkauf, R. **09** 129 ff. Gerät der Käufer, nachdem er Annahme und Zahlung verweigert hat und ihm daraufhin Verkauf nach § 373 angekündigt worden ist, in Konkurs und lehnt der Verwalter den Eintritt in den Vertrag ab, so ist der Verkäufer zur Vornahme des Selbsthilfeverkaufs — auch in der Form des § 373 —, da er Eigentümer der Ware geblieben, zwar berechtigt, darf jedoch den Versteigerungserlös nur zur Substantiierung eines Schadensersatzanspruchs nach § 326 BGB. verwerten, nicht dagegen der Masse gegenüber die Rechte aus dem Selbsthilfeverkaufe nach § 373 geltend machen; denn dieser ist Surrogat der Erfüllung; solche ist aber bei ablehnendem Verhalten des Verwalters (§§ 17, 26 KO.) in jeder Form ausgeschlossen. Das bereits vor der Konkurseröffnung erworbene Recht nach § 326 BGB. — Schadensersatz wegen Nichterfüllung — bleibt übrigens dem Verkäufer auch gegenüber einem allenfallsigen Erfüllungsbegehren des Verwalters gewahrt. Wird eine Erklärung nach § 17 KO. weder ver-

langt noch abgegeben, so ist Selbsthilfeverkauf und Befriedigung für den Ausfall aus konkursfreiem Vermögen statthaft, nur Zwangsvollstreckung nach § 14 KO. verwehrt.

§ 374. I. Annahmeverzug des Käufers. 1. Verzug bei Unterlassung des Abrufs. LeipzZ. **09** 951, R. **09** 1931 (Colmar). Recht des Käufers beim Kauf auf Abruf bei Verzögerung des Abrufs; stillschweigende Auflösung des Kaufes? Ein Kauf auf Abruf ist nicht derart bedingt, daß der Verkäufer nur dann zu liefern hat, wenn rechtzeitig abgerufen wird; der Kauf ist unbedingt geschlossen, und die Klausel „auf Abruf" bedeutet nur, daß der Käufer innerhalb der in dem Vertrage bestimmten Grenzen den Zeitpunkt der Lieferung zu bestimmen berechtigt ist. Unterläßt der Käufer den rechtzeitigen Abruf, so dauert gleichwohl die Lieferungspflicht des Verkäufers fort (von Fixgeschäften abgesehen), wie die Abnahmepflicht des Käufers (vgl. § 326 BGB.). Es ist im Geschäftsleben nicht allgemein üblich, daß ein auf Abruf geschlossener Verkauf bei Nichtabruf bis zu dem festgesetzten Termine hinfällig wird (**RG. 36** 84). Läßt jedoch der Käufer eine übermäßig lange Frist verstreichen, ohne seinen Lieferungsanspruch geltend zu machen, so kann daraus der Schluß gezogen werden, daß er auf die Lieferung verzichte. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt nicht vor, wenn der Käufer erst bei Preissteigerung die Lieferung verlangt, weil auch der Verkäufer deshalb nicht Abnahme verlangt hat.

2. Bei unberechtigter Ablehnung. HansGZ. **09** Hptbl. 280 (Hamburg). Unberechtigte Ablehnung der angebotenen Vertragserfüllung berechtigt den vertragstreuen Teil (hier Verkäufer) ohne weiteres zur Geltendmachung der Verzugsfolgen, wenn der Gläubiger ein erkennbares Interesse hat, der durch die Weigerung des Schludners geschaffenen Rechtslage durch Aufhebung des Schuldverhältnisses ein Ende zu machen, hauptsächlich bei Lieferungsgeschäften und ähnlichen auf längere Dauer berechneten Verträgen, regelmäßig namentlich bei Rechtsverhältnissen des Handelsverkehrs und jedenfalls, wenn der Kauf eine im Großverkehre gehandelte und im Marktpreise stark schwankende Ware (russischen Rotklee) betrifft (**RG. 57** 113).

II. Rechte des Verkäufers. Frankenburger, SeuffBl. **09** 726. Für den Annahmeverzug folgt aus § 374 sachlich nur eine Verweisung auf § 304 BGB.; hiernach ist Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Gläubigerverzugs ausgeschlossen.

§ 375. Spezifikationskauf. **RG.** LeipzZ. **09** 859. Allgemeine Vertragsrechte: Unanwendbarkeit des Art. 354 auf eine Schadensersatzklage des Verkäufers ohne Selbsthilfeverkauf, wenn der Käufer vom Vertrag abgegangen ist, Erfüllung nicht gefordert und seinen Bedarf dem Verkäufer nicht angegeben, vielmehr ihn anderweit gedeckt und sich selbst außerstand gesetzt hat, den bestimmungsgemäßen Gebrauch von der Leistung des Verkäufers zu machen. Dem Verkäufer ist die Leistung unmöglich gemacht, namentlich wenn es sich um individuelle, für den Käufer bestimmte Sachen handelte (Tübbings für einen Schacht), und eine Mitwirkung des Käufers vereinbart ist. Der Verkäufer ist von seiner Vertragspflicht zur Herstellung frei geworden und berechtigt, Schadensersatz zu fordern.

§ 376. Fixgeschäft. I. Wesen. **RG.** LeipzZ. **09** 389 Ziff. 3. Das Geschäft ist mit Rücksicht auf seinen Inhalt, der bezüglich der Zahl der täglich zu liefernden Steine von 20 000—25 000 einen auf die Dauer der Frist einwirkenden Spielraum läßt, kein Fixgeschäft.

II. Nachträgliche Entziehung. **RG.** JW. **09** 57 Ziff. 27, R. **09** Ziff. 376. Zulässigkeit nachträglicher Entziehung der Natur als Fixgeschäft vor oder nach Fristablauf, auch stillschweigend bejaht. S. a. o. zu BGB. § 361 Ziff. 2.

§ 377. Mängelrüge. I. Begriff der Ablieferung. Stellung der Frachtführer, Spediteure. Ablieferungsort, Untersuchungsort. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 680, HansGZ. **09** Hptbl. 155, HoldheimsMSchr. **09** 217. Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 326 BGB.) abhängig von rechtzeitiger Mängelrüge nach Ablieferung: Es liegt Ablieferung vor, wenn der Käufer den Verkäufer an seine Spediteure, die mit der Verschiffung der Ware beauftragt sind, verweist, der Verkäufer die Ware auf Schiffszettel an den Kai nach dem in Hamburg üblichen Geschäftsgange liefert, der Empfangsschein (Receipt) aber dem Verkäufer ausgehändigt ist: der den Käufer vertretende Spediteur ist zur tatsächlichen Verfügung über die Ware so lange in der Lage, auch wenn der Verkäufer infolge Nichtaushändigung von Receipt und Konnossement vor Zahlung die rechtliche Verfügungsgewalt noch nicht übertragen hat, bis der Verkäufer mittels des Receipt die Verfügungsgewalt wieder entzieht. Es fehlt eine Feststellung, daß die Anlieferung der Ware auf Schiffszettel des Spediteurs lediglich als Vertrauensbeweis für ihn, nicht als rechtsgeschäftlicher Vorgang zugunsten des Käufers gewollt sei.

2. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 282, LeipzZ. **09** 851 Ziff. 8. Ablieferung im Sinne des Paragraphen beim Übersendungskaufe durch Aushändigung an den vom Käufer bestellten Frachtführer: daß die von dem Käufer mit der Empfangnahme betraute Person zur Untersuchung und Genehmigung der Ware nicht ermächtigt ist, ist kein Umstand, welcher der Ablieferung entgegensteht; vielmehr ist es Sache der Käufers, die Empfangnahme einer zur Untersuchung befähigten und ermächtigten Person zu übertragen. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Beteiligten kann allerdings im Einzelfalle bestimmt werden, daß die Untersuchung nicht schon am Ablieferungsorte, sondern erst an einem anderen Orte, an den die Ware später gelangt, stattzufinden habe, und bei der Ermittlung eines dahingehenden Parteiwillens kann auch die Person des mit der Empfangnahme Beauftragten und der Umfang der ihm obliegenden Verrichtungen von Bedeutung sein.

3. **RG.** EisenbE. **25** 285 Ziff. 218, HoldheimsMSchr. **09** 164. Wenn der auswärtige Käufer den Verkäufer auf seine Anfrage hin anweist, die gekaufte Ware seinem Spediteur zur Besorgung nach dem Wohnsitze des Käufers zu übergeben, so gilt der Regel nach diese Übergabe als Ablieferung i. S. des § 377: Pflicht zur Untersuchung der Ware am Wohnorte des Spediteurs, nicht des Käufers.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 24, HansGZ. **09** Hptbl. 23. Vereinbarungen über den Ablieferungsort seewärts kommender Waren bei direkter Versendung vom Kai an den Abnehmer des Käufers: Die stillschweigende Vereinbarung der Untersuchung erst beim endgültigen Abnehmer im Binnenlande setzt Kenntnis des Verkäufers, daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt ist, voraus; die gleiche Voraussetzung gilt für die Enwendung einer angeblichen örtlichen Übung gleichen Inhalts gegen den Verkäufer.

5. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 190. Verschiedenheit des Ablieferungsorts vom Bestimmungsorte, wenn im Schlußscheine bestimmt ist, daß die Ware an den Stettiner Spediteur der Käuferin zu übersenden ist, dieser die Umladung nach dem Wohnorte des Käufers zu besorgen und über den Befund der Ware zu berichten. Die Untersuchung mußte am Ablieferungsorte geschehen.

II. Untersuchungs- und Rügefrist. 1. **RG.** SächsRpflA. **09** 68. Die Behauptung der Handelsüblichkeit, Aluminiumabfälle erst anläßlich der Verwendung zu untersuchen, ist für die Beurteilung der Frage nach dem objektiven, ordnungsmäßigen Geschäftsgange von Erheblichkeit und hat auch die Bedeutung, daß es im Aluminiumhandel Verkehrssitte, Gebrauch des Handelsverkehrs sei, die Untersuchung der Ware (zufolge der damit verbundenen besonderen Schwierigkeiten

und der Unsicherheit des Ergebnisses) nicht sogleich, sondern erst zu einer späteren Zeit vorzunehmen (§ 157 BGB., § 346 HGB., vgl. **RG.** GoldschmidtsZ. **26** 571).

2. **RG.** LeipzZ. **09** 774 Ziff. 4. Bedeutung der Geschäftsübung: Pflicht zur nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlichen, wenn auch nicht üblichen Untersuchung bejaht; die Übung bildet nur für Art und Umfang der Untersuchung einen Maßstab. Es besteht eine Verpflichtung zu nochmaliger Untersuchung, wenn Zweifel über das Vorhandensein von Mängeln nach der ersten auftauchen, und zur unverzüglichen Anzeige.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 186. Die Vertragsbedingung, etwaige Ausstellungen werden nur innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt, gibt nur die Höchstfrist für die Rüge an. Kann der Mangel früher gerügt werden, muß dies auch geschehen.

4. HansGZ. **09** Hptbl. 10 (Hamburg). Die Untersuchung gekaufter Borsten (Kassa gegen Dokumente bei Ankunft des Dampfers in Hamburg) hat alsbald nach ihrer Entlöschung am Kai zu erfolgen und darf nicht bis zur Aufnahme auf das Lager des Käufers verschoben werden; er muß sich vom Zeitpunkte der Entlöschung rechtzeitig Kenntnis verschaffen; er ist nicht berechtigt, die Untersuchung bis zur Abnahme anderer, mit dem gleichen Schiffe für ihn angekommener Waren hinauszuschieben.

III. Gegenstand der Untersuchung. 1. Inhalt der Dokumente. HansGZ. **09** Hptbl. 74 (Hamburg). Wandelung nach Einlösung von Konnossement und Police durch den Bankier des Käufers und Verkauf beider Dokumente wegen zusicherungswidriger Warenmarkierung: daß der Käufer erst nach Ablieferung der Ware selbst zur Untersuchung verpflichtet war, schloß die Möglichkeit nicht aus, daß er die Ware schon vorher mit Bezug auf bestimmte Mängel genehmigte. Der Käufer kannte bei Einlösung des Konnossements durch seine Londoner Bankiers den Mangel nicht. Die Bankiers hatten den Käufer nicht mit Bezug auf die Genehmigung von aus dem Konnossement ersichtlichen Mängeln zu vertreten; die Bankiers hatten nur die Vorschußleistung des Käufers und die Inbesitznahme des Dokuments zu vermitteln. Die Verpflichtung des Käufers zur Prüfung der Ware auf konkraktliche Beschaffenheit trat erst nach der Ankunft am Bestimmungsort ein. Da die Einlösung der Dokumente nicht durch den Käufer selbst, sondern im Auslande mit Hilfe einer dortigen Bank erfolgte, so war der Käufer nicht verpflichtet, schon den Inhalt der Dokumente auf daraus ersichtliche Mängel des Kaufgegenstandes selbst prüfen zu lassen.

2. Verpackung. a) SchlHolstAnz. **09** 75 (Kiel). Auf die Verpackung erstreckt sich die Untersuchungspflicht nicht, wenn sie nur ein zur Versendung dienendes Mittel ist (Schaden wegen schlechter Verpackung von Schreibtischen und Säulen; anderer Fall **RG. 59** 122). b) LeipzZ. **09** 794 (Hamburg). Mängel der Verpackung und Fehlen der Nummern und Marken berechtigen den Käufer nur dann zur Zurückweisung der Ware oder der Dokumente, wenn die Reparatur oder Erneuerung der Verpackung mit Unkosten verknüpft, die man dem Käufer billigerweise nicht zumuten darf (verneint bei Reparaturkosten 200 M. gegenüber Warenpreis von 32 708,90 M.). c) HansGZ. **09** Hptbl. 23 (Hamburg). Ungenügende Pressung von zum Exporte bestimmter Ballen Papier ist ein Mangel (auch trotz mangelnden Interesses des japanischen Drittabnehmers), wenn die Brauchbarkeit und Wertschätzung der zum Exporte nach Übersee bestimmten Ballen Papier mit Rücksicht auf die Möglichkeit billigeren Transports durch die stärkere Pressung erhöht wird (vgl. **RG. 59** 122; anderer Fall HansGZ. **1895** 179).

IV. Inhalt der Mängelrüge. 1. R. **09** Ziff. 2522 (Hamburg). Ausreichende Mängelanzeige: das Holz sei nicht first and second, da dies eine Bezeichnung für ganz bestimmte Eigenschaften der Ware, die sich im Holzhandel zwischen Europa und Amerika herausgebildet hat, ist.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1055. Die allgemeine Klage, daß das Ausfallmuster nicht der gekauften Güte entspreche und die Ware noch weit minderwertiger als dieses sei, genügt nicht.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 466. Nur unter besonderen Umständen genügt die Rüge der Probewidrigkeit ohne Grundangabe, wenn nach dem klaren Inhalte des Vertrags und nach der Probe die Rüge nur in einem bestimmten Sinne verstanden werden kann.

4. **RG.** LeipzZ. **09** 59 Ziff. 4. Pflicht zur Rüge ohne Verarbeitung erkennbarer Mängel vor deren Vornahme. Keine genügende Mängelanzeige: die hypothetische Erklärung, die gesamte Lieferung aus dem Abschlusse werde beanstandet werden, falls der Rest nicht besser ausfalle.

5. **RG.** LeipzZ. **09** 229 Ziff. 7, R. **09** Ziff. 578. Keine ordnungsmäßige Mängelrüge: gelegentliche Mitteilungen über die schlechte Beschaffenheit des Bieres an Kutscher und Reisende. Wenn es sich um mehrere aufeinanderfolgende Lieferungen gleichartiger Waren handelt, muß für jede Lieferung der Nachweis ordentlicher und rechtzeitiger Lieferung geführt werden.

V. Abs. 2. Genehmigung. 1. Maßgebendes örtliches Recht. R. **09** Ziff. 1932 (Hamburg). Für die Frage, ob eine unterlassene Rüge als Genehmigung der Ware anzusehen ist, ist das Recht desjenigen Platzes maßgebend, welcher als Erfüllungsort für den Käufer zu gelten hat.

2. Bedeutung bei Probe-, Teil- und Sukzessivlieferungen. a) R. **09** Ziff. 745 (Hamburg). Genehmigung der Ware infolge Nichtrügung der Mängel bei den Probedosen (Sauerkirschen), wenn der Verkäufer daraufhin die Konserven beim Fabrikanten probemäßig anfertigen läßt. Anders, wenn die Waren zur Zeit der Probesendung bereits fertiggestellt waren. **b)** R. **09** Ziff. 2032 (Hamburg). Kein Verlust des Rügerechts bei Sukzessivlieferungen für spätere Lieferungen, die mit demselben Mangel wie die früheren, nicht gerügten Lieferungen behaftet sind, außer wenn bei einer größeren Zahl aufeinanderfolgender Lieferungen sämtliche Waren den gleichen, nicht geheimen Mangel hatten und doch unbeanstandet abgenommen wurden. **c)** R. **09** Ziff. 1933 (Colmar). Bei einer quantitativ teilbaren und nach Einheitspreisen verkauften Ware kann der Käufer, wenn nur ein Teil davon mangelhaft war und dessen Ausscheidung ohne schwierige und zeitraubende Arbeit bewirkt werden kann, nur hinsichtlich des mangelhaften Teiles Wandelung begehren. Er verliert diesen Anspruch nicht dadurch, daß er, bevor die Wandelung vollzogen war, den ursprünglich bezüglich der ganzen Lieferung erhobenen Wandelungsanspruch nachträglich auf den mangelhaften Teil der Lieferung beschränkt.

3. Positive Handlungen. **RG.** LeipzZ. **09** 682. Verlust des Wandelungsanspruchs durch Verarbeitung des größten Teiles der gelieferten Sachen (Gerste) nach Feststellung der Mustermäßigkeit (vgl. auch §§ 467, 351, 352 BGB.).

4. Verhältnis zur Vertragsbedingung. **RG.** JW. **09** 453 Ziff. 5, R. **09** Ziff. 2523. Die Vertragsklausel: Zahlung für gelieferte Maschinen sollte erfolgen, nachdem sie 30 Tage bei dem Käufer im Betriebe gewesen seien und sich ihre Brauchbarkeit erwiesen habe, ist keine Bedingung i. S. §§ 158 f. BGB., die Erfüllung dieser Vertragsbedingung ist nach den Regeln der Vertragserfüllung zu beurteilen. Sind daher die Maschinen nach § 377 Abs. 2 genehmigt, so kann der Käufer keinerlei Rechtsbehelf wegen angeblich fehlerhafter Lieferung geltend machen.

VI. Welche Rechte gehen bei Nichtrüge verloren? 1. Schadensersatz. **RG.** LeipzZ. **09** 672 Ziff. 2. Der Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Vertragserfüllung erfordert beim Sachkauf eine dem § 377 entsprechende Mängelanzeige.

2. Positive Vertragsverletzungen. a) **RG.** LeipzZ. **09** 672 Ziff. 1. Bedeutung des § 377 für positive Vertragsverletzung (§ 326 BGB.): Mangels rechtzeitiger Rüge keine Berufung selbst auf tatsächlich vorgekommene schlechte Lieferungen. **b)** LeipzZ. **09** 405 (KG.). Kein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen nach versäumter rechtzeitiger Mängelrüge.

VII. Anerkennung der Mängel durch den Verkäufer. R. **09** Ziff. 2178 (Hamburg). Die Erklärung des Verkäufers, die vom Käufer gerügte, zur Verfügung gestellte Ware zurücknehmen zu wollen, kann als Anerkennung der Bemängelung aufgefaßt werden, der Schluß ist jedoch nicht zwingend.

VIII. Heimlicher Mangel. HansGZ. **09** Hptbl. 7 (Hamburg). Wurmschmutz bei Pflaumen als heimlicher Mangel anerkannt.

IX. Abs. 5. Arglist. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1608. Ist beim Verkauf eines kosmetischen Mittels an einen Wiederverkäufer dem Verkäufer bekannt, daß sich das Mittel nur einen Monat hält, so handelt er arglistig, wenn er von diesem Mangel keine Mitteilung macht.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1709. Ist aus dem schlechten Zustand einer von auswärts übersandten Ware bei ihrer Ankunft beim Käufer auf ihre schlechte Beschaffenheit schon zur Zeit ihrer Absendung zu schließen, so kann regelmäßig nicht angenommen werden, daß der Verkäufer an eine Täuschung des Käufers denken konnte.

§ 378. Quantitätsmangel. LeipzZ. **09** 170 (LG. Leipzig). Verspätete Mängelrüge bei Zuviellieferung, falls der Käufer die Kiste 6 Wochen uneröffnet stehen ließ, obwohl eine Faktura fehlte.

§ 379. Aufbewahrungspflicht. HansGZ. **09** Hptbl. 74 (Hamburg). Wandelung nach Verkauf des vom Bankier des Käufers bereits eingelösten Konnossements und der Police über die Ware wegen nicht Vorhandenseins der zugesicherten Markierung: der Verkauf erfolgte zu Unrecht und unter Verletzung der im Abs. 1 § 379 bestimmten Aufbewahrungspflicht. Er rechtfertigt sich nicht im Hinblick auf Abs. 2 dieses Paragraphen; denn die Ware war nicht in Gefahr, zu verderben.

§ 381. Wertpapiertausch. **RG.** BankA. **8** 352, BauersZ. **17** 32, JW. **09** 492. Tausch von Waren gegen sich als wertlos erweisende Aktien: Die Auffassung, daß der Kurs eines Wertpapiers eine Sacheigenschaft im Sinne der ersten Alternative § 459 Abs. 1 BGB. sei (wertmindernde Fehler), steht im Widerspruche mit dem feststehenden Grundsatze, daß wohl die Elemente, aus denen der Wert einer Sache sich zusammensetzt, und die nach den Anschauungen des Verkehrs zufolge ihrer Beschaffenheit und ihrer Dauer entscheidenden Einfluß auf die Bewertung ausüben, zu einer Sacheigenschaft werden können, nicht aber der Wert oder Preis oder Kurs einer Sache an sich (**RG. 59** 242, **61** 86). — Im Anschluß an **RG. 63** 61 wird die Ansicht des I. Senats (**RG. 59** 241), daß Zusicherungen über Güte und Wert von Inhaberpapieren oder des Unternehmens, auf das sie sich beziehen, von dem Zusichernden nicht nach Gewährleistungsgrundsätzen zu vertreten sind, sondern daß das Fehlen einer derartigen Eigenschaft nach §§ 437 f. BGB. als Mangel in dem tatsächlichen Bestande des Rechtes erscheine, als nicht unbedenklich bezeichnet. (S. a. BGB. § 459 Ziff. 5c).

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. I. Vertragstypus der Kommission. **RG. 71** 76, LeipzZ. **09** 543. Kommissionsvertrag ein Werkvertrag.

II. Flechtheim, Eigentumsübertragung beim Kommissionsgeschäft, LeipzZ. **09** 48. Kann der Verkaufskommissionär auf den Käufer Eigentum durch Besitzkonstitut (§ 930 BGB.) übertragen? Die Übertragung ist gemäß § 185 BGB. wirksam. Der gute Glaube des Käufers ist gemäß §§ 932 ff. BGB., 366 HGB. nur von Bedeutung,

wenn der Kommittent nicht Eigentümer ist, oder aber der Eigentümer zu der Übertragung seine Einwilligung nicht gegeben hat (Nichtigkeit der Kommission, Überschreitung des Auftrags). Vgl. Spieß, LeipzZ. **08** 690.

§ 384. Abs. 2. Herausgabepflicht. LeipzZ. **09** 330 Ziff. 3 (KG.). Herausgabepflicht des Kommissionärs hinsichtlich des ihm von Hamburger Auktionatoren vergüteten Quaigeldes (Caveling-Spesen) verneint; es handelt sich hierbei um eine nur persönlich gemeinte Vergütung an den Kommissionär. An solchen kann dem Kommittenten kein Anspruch erwachsen, sei es, daß der Kommissionar darauf keinen Anspruch hat, oder daß ihm selbst ein solcher usancemäßig zusteht oder daß in einzelnen Fällen eine Rückvergütung seitens des Kommissionärs an den Kommittenten stattgefunden hat.

§ 387. Überpreise und Kundenprovisionen. SeuffA. **64** 365 (Braunschweig). Kurze Verjährung gemäß § 196 Ziff. 1 BGB. als Ansprüche aus Besorgung fremder Geschäfte der Forderungen des Kommissionärs auf die Überpreise und Kundenprovisionen: hat sich der Kommittent damit einverstanden erklärt, daß der Kommissionär außer der gewöhnlichen Provision die von ihm erzielten Überpreise nebst einem in der Form der Kundenprovision ebenfalls vom Käufer zu zahlenden Preisaufschlage zugute kommen sollten, so lag eine im beiderseitigen Interesse getroffene, von der gesetzlichen Behandlung abweichende Vereinbarung über die Entlohnung des Kommissionärs für die von ihm in seiner Eigenschaft als Kommissionär geleistete Beihilfe zu dem Gewerbebetriebe des Kommittenten, d. h. für die Besorgung fremder Geschäfte vor. Der Anspruch auf Zahlung der vom Kommittenten direkt mit eingezogenen Überpreise und Kundenprovisionen ist ein vertragsmäßiger, und nicht aus auftragsloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung herrührend. Gleiches gilt für den Anspruch auf Rechnungslegung hinsichtlich dieser Forderungen. (S. a. BGB. § 196 Ziff. 2c.)

§ 392. Verfügung über Forderungen. **RG.** LeipzZ. **09** 229 Ziff. 8. Die Vertragsgegnerin eines Kommissionärs muß sich gefallen lassen, daß dieser die Interessen seiner Firma wie seine eigenen geltend macht und aufrechnet. Dieser Satz ist ein anerkannter Satz des Handelsrechts.

§ 394. Abs. 2. Delkredere. SächsRpflA. **09** 42 (Dresden). Haftung des Kommissionärs nach Abs. 2 § 394, wenn er sich in seinen Verkaufsnoten den erzielten Nettoerlös durch den Schlußvermerk „Betrag a conto credito" zur Last geschrieben und seine Säumnis in der Abführung des Betrags damit entschuldigt hat, daß er selbst von seinen Abnehmern noch nicht befriedigt worden sei, sowie wenn er eine besondere Delkredereprovision in Ansatz bringt.

§ 396. Provision. 1. Provisionspflichtige Geschäfte. **a)** SeuffA. **64** 368 (Braunschweig). Versprechen einer Provision auch von nachbestellten Waren kann nicht den Sinn haben, ohne zeitliche Grenze und ohne Rücksicht auf die begleitenden Umstände den Kommittenten zu verpflichten, von sämtlichen Lieferungen, die ohne direkte Vermittelungstätigkeit des Kommissionärs an die von ihm zugeführten Kunden stattfinden würde, Provision zu zahlen. Die weitere Entlohnung soll sich vielmehr auf diejenigen Verkäufe erstrecken, die mit den durch ihn bewirkten Verkäufen in unmittelbarem Zusammenhange standen und sich als eine Ergänzung oder Vervollständigung der vorausgegangenen Bestellungen darstellen. **b)** SeuffA. **64** 285, HansGZ. **09** 5 (Hamburg). Auslieferungsprovision bei Auflösung der Geschäftsverbindung mit dem Kommissionär. Dem in Hamburg ansässigen Verkaufskommissionäre von Mineralien steht ein Anspruch auf Auslieferungsprovision zu, wenn der Kommittent, nachdem die zum Verkaufe bestimmte Ware in den Besitz des Kommissionärs gekommen war, den Verkaufsauftrag widerrufen hat. Für die Frage, ob eine Auslieferungsprovision beansprucht werden kann, ist derjenige Ort maßgebend, an dem der Kommissionär seine Handelsniederlassung

hat (**RG. 17** 31). Besteht für ein bestimmtes Mineral kein ortsüblicher Provisionssatz, so ist es nicht angängig, die Auslieferungsprovision wie für andere Mineralien ein für allemal ohne Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles auf die Hälfte des als Verkaufsprovision vereinbarten Satzes zu bestimmen, sondern nur da wo sich diese innerhalb der im allgemeinen üblichen Grenzen bewegt. Ist eine besonders hohe Verkaufsprovision vereinbart, so muß zunächst festgestellt werden, ob nicht dieser Satz dem Verkaufskommissionär nur mit Rücksicht auf die besondere Schwierigkeit der Herbeiführung von Kausalabschlüssen zugebilligt ist, und im Falle der Bejahung dieser Frage muß das Maß der nach dieser Richtung hin von dem Kommissionär entwickelten Tätigkeit berücksichtigt werden (HansGZ. **83** 278).

2. Anspruch auf Rechnungslegung. SeuffA. **64** 365 f. (Braunschweig). Erlangt der Kommissionär in Abweichung von der regelmäßigen Gestaltung der Kommissionstätigkeit die Verfügungsmacht weder über das Kommissionsgut noch über das dafür gezahlte Kaufgeld, wickelt sich vielmehr die Ausführung der kommittierten Verkäufe unmittelbar zwischen der Kommittentin und den ihr vom Kommissionär namhaft gemachten Käufern durch direkte Zusendung der Maschinen und durch Wechselzahlung an die Verkäuferin ab, so erlangen die Geschäfte des Kommissionärs eine gewisse Ähnlichkeit mit denen des Agenten, weshalb auch die Befugnis des Agenten, bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mitteilung eines Buchauszugs über die durch seine Tätigkeit zustande gekommenen Geschäfte zu fordern (§ 91), analog dem Kommissionär zuzusprechen ist.

3. Provisionsverlust bei Kommissionswiderruf. SächsRpflA. **09** 46 (LG. Dresden). Widerruf einer Verkaufskommission durch Erteilung eines gleichen Auftrags an einen anderen Kommissionär? Kein Widerruf, wenn dieser nicht dem ersten Kommissionär gegenüber erklärt ist, auch wenn dieser von dem zweiten die Erteilung des weiteren Auftrags in Erfahrung gebracht hat. Der Provisionsanspruch des ersten bleibt nach § 324 BGB. gewahrt. Ein späterer Widerruf nach Eintritt der Unmöglichkeit ist ohne Einfluß auf den Provisionsanspruch.

§ 397. Pfandrecht. 1. **RG. 71** 76, JW. **09** 366 Ziff. 15. Der Konkursverwalter kann nicht einen Kommissionsvertrag des Gemeinschuldners mit der Wirkung fortsetzen, daß dem Vertragsgegner an dem nach der Konkurseröffnung in seine Hände gelangten Kommissionsgut ein Pfandrecht gemäß § 397 und daher ein Absonderungsrecht zur Befriedigung seiner vor der Konkurseröffnung erworbenen Kommissionsforderungen erwachse, weil der Kommissionsvertrag nach § 23 Abs. 2 KO. als Werkvertrag infolge der Eröffnung erloschen ist.

2. **RG. 71** 337, JW. **09** 474 Ziff. 46. Beschränkung des Pfandrechts im Falle des § 8 Abs. 2 BankDepG. s. das. und o. zu § 366 Ziff. IV.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. **RG.** EisenbE. **25** 285. Wenn der auswärtige Käufer auf eine Anfrage des Verkäufers hin diesen anweist, die gekaufte Ware seinem Spediteure, der den Transport nach dem Wohnsitze des Käufers zu besorgen hat, zu übergeben, so gilt der Regel nach diese Übergabe als Ablieferung im Sinne des § 377 Abs. 1 HGB. Deshalb muß die daselbst vorgeschriebene Untersuchung der Ware in solchen Fällen jedenfalls bezüglich offener Mängel am Wohnorte des Spediteurs durch diesen erfolgen.

§ 411. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 195 ff. § 411 ist zugunsten vorgehender Frachtführer, § 441 zugunsten vorgehender Spediteure analog anzuwenden. Die Pflicht zur Rechtsausübung verpflichtet zur Besitzerhaltung und zur Forderungseinziehung. Schuldhafte Pflichtverletzung macht ersatzpflichtig. Die Pflicht besteht außer gegenüber den Vormännern auch gegenüber bestimmten son-

stigen Berechtigten. Die Formulierung der §§ 411 und 441 ist vielfach mangelhaft. — 274 ff.: Die Regeln der §§ 411 Abs. 2, 441 Abs. 2, 3 ergeben sich schon aus den Vorschriften des BGB.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Boethke, Die Ablieferung des Frachtguts, GruchotsBeitr. **53** 314 ff. — Senckpiehl, Die Erhaltung des Frachtführerpfandrechts, EisenbE. **25** 204.

§§ 429 ff. *Boethke, Die Ablieferung des Frachtguts, GruchotsBeitr. **53** 314 ff. Die Ablieferung des Frachtguts kann nicht immer im strengen Sinne Zug um Zug gegen Zahlung erfolgen. Dies trifft namentlich für Massengüter zu. Die Ablieferung muß dann unter den Beteiligten nach billigem Ermessen und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, wie es der Einzelfall erfordert, geregelt werden. Unter Umständen kann der Frachtführer vorherige Sicherheitsleistung fordern, andererseits muß er sich je nach Lage der Sache mit einer Sicherheit, z. B. Hinterlegung von Geld bei einer Bank, Stellung von Bürgen, begnügen. Er muß unter Umständen auch — ohne besondere Sicherheitsleistung — wenigstens einen Teil des Frachtguts zunächst abliefern. Vorherige Vereinbarungen über die Art der Ablieferung sind zulässig und erwünscht. Vereinbarungen sind im Zweifel nach obigen Gesichtspunkten auszulegen (zwei Beispiele hierfür werden gegeben).

§ 429. 1. **RG.** JW. **09** 734. Der Frachtführer hat, sobald das Frachtgut in seinen Händen Schaden erleidet, für eine unaufgeklärte Schadensursache einzustehen. Nur ausnahmsweise kann er sich von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, daß ihn hinsichtlich aller möglicherweise in Betracht kommenden Ursachen offenbar kein Verschulden trifft.

2. **RG.** EisenbE. **26** 24, LeipzZ. **09** 240. Wird auf Grund des Frachtvertrags Schadensersatz wegen Beschädigung des Frachtguts beansprucht, so braucht der Kläger in der Regel nicht mehr zu beweisen, als daß die Beschädigung und damit der Schaden in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung des Frachtguts durch den Frachtführer eingetreten ist. Sache des Frachtführers ist es alsdann, den Exkulpationsbeweis zu führen. Für die Eisenbahn als Frachtführerin ist dieser Entlastungsbeweis inhaltlich beschränkt, woraus sich ihre im Verhältnisse zu dem gewöhnlichen Frachtführer verschärfte Haftung ergibt (vgl. § 456).

3. *Gößmann, ZVersWiss. **09** 386. Die Lebensversicherungspolice ist Wertpapier im Sinne des Abs. 2.

§ 432. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 118 ff. Hier liegt eine gesetzliche Schuld mit übernahme (kum. Schuldüb.) vor.

2. SchlHolstAnz. **09** 54 (Kiel). Der bahnamtliche Rollfuhrunternehmer ist nicht als Unterfrachtführer, sondern als Angestellter der Eisenbahn im Sinne der EisenbVerkO. zu betrachten, und es entsteht deshalb dadurch, daß er die Beförderung des Frachtguts zur Behausung des Empfängers von der Bahn aus bewirkt, kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Absender.

§ 436. 1. **RG.** JW. **09** 502. Die Vorschrift des § 436 kommt zur Geltung, wenn der Frachtführer Frachtbrief und Frachtgut ausgeliefert hat, ohne daß der Empfänger die aus dem Frachtvertrage hervorgehenden Verpflichtungen Zug um Zug erfüllte und ohne daß die Verpflichtungen des Empfängers gegenüber dem Frachtführer durch besonderen Vertrag geregelt wurden. Für diesen Fall bestimmt § 436, daß der Empfänger durch die Annahme des Gutes und des Frachtbriefs verpflichtet wird, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten. Diese Verpflichtung entspringt nicht aus dem zwischen dem Absender und dem Frachtführer abgeschlossenen Frachtvertrag und ebensowenig empfängt sie ihre nähere Regelung durch den Frachtvertrag ,sondern sie wird vom Gesetz als selbständige Verbindlichkeit aufgestellt. Ihre Entstehung wird an die Tatsache der „Annahme des Gutes und des

Frachtbriefs" geknüpft, und ihre Grenzen werden durch den Inhalt des Frachtbriefs, nicht des Frachtvertrags bestimmt. Als unrichtig erweist sich hiernach die in der Literatur vertretene Ansicht, daß der Empfänger durch die Annahme des Gutes und des Frachtbriefs in den Frachtvertrag eintrete. Ebensowenig ist die Auffassung haltbar, es solle im § 436 nur ausgesprochen werden, daß die Eisenbahn nicht eher berechtigt sei, die Frachtzahlung vom Empfänger zu beanspruchen, als bis sie selbst die Vertragsleistung erfülle, d. h. Gut und Frachtbrief übergebe.

2. EisenbE. **25** 360 (Bezirksger. f. Handelss. Wien). Der Frachtvertrag ist ein zugunsten des Empfängers geschlossener Vertrag, aus dem dem Empfänger unmittelbar Rechte erwachsen, die von einem bestimmten Zeitpunkt an den Rechten des Absenders vorgehen. Es ist deshalb nicht abzusehen, worin eine besondere Unbilligkeit eines nachträglich gegen den Empfänger erhobenen Nachzahlungsanspruchs gelegen sein sollte und weshalb er eher gegen den Absender als gegen den Empfänger statthaft wäre.

3. EisenbE. **25** 387 (Bezirksger. f. Handelss. Wien). Wenn die Eisenbahn Güter, deren Fracht nach dem Bodenflächentarife zu berechnen ist, unterwegs in einen Wagen mit geringerer Bodenfläche umlädt, so ist sie nicht berechtigt, der Frachtberechnung für die ganze Strecke die Bodenfläche des zuerst verwendeten Wagens zugrunde zu legen. Rückforderungsansprüche gegen die Bahn aus diesem Titel fallen nicht unter die Bestimmung des § 97 Abs. 1 VerkO., erlöschen also nicht durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht, sondern sind der einjährigen Verjährung des § 71 Abs. 1 daselbst unterworfen.

§ 438. (§ 97 EisenbVerkO.) 1. *Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn (2) 240 ff. § 32. Unter Annahme im Sinne des § 438 HGB. und Abnahme im Sinne des § 97 EisenbVerkO. ist der — in der Regel mit der Ablieferung zusammenfallende — Vorgang zu verstehen, durch den der Empfänger das Gut in die tatsächliche Verfügungsgewalt übernimmt. Ebenda 254: Den Berechtigten trifft die Beweislast dafür, daß der Schaden äußerlich nicht erkennbar war.

2. EisenbE. **25** 367, LeipzZ. **09** 161 (Hamburg). Unter Annahme im Sinne des § 438 ist „Annahme als Erfüllung" zu verstehen, also Annahme in dem Bewußtsein, damit am Erfüllungsgeschäfte mitzuwirken. Eine solche Annahme liegt zwar noch nicht in der Entgegennahme durch einen mit der bloß körperlichen Übernahme des Gutes Beauftragten. Aber sie findet in solchen Fällen ihren unzweifelhaften Ausdruck in dem längeren Behalten des Gutes.

§ 440. 1. *Boethke, GruchotsBeitr. **53** 314 ff. Das Pfandrecht des Frachtführers ist den Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht unterworfen. Es unterscheidet sich von diesem Pfandrechte jedoch in zwei wesentlichen Punkten: Die Aushändigung des Frachtguts folgt nicht der Bezahlung der Fracht, sondern hat Zug um Zug zu erfolgen. Das Pfandrecht wird durch die Notwendigkeit der Zug-um-Zug-Erfüllung unter Umständen beschränkt. Ferner dauert das Pfandrecht nach der Ablieferung unter Umständen noch fort, ausgenommen bei internationalen Eisenbahntransporten.

2. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 466 ff. Zur Erhaltung des Pfandrechts gemäß Abs. 3 genügt nur die Herausgabeklage (auch die Klagen aus §§ 1004, 1005 BGB. genügen nicht). Das Pfandrecht erlischt nur durch dauernden Besitzverlust des Empfängers. Bösgläubigkeit des Erwerbers ist nach Ablauf der drei Tage gleichgültig; innerhalb der drei Tage wird guter Glaube geschützt.

3. Senckpiehl, EisenbE. **25** 204, erörtert die verschiedenen Möglichkeiten der Erhaltung des Frachtführerpfandrechts in dem in der Praxis häufigen Falle, daß das Gut bereits vor Zahlung der Rollgebühren von dem Rollfuhrunternehmer herausgegeben wird.

§ 442. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 201 ff. Satz 1 ist eine überflüssige Bestimmung. Im Falle des Satz 2 bestehen die Rückgriffsforderungen weiter, soweit sie den Erlös übersteigen, der bei Verwertung des Pfandes erzielt worden wäre. Bei schuldhafter Ablieferung ohne Zahlung ist der Abliefer trotz rechtzeitiger Klage schadensersatzpflichtig, doch bleiben hier die Rückgriffsrechte bestehen.

§ 443. *Emmerich aaO. 78 ff. Das Wertbesserungsprinzip des § 443 gilt auch für die auf verschiedenen Reisen entstandenen Pfandrechte. Es gilt aber nicht gegenüber den Pfandrechten des BGB. und der ZPO. Für die nichtprivilegierten Reiseforderungen entsteht ein besonderes Pfandrecht, so daß ein Transporteur regelmäßig zwei selbständige Pfandrechte erlangt. Beim Hinzukommen bürgerlicher Pfandrechte können sich im Gesetze nicht geregelte Konfliktsfälle ergeben, — 275 ff.: soweit der leistende Beförderer in den Fällen der §§ 411 Abs. 2, 441 Abs. 2, 3 gutgläubig annimmt, er bezahle eine privilegierte Pfandforderung, erhält er ein privilegiertes Pfandrecht.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Literatur: Barthos, Ungarisches Eisenbahnrecht. — Boethke, Nichtübereinstimmung des Frachtbriefduplikats mit dem Frachtbriefe, EisenbahnE. 25 427. — Die Anlage C der neuen deutschen Eisenbahn-Verkehrsordnung, Zschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 90. — Die grundlegenden Bestimmungen über die Haftpflicht der Eisenbahnen für Verlust, Minderung und Beschädigung im Internationalen Übereinkommen und im internen Verkehre der Vertragsstaaten, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 385. — Die neue deutsche Eisenbahn-Verkehrsordnung, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 3. — Eger, Das Internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr in der Fassung des Zusatzübereinkommens vom 19. September 1906. Gültig vom 22. Dezember 1908. Kommentar. 3. Auflage. — Derselbe, Die Benachrichtigung des Absenders von Ablieferungshindernissen im Internationalen Eisenbahnfrachtverkehre, EisenbE. 25 442. — Epstein, Die neuen Zusatzbestimmungen zum Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr. — Frachtbrief und Konnossement, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 226. — Gareis, Die Eisenbahn-Verkehrsordnung für das Deutsche Reich vom 23. Dezember 1908. Textausgabe mit Anmerkungen. — Internationale Regelung des Personen- und Gepäckverkehrs, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 90. — Fanzer und Burger, Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 mit Anmerkungen. — Karrmann, Steht die Erstattung von Wagenstandgeld aus Billigkeitsgründen im Einklange mit § 6 Abs. 3 EisenbVerkO.? EisenbVerZ. **09** 413. — de Leeuw, Le transport international des voyageurs et des bagages par chemins de fer. — Les retards de livraison dans la convention de Berne, d'après la jurisprudence internationale. Bulletin de la Mutuelle-Transports, Februar- und Märznummer. — v. der Leyen, Neuerungen im Eisenbahnfrachtrechte des internationalen und des Binnenverkehrs der mitteleuropäischen Staaten, GoldschmidtsZ. **65** 1 ff. — Marchesini, Il contratto di transporto delle merci per ferrovia, secondo la convenzione internationale di Berna e la legislazione italiana. 1, Band. — Pietsch, Der Eisenbahngüterverkehr (deutsch und international). Nach dem neuesten Stande der Vorschriften der Eisenbahn-Verkehrsordnung, des Internationalen Übereinkommens, der deutschen Eisenbahntarife 2c. — Pietsch und Molsen, Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 23. Dezember 1908. — Schunck, Die rechtliche Bedeutung der auf Grund der Artikel 42, 43 und 45 der Reichsverfassung erlassenen Bundesratsverordnungen, EisenbE. **26** 105. — Senckpiel, Haftet die Eisenbahn für Mängel der den Absendern überlassenen bahneigenen Wagendecken? EisenbE. **26** 89. — Über den Umfang der Verpflichtungen, welche durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs auf den Empfänger übergehen, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 151. — Ullmann, Wichtige Neuerungen im Eisenbahngüterverkehre nach dem Inkrafttreten des mit dem 1. April 1909 einzuführenden neuen Eisenbahnbetriebsreglements. — Weber, Die Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung, SeuffBl. **09** 289.

Weber, SeuffBl. **09** 289, erörtert die Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung. Seine Auffassung ist folgende: Der Eisenbahnfiskus haftet I. außervertragsmäßig, d. h. wegen unerlaubter Handlung 1. nach BGB. wie jeder andere aus § 823 für eigenes Verschulden in allen Fällen, 2. nach den Sonderbe-

stimmungen des HaftpflG. und nach dem preußischem Landesgesetze von 1838 für alle Schäden beim Betrieb an Personen und Sachen, ohne Nachweis eines Verschuldens, außer bei eigenem Verschulden des Verletzten, 3. für seine berufenen Willensvertreter wie für eigenes Verschulden nach §§ 31, 89 und 831 BGB., für Handlungen von Nichtvertretern nur bei Verschulden in der Auswahl und Überwachung; II. aus Verträgen 1. nach bürgerlichem Rechte wie jeder andere Schuldner aus bürgerlichen Verträgen, jedoch nach § 278 auch für seine gesetzlichen Vertreter und seine Hilfspersonen, 2. nach Handelsrecht für die Beförderung von Gütern und Personen nach den Bestimmungen des HGB. als Bahnfrachtführer und nach der VerkO. für Personenbeförderung, jedoch dabei auch für seine Leute und andere Personen, deren er sich zur Ausführung dieser Beförderung bedient. (S. a. BGB. § 823 Ziff. I 8 f. β).

§ 455. *Boethke, EisenbE. **25** 427. Bei Abweichung des Frachtbriefduplikats vom Frachtbrief ist stets der Frachtbrief maßgebend. Die Eisenbahn haftet aber unter Umständen für den Schaden, der daraus entsteht, daß sie die Übereinstimmung des vom Absender überreichten Duplikats mit dem Frachtbriefe nicht ordnungsmäßig prüft. Soweit der Inhalt des Frachtbriefs entkräftet werden kann und entkräftet wird, fällt seine Maßgeblichkeit fort. Wenn der Frachtbrief nicht mehr vorhanden ist, wohl aber das Duplikat, so ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß das Duplikat mit dem Frachtbrief übereinstimmt. Hat der Absender dem Empfänger das Duplikat übersendet und hat dieser das Verfügungsrecht über das Gut erlangt, so sind die Rechtsbeziehungen zwischen der Eisenbahn und dem Empfänger bei Abweichung des Duplikats vom Frachtbriefe dieselben wie zwischen dem Absender und der Bahn. Für das Verhältnis zwischen dem Absender und Empfänger hat es keine frachtrechtliche Wirkung, wenn das Duplikat vom Frachtbrief abweicht, denn auch das unrichtige Duplikat erfüllt den frachtrechtlichen Zweck, den Empfänger vor unberechtigten Verfügungen des Absenders zu schützen. Die etwaigen zivilrechtlichen Wirkungen hängen von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ab.

§ 456. (§ 84 EisenbVerkO.) 1. *Rundnagel, Haftung der Eisenbahn (2) 171 § 20 Anm. 21. Hat die Eisenbahn das Gut zu ver- oder zu entladen, leistet sie hierbei mehr, als ihr an sich obliegt — setzt sie z. B. das zu entladende Gut nicht an der Rampe des Güterschuppens ab, sondern schafft sie es in das Landfuhrwerk des Empfängers —, so haftet sie auch für diese Tätigkeit auf Grund des Eisenbahnfrachtvertrags. — Ebenda 147 ff.: Der Unterschied zwischen Gut und Verpackung ergibt sich aus folgendem: Eine Ware ist unverpackt, wenn sie ohne jegliche Umhüllung der Eisenbahn übergeben wird, so wenn Kartoffeln oder Getreide ungesackt in den gedeckten Wagen geschaufelt, Flüssigkeiten, z. B. Spiritus in den Bassinwagen gegossen, ein Möbelstück, so wie es gebraucht wird, dem Lademeister übergeben wird. Kommen dagegen die Kartoffeln usw. in Säcken, der Spiritus in Fässern, ein Tisch mit umwickelten Beinen zum Versande, dann liegt eine Verpackung vor. Unerheblich ist hierbei, ob die Verpackung schon von vornherein vorhanden war — ein Faß Wein z. B. schon jahrelang im Keller gelagert hat — ob sie vorhanden sein muß, um das Gut — z. B. Flüssigkeiten — zu individualisieren oder zusammenzuhalten. Ein verpacktes Gut kann nun noch einmal verpackt und dies bis ins Endlose fortgesetzt werden. Ferner können mehrere verpackte Güter mit einer gemeinsamen weiteren Verpackung umschlossen, z. B. 10 Kistchen Zigarren in eine große Kiste verpackt werden. In solchen Fällen wird man unter der Verpackung nur die äußerste Schutzhülle zu verstehen haben, also z. B. die große Kiste, welche die 10 Zigarrenkistchen aufgenommen hat.

2. **RG.** EisenbE. **26** 24, LeipzZ. **09** 240. Eine Adresse im Frachtbriefe, die einfach lautet „E. P., Cöln a. Rh.“, während E. P. tatsächlich seinen Wohnsitz in Berlin hat, ist ungenügend und irreführend. Indem die im Frachtbriefformulare für den Wohn-

sitz des Adressaten vorgesehene Spalte unausgefüllt gelassen und lediglich die Empfangsstation angegeben ist, muß der Eindruck erweckt werden, daß Wohnsitz des Adressaten und Empfangsstation zusammenfallen, und eine mit der Adresse konforme Avisierung ist durchaus korrekt. Die Adresse hätte richtig lauten müssen „E. P. in Berlin, Empfangsstation Cöln a. Rh.". Wenn aber nun die Avisierung als unbestellbar zurückkommt und hierdurch die Güterabfertigungsstelle darauf hingewiesen ist, daß die Adressierung im Frachtbrief eine ungenaue und der Ergänzung bedürftig war, so ist es ebenso naheliegend als geboten und der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprechend, daß die bei der Güterabfertigungsstelle eingekommenen Vollmachten und Anweisungen nachgesehen werden. Geschieht dies nicht und wird dadurch die Auslieferung noch weiter verzögert, so liegt konkurrierendes Verschulden des Absenders und der Eisenbahn vor, und ein entstandener Schaden ist entsprechend zu verteilen.

§ 457. Abs. 3. (§ 466 Abs. 4; § 95 EisenbVerkO.) *Rundnagel, Haftung der Eisenbahn (2) 209 ff. § 28 Anm. 3. Der Absender kann stets auch den dem Empfänger entstandenen Schaden ersetzt verlangen und umgekehrt. Die Eisenbahn hat auch für den Schaden aufzukommen, den ein Dritter erleidet, der mit dem Absender oder Empfänger in einem Rechtsverhältnisse steht, auf Grund dessen das Interesse an der Ausführung des Frachtgeschäfts nicht bei diesem, sondern beim Dritten besteht.

§ 459. Abs. 1 Ziff. 3. (§ 86 Abs. 1 Ziff. 3 EisenbVerkO.) *Rundnagel, Haftung der Eisenbahn (2) 167 § 20 Anm. 10. Für einen vor Abschluß des Frachtvertrags infolge mangelhafter Verladeeinrichtungen entstandenen Schaden haftet die Eisenbahn, wenn es sich um Einrichtungen handelt, a) die ohne weiteres jedem Absender zur Verfügung stehen: lediglich außervertraglich, b) für die eine sog. Nebengebühr erhoben wird: nach §§ 535 ff. BGB. Ebenda 170: Stellt die Eisenbahn dem Absender Wagendecken zur Verfügung, so liegt lediglich eine Erweiterung des Frachtvertrags, nicht aber ein selbständiger, neben dem Frachtvertrage herlaufender Mietvertrag vor. (Anders Senkpiehl vgl. u. EVO. § 66 Ziff. 1.)

Ziff. 4. SeuffA. **63** 414 (Königsberg). Bier gehört nicht zu den Gütern, die infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit der besonderne Gefahr ausgesetzt sind, Schaden durch Frost zu erleiden.

Ziff. 5. EisenbE. **25** 375, EisenbVerZ. **09** 216 (München). Das Entspringen eines Hundes ist zwar ein Schaden, der aus der mit der Beförderung des Hundes verbundenen besonderen Gefahr entsteht, begründet aber für die Bahn die Verpflichtung, auf diesen Hund, wenn sie ihn wieder einfängt, besonders sorgfältig zu achten, um nicht aus § 459 Abs. 3 haftpflichtig zu werden. Denn die Bahn ist durch die Vorschrift des § 459 Abs. 1 Ziff. 5 nicht schlechtweg von jeder Haftung für die von ihr zu befördernden lebenden Tiere befreit. Sie hat vielmehr auch beim Transporte lebender Tiere in der Behandlung des Gutes die Pflichten eines ordentlichen Frachtführers zu erfüllen; sie hat demnach auch hierbei die Gewahrsamspflicht und daher entsprechend der Gepflogenheit eines ordentlichen Frachtführers Vorsorge zu treffen, um sich im Besitze des Frachtguts zu erhalten, damit von ihr der Beförderungsauftrag zur Ausführung gebracht werden kann.

Vgl. a. o. § 429.

§ 462. Gößmann, ZVersWiss. **09** 386. Die Lebensversicherungspolice ist Wertpapier im Sinne dieser Vorschrift.

§ 466. Vgl. § 429.

Eisenbahn-Verkehrsordnung.

Vorbemerkung: Der Wortlaut und die Paragraphenzahlen der neuen EVO. sind gegenüber der früheren Fassung mehrfach abgeändert. Die nachstehend angegebenen Paragraphenzahlen sind entsprechend der neuen Fassung eingefügt worden, weil in der

Praxis zumeist wohl schon die neue EVO. benutzt wird. Da jedoch den im Auszuge wiedergegebenen Entscheidungen fast durchweg noch der alte Text der EVO. zugrunde gelegt ist, so ist bei Benutzung der Auszüge einige Vorsicht geboton. Denn es muß mindestens als zweifelhaft bezeichnet werden, ob die Entscheidungen sämtlich ebenso ausgefallen wären, wenn den Erkenntnissen schon die neue EVO. zugrunde gelegen hätte. Eine übersichtliche Zusammenstellung der alten und neuen Paragraphenzahlen enthält der im vorigen Bande dieses Jahrbuchs angeführte kleine Kommentar von Blume.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

1. Schunck, EisenbE. **26** 105. Die Bundesratsverordnungen in Eisenbahnsachen sind Gesetze und rechtsgültige Vorschriften im Sinne des § 5 Ziff. 4 des Reichsgesetzes betreffend Errichtung eines Reichseisenbahnamts v. 27. Juni 1873; daher kann auf die Behauptung, eine vom Reichseisenbahnamte verfügte Maßregel sei nach den Bundesratsverordnungen nicht begründet, die Gegenvorstellung an das durch Richter verstärkte Reichseisenbahnamt gestützt werden. Sie sind ferner Gesetze im Sinne des § 549 ZPO., § 6 EGZPO., § 376 StPO., so daß eine Verletzung der Verordnungen durch gerichtliche Entscheidung die Revision begründen kann. Bis zur Erhebung der VerkO. zu einer Privatrechtsnorm mußte es allerdings sein Bewenden dabei haben, daß die Bestimmungen des Betriebsreglements als bloße Vertragsabreden der Nachprüfung durch den Revisionsrichter nicht unterliegen. Die Bundesratsverordnungen sind endlich bestehendes Recht im Sinne der §§ 126, 93 ff., 127 PrLandesverwaltG. Aus dem Rechtscharakter der Eisenbahnverordnungen ergibt sich weiterhin, daß das allgemeine Reichsgesetzesrecht subsidiär für das besondere Verordnungsrecht gilt, z. B. das HGB. für die EisenbVerkO. und das StGB. für die Bahnpolizeireglements.

2. v. der Leyen, GoldschmidtsZ. **65** Heft 1/2, erörtert die Neuerungen im Eisenbahnfrachtrechte der mitteleuropäischen Staaten, insbesondere die Umarbeitung der deutschen EisenbVerkO. und das letzte Zusatzübereinkommen zum IntÜb. v. 19. September 1906. Er gibt der Auffassung Ausdruck, daß die Neubearbeitung der VerkO. zwar einige Verbesserungen bedeute, aber diese einseitige Abänderung des deutschen Verkehrsrechts ohne gleichzeitige entsprechende Änderung des IntÜb. und des frachtrechtlichen Teiles des Betriebsreglements des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen doch zu bedauern sei, zumal eine zwingende Notwendigkeit für die Neubearbeitung der VerkO. nicht vorgelegen habe. Er erachtet eine immer weitere Annäherung des Binnenfrachtrechts der am IntÜb. beteiligten Staaten für wünschenswert, weshalb ihm die Abänderung des Textes der VerkO., der bislang dem des IntÜb. tunlichst angepaßt war, als ein Rückschritt erscheint. Auch hält er es für zweifelhaft, ob die Gerichte bei Auslegung der neuen VerkO. es immer anerkennen werden, daß trotz der Änderung des Wortlauts einer Vorschrift ihr Sinn derselbe geblieben ist. Jedenfalls hält er es für dringend erforderlich, nunmehr durch eine Umarbeitung des IntÜb. und seiner Anlage 1 die frühere Einheitlichkeit bald wieder herzustellen.

3. Z. f. d. int. EisenbTr. **09** 3. Die neuen Bestimmungen der VerkO. werden einer kritischen Würdigung unterzogen. Vgl. auch Z. f. d. int. EisenbTr. **09** 122: Die Anlage C der neuen deutschen EisenbVerkO.

III. Beförderung von Personen.

§ 13. Ziff. 1. EisenbVerZ. **09** 1181 (BezG. f. Handelss. Wien). Der Vertrag mit der Schlafwagengesellschaft kommt mit der Bezahlung der Bettkarte zustande. Die Zuweisung eines besonderen Zettels durch den Schaffner ist nur eine innere Verwaltungseinrichtung. Der Käufer der Bettkarte hat das Recht, an jeder ihm beliebigen Station zwischen dem Ausgangspunkt und dem Ziele der Reise den Platz zu beziehen.

§ 26. Ziff. 8. EisenbVerZ. **09** 264 (ÖstObGH.). Die Verlautbarung der Zugverspätungen bezweckt nichts anderes, als die Bekanntgabe der Verschiebung der fahrplanmäßigen Abfahrtszeit auf einen späteren Zeitpunkt. Die Bahn ist jedoch zur Angabe dieses Zeitpunkts nicht verpflichtet und bei einer etwaigen früheren Abfahrt des Zuges nicht schadensersatzpflichtig, da jeder vernünftige Reisende einsehen muß, daß die Bahn Zugverspätungen einzubringen bestrebt ist und die Ankunft der verspäteten Züge sich im voraus nicht genau bestimmen läßt.

VIII. Beförderung von Gütern.

§ 56. Ziff. 1 f. EisenbE. **25** 379 (BezG. f. Handelss. Prag). Eine Verschleppung des Gutes, die dadurch zustande gekommen ist, daß die vom Verlader im Frachtbrief einzusetzende Wagennummer falsch angegeben wurde, verpflichtet die Bahn nicht zum Schadensersatze. Die dem Absender obliegende Verpflichtung zur Eintragung der Wagennummer befreit die Bahn unbedingt von der Verpflichtung, sich durch irgendwelche Untersuchung des Wageninhalts die Überzeugung zu verschaffen, ob die vom Absender angegebene Wagennummer tatsächlich auch mit dem vom Absender bezeichneten Wageninhalt übereinstimmt.

§ 57. EisenbE. **26** 3 (BezG. f. Handelss. Wien). Laut Zusatzbestimmung I zu § 57 des Tarifs Teil I Abt. A ist der Anspruch auf Anwendung eines Ausnahmetarifs nur dann erworben, wenn die betreffenden Deklarationen des Absenders in dem festgesetzten Wortlaut an den hierfür vorgesehenen Stellen des Frachtbriefs angebracht sind. Dem Erfordernisse des festgesetzten Wortlauts ist nicht entsprochen, wenn ein Ausdruck durch einen anderen ersetzt wird, der den ersten nicht in sich begreift.

§ 58. Ziff. 2. EisenbE. **26** 54 (BezG. f. Handelss. Wien). Wenn auch die Eisenbahn das Gewicht eines Stückguts bei der Aufgabe nicht sofort festgestellt hat und sonach die Vermutung für die Richtigkeit der vom Absender im Frachtbriefe vorgeschriebenen Gewichtsziffer spricht, so kann doch die Bahn am bezüglichen Gegenbeweise nicht gehindert werden.

Ziff. 3. EisenbE. **25** 359 (BezG. f. Handelss. Wien). Unter einer Gebühr ist eine ihrer Höhe nach im voraus einheitlich bestimmte Gegenleistung zu verstehen, die von der gebührenpflichtigen Partei für eine von ihr verlangte Leistung zu entrichten ist. Ist die Gebühr der Einheitssatz für eine bestimmte Leistung, dann muß sie auch ebenso oft bezahlt werden, wie die Leistung verlangt wurde.

§ 63. Abs. 5, 6. Rundnagel, Haftung der Eisenbahn (2) 8 ff. § 2 Anm. 6. Die durch den Wagenbestellungsvertrag begründeten Rechte und Pflichten enden mit der Wagengestellung. Für Beschädigungen usw., die während der Verladung Güter erleiden, die der Absender zu vertreten hat, haftet die Eisenbahn nur außervertraglich.

§ 64. (Vgl. § 76 Ziff. 2.) EisenbE. **25** 374. Eine Vereinbarung über den späteren Beginn der Lieferfrist ist nicht wirkungslos, auch wenn sie aus dem Frachtbriefe nicht ersichtlich ist. Der Empfänger muß daher eine solche Vereinbarung gegen sich gelten lassen.

§ 66. 1. Abs. 3. Senckpiehl, EisenbE. **26** 89, vertritt gegenüber Rundnagel die Ansicht, daß bei Überlassung bahneigener Wagendecken nicht eine Erweiterung des Frachtvertrags, sondern ein Mietvertrag vorliegt, der allerdings als Nebenvertrag neben einem Hauptvertrage, dem Frachtvertrag, abgeschlossen ist. Dies bewirkt, daß die Regeln des Mietrechts nicht ausschließlich zur Geltung gelangen, sondern durch frachtrechtliche Regeln beeinflußt werden. Insoweit die EisenbVerkO. und der Tarif auch Vorschriften über den Deckenmietvertrag enthalten, finden diese in erster Linie Anwendung. Sie gelten vor allem für die Forderung der Eisenbahn auf Vergütung aus dem Deckenmietvertrage, sie wird wie eine Forderung aus dem Frachtvertrage behandelt. Wenn die Eisenbahn schuldhafterweise fehlerhafte Decken

übergibt, so haftet sie für den vollen daraus entstehenden Schaden, auch wenn dem Absender eine leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

2. EisenbVerZ. **09** 847 (LG. I Berlin). Mietweise überlassene Wagendecken sind vom Empfänger an der Stelle und an die Bahnorgane zurückzugeben, die in der ihm bei Aushändigung des Frachtbriefs übergebenen Anweisung vorgeschrieben sind, widrigenfalls er zur Zahlung der tarifmäßigen Verzögerungsgebühr verpflichtet ist.

§ 73. Ziff. 3 Satz 1. EisenbE. **25** 363 (BezG. f. Handelss. Wien). Trifft der Absender eine nichtige Verfügung, so ist der Absender der Eisenbahn dafür verantwortlich, daß er eine nichtige Verfügung getroffen hat, und es steht daher seinem Anspruch auf Rückzahlung entrichteter Frachtgebühren der Schadensersatzanspruch der Bahn in gleicher Höhe compensando zu.

§ 76. Ziff. 1. EisenbE. **25** 293 (HanduWechselG. Budapest). Die im § 75 festgesetzten Fristen sind nur Höchstfristen, die Bahn ist jedoch verpflichtet, auch das früher angelangte Gut sofort dem Empfänger auszuhändigen. Kann das vor Ablauf der Lieferfrist angekommene Gut nicht sofort ausgeliefert werden, weil der Frachtbrief infolge Verschuldens der Bahn nicht mit dem Gute angekommen ist, so muß die Bahn für den Schaden aufkommen, der infolge der verzögerten Auslieferung des Gutes entstanden ist.

Ziff. 2. EisenbE. **25** 374 (ÖstObGH.). Für den Empfänger sind nicht allein die durch den Frachtbrief, sondern die durch den Fracht*vertrag* begründeten Rechte und Verbindlichkeiten entscheidend. Denn der Frachtbrief ist nur eine Beweisurkunde, und es müssen nicht alle Bestimmungen des Frachtvertrags, um rechtsverbindlich zu sein, in den Frachtbrief aufgenommen werden. Eine Vereinbarung über den späteren Beginn der Lieferfrist ist nicht wirkungslos, auch wenn sie aus dem Frachtbriefe nicht ersichtlich ist.

Ziff. 4. **RG.** JW. **09** 502. Zurückzuweisen ist die in der Rechtslehre aufgestellte Ansicht, daß der Empfänger des Frachtguts durch die Bezugnahme des Frachtbriefs auf die EisenbVerkO. zur Erstattung aller Barauslagen, insbesondere der Zollgefälle, verpflichtet werde, auch wenn sie sich nicht aus dem Frachtbrief ergäben. Der Empfänger ist nur nach Maßgabe der EisenbVerkO. verpflichtet, und diese hat ihm die Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Frachtbriefe nicht ersichtlichen, nachträglich erhobenen Zolles nicht auferlegt (vgl. auch § 436 HGB.).

Ziff. 4. EisenbE. **26** 1 (ÖstObGH.). Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die nachträglich bemessene Mehrgebühr an Fracht zu bezahlen, wenn die im Frachtbriefe berechnete Fracht infolge ungenauer oder ungenügender Deklaration zu niedrig berechnet worden ist. Denn er hat an der Deklaration nicht teilgenommen, und der Mehranspruch der Bahn aus Anlaß der unrichtigen Bezeichnung des Gutes befindet sich nicht unter den im Frachtbrief ersichtlich gemachten Beträgen.

§ 78. SchlHolstAnz. **09** 54 (Kiel). Der bahnamtliche Rollfuhrunternehmer ist nicht als Unterfrachtführer im Sinne des § 432 HGB., sondern als Angestellter der Eisenbahn zu betrachten, und es entsteht deshalb dadurch, daß er die Beförderung des Frachtguts zur Behausung des Empfängers von der Bahn aus bewirkt, kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Absender.

§ 84. 1. EisenbE. **26** 54 (ÖstObGH.). Wird eine Schädigung des Gutes (innerer Verderb) durch Überschreitung der Lieferfrist verursacht, so kann die geschädigte Partei Ersatz des Schadens gemäß §§ 84, 88 (Wert der Sendung) verlangen. Sie ist auf Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen Lieferfristüberschreitung gemäß § 94 nicht beschränkt. Die §§ 84 und 94 schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig und sind erst zusammen geeignet, die Erfüllung der Pflicht des Frachtführers, das Gut unbeschädigt und rechtzeitig abzuliefern, zu sichern.

2. Z. f. d. int. EisenbTr. **09** 268, EisenbE. **25** 292 (ÖstObGH.). Wenn die Eisenbahn sich von der Haftung für Verlust, Minderung und Beschädigung durch Berufung

auf einen äußerlich nicht erkennbaren Mangel der Verpackung befreien will, so muß sie diesen Haftausschließungsgrund beweisen.

§ 86. Abs. 1 Ziff. 1. a) **RG. 70** 174, EisenbE. **25** 393, EisenbVerZ. **09** 1503, Z. f. d. int. EisenbTr. **09** 478, JW. **09** 171. Verbrennt ein tarifmäßig auf einem offen gebauten Wagen befördertes Gut durch Überspringen eines Funkens von der Lokomotive eines anderen Zuges, so ist dieser Schaden aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entstanden und macht daher die Eisenbahn nach § 86 verantwortlich. Verbrennen eines Gutes ist kein „Verlust ganzer Stücke" im Sinne des § 86, da der Ausdruck „Verlust" hier nicht die völlige Vernichtung einer Sache trifft, sondern in dem Sinne angewandt ist, daß der Verbleib einer Sache unbekannt ist. **b)** EisenbE. **26** 14 (LG. Graz). Unter Verlust im Sinne des § 86 Ziff. 1 ist nicht der Untergang, die Vernichtung des Frachtguts, sondern nur das Abhandenkommen, das Verlorengehen einzelner Stücke bei Erhaltung der Substanz zu verstehen.

Abs. 1 Ziff. 3. **a)** EisenbE. **26** 6 (ÖstObGH.). Der Begriff „mangelhafte Verladung" ist nicht in einschränkendem Sinne, wie z. B. durch Unterlassung der gehörigen Verpackung oder anderer zur Sicherung des Frachtguts zu treffenden besonderen Vorkehrungen auszulegen. Mangelhafte Verladung ist vielmehr auch in der Unterlassung der Vorsichten zu erblicken, um dem Verderben oder dem Untergange der Güter entgegenzutreten, z. B. in der Verladung einer atmosphärischen Einflüssen unterliegenden Ware in einen als feucht erkannten Wagen. **b)** EisenbE. **25** 307 (Kgl. Ung. Kurie). Auch im Falle der Verladung durch den Absender ist die Eisenbahn für grobe Fahrlässigkeit ihrer Leute schadensersatzpflichtig. Solche liegt vor, wenn die Organe der Bahn den Absender auf ein von dem beladenen Wagen zu passierendes Ladeprofil nicht aufmerksam machen oder den Zug ablassen, ohne sich von der Richtigkeit der Verladeweise zu überzeugen. **c)** EisenbE. **25** 261 (BezG. f. Handelss. Wien). Dem selbstverladenden Absender obliegt es nicht, den ihm von der Bahn zur Verladung bereitgestellten Wagen auf seine Eignung zum Transporte zu prüfen, vielmehr stellt es grobes Verschulden der Bahn dar, wenn sie einen ungeeigneten Wagen bereitstellt. Schäden, die das Gut dadurch auf dem Transport erleidet, fallen nicht unter den Haftausschließungsgrund des § 86 Ziff. 3. **d)** EisenbE. **26** 58 (AppSen. d. Handels- u. WechselG. Budapest). Ist die Vereinbarung bezüglich der Verladung des Gutes in den Frachtbrief nicht aufgenommen, so kann sich die Bahn selbst dann nicht von der Haftung für die aus der unrichtigen Verladung entstandenen Schäden befreien, wenn sie nachzuweisen vermag, daß hinsichtlich der Verladung zwischen dem Absender und der Bahn eine mündliche Vereinbarung zustande kam.

§ 95. 1. EisenbE. **25** 309, **26** 23, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 234 (ÖstObGH.). Der unaufgeklärt gebliebene Verlust einer umfangreichen Frachtsendung genügt an und für sich nicht, um grobe Fahrlässigkeit der Bahnunternehmung anzunehmen, insbesondere dann nicht, wenn es sich um ein Gut handelt, das seiner Natur nach eine besondere Fürsorge nicht voraussetzt. Dem Kläger, der sich auf grobes Verschulden der Bahn beruft, obliegt es vielmehr, bestimmte Umstände vorzubringen und zu beweisen, welche den der Bahn gemachten Vorwurf rechtfertigen.

2. EisenbE. **26** 5 (HandelsG. Marseille). Eine außergewöhnliche und unaufgeklärte Verspätung von 42 Tagen rechtfertigt die Annahme grober Fahrlässigkeit und den Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens, mag das Gut auf einer Umladestation vergessen oder nach einer falschen Richtung geleitet oder irgendwo längere Zeit als unanbringlich zurückgelassen worden sein. Ähnlich EisenbE. **26** 13 (Franz. KassHof).

§ 97. Abs. 2 Ziff. 3. *Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn (2) 249 § 32 Anm. 47. Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Schaden weder von der Eisenbahn entdeckt oder vermutet, noch vom Verfügungsberechtigten be-

hauptet ist, sondern der Eisenbahn bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit nicht hätte entgehen dürfen.

EisenbE. **26** 17 (ÖstObGH.). Die Auffassung, daß die Zusatzbestimmung zum § 97, wonach wegen Verspätung der Lieferung erhobene Ersatzansprüche erlöschen, wenn die bezüglichen Frachtbriefe nicht binnen 14 Tagen nach Erhalt der Sendung der in Anspruch genommenen Eisenbahnunternehmung vorgelegt worden sind, überhaupt und insbesondere deshalb ungültig sei, weil sie nicht laut Schlußbestimmung IX durch das RGBl. veröffentlicht sei, ist unrichtig. Die vorstehende Zusatzbestimmung ist keine Änderung, sondern eine Ergänzung des Betriebsreglements, und derartige Zusatzbestimmungen bedürfen zu ihrer Rechtsverbindlichkeit dieser Verlautbarung nicht.

§ 100. Ziff. 2. EisenbE. **25** 408 (BezG. f. Handelss. Wien). Die Endbahn kann für den Schaden, der durch eine nicht von ihr verschuldete Verschleppung des Gutes entstanden ist, nicht in Anspruch genommen werden, wenn das Gut nicht auf Grund des ursprünglichen Frachtbriefs an die richtige Bestimmungsstation weitergeleitet wurde, sondern diese Weiterbeförderung von der Station, wohin es irrtümlich verfrachtet worden war, auf Grund eines neuen Frachtbriefs vorgenommen wurde.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr im einzelnen.

Literatur: vgl. zu Absch. 7 HGB.

1. Calmar, Bulletin des internationalen Eisenbahn-Kongreßverbandes **09** 397, 634, 1563, macht formulierte Verbesserungsvorschläge zu den einzelnen Artikeln des IntÜb. Als Grundlagen für seine Vorschläge schickt er diesen eine Anzahl Leitsätze voraus, in denen in erster Linie eine klare, nicht mißzuverstehende Ausdrucksweise für den Willen des Gesetzgebers verlangt wird, aus welcher der Sinn des Gesetzes sich ergeben müsse, ohne daß man genötigt sei, auf die diesem oder den Revisionsbeschlüssen vorausgegangenen Verhandlungen zurückzugreifen oder jenen Willen in anderer Weise auf Umwegen zu konstruieren. Ferner wird eine genauere Übereinstimmung der beiden Texte des IntÜb., die einheitliche Behandlung der auf gleichen Grundlagen beruhenden Fragen, die Trennung der maßgebenden Bestimmungen des Übereinkommens von den Ausführungsbestimmungen gefordert und verlangt, daß Abänderungen an den letzteren den Eisenbahnverwaltungen zugewiesen werden sollten. Die Befugnis der Staaten zum Abschlusse von Sonderübereinkommen für die gegenseitigen Beziehungen sollten erweitert, die Vorschriften, die in Theorie und Praxis zu Streitfragen geführt haben, geändert, die Tariffragen entweder ganz aus dem IntÜb. weggelassen oder ihre Behandlung in Ansehung der Technik ihrer Erstellung und der Regeln für ihre Anwendung ergänzt werden. Ferner wird eine genauere Umschreibung der Tragweite der Verantwortlichkeit der Eisenbahnen, die Unterdrückung oder zum wenigsten die Verminderung der Verweisungen auf die am Versand- oder am Bestimmungsorte geltenden Bestimmungen, die Regelung des Verfahrens für die außergerichtlichen Reklamationen und schließlich die Unterdrückung der Zusatzbestimmungen verlangt, die auf administrativem Wege und ohne Ermächtigung des Gesetzgebers zustande gekommen seien.

2. De Leeuw, Le transport international des voyageurs et des bagages par chemin de fer. Der Verf. begründet das Bedürfnis internationaler Vorschriften für den Personen- und Gepäckverkehr analog denjenigen, welche im Internationalen Übereinkommen v. 14. Oktober 1890 für den Frachtverkehr vereinbart worden sind.

3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 90 wird der von dem schweizerischen Bundesrate den am IntÜb. über den Eisenbahn-Frachtverkehr beteiligten Staaten vorgelegte „Entwurf eines IntÜb. über den Transport von Personen und Reisegepäck" näher erörtert.

Art. 6. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 209, 260 wird die rechtliche Natur des Frachtbriefs und des Konnossements und insbesondere die Frage erörtert, ob es nützlich und möglich ist, dem Duplikate des internationalen Frachtbriefs die Vorteile einer wesentlichen Eigenschaft des Konnossements zuzuwenden, d. h. aus dem Frachtbrief einen übertragbaren Besitztitel zu machen, der die hieraus für den Handel sich etwa ergebenden Vorteile besäße. Bestimmte Stellung zu der Frage wird nicht genommen.

Art. 8. Ziff. 4. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 65 (Schweiz. BundesG.). Die Eintragung des Absenders im Frachtbrief über das Gewicht des von ihm selbst verladenen Gutes liefert der Eisenbahn gegenüber auch dann keinen Beweis, wenn sie die im belgisch-schweizerischen Gütertarife vorgesehene besondere Beaufsichtigung der Verladung gegen Zahlung einer Gebühr übernommen hat.

Art. 11. EisenbE. **25** 420 (BezG. f. Handelss. Wien). Unterläßt es die Bahn, entgegen der Zusatzbest. I zum Art. 11 dem „franko Fracht und Zoll" versendenden Aufgeber die Originalzollquittungen zu übergeben, so hat sie ihm die an die auswärtige Zollbehörde bezahlte Gebühr für die Kopien der Zollquittungen zu ersetzen.

Art. 14. 1. Bulletin de la Mutuelle-Transports (Februar- und Märznummer) enthält eine kurzgefaßte Abhandlung über die internationale Rechtsprechung über die Lieferfristüberschreitungen. Der durch reiches Material gestützte Aufsatz untersucht der Reihe nach die Berechnung der Lieferfristen, die Grundsätze über die Haftung des Frachtführers mit ihren Ausnahmen und Verschärfungen, die wichtigsten Fragen betreffend die Haftpflicht gegenüber dem Absender oder Empfänger und die Bedingungen für die Passivlegitimation bei Entschädigungsklagen, wobei auch die Vorschriften über die Verjährung zur Erörterung gelangen.

2. (Ausführungsbest. §6.) Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 132, EisenbE. **25** 385 (KassH. Rom). Die zweistündige Frist, innerhalb deren die von der Eisenbahn beförderten Eilgüter dem Empfänger auf der Empfangsstation zur Verfügung gestellt werden müssen, läuft nicht von dem Zeitpunkt ihrer tatsächlichen Ankunft ab, sondern sie beginnt mit dem Zeitpunkte, zu dem sie gemäß den gesetzlichen Lieferfristen spätestens hätten ankommen dürfen.

Art. 15. Ziff. 7. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 274, EisenbE. **25** 255 (Kgl. Kurie Budapest). Eine vom Absender gegebene, der vorgeschriebenen Form nicht entsprechende nachträgliche Verfügung ist für die Eisenbahn verbindlich, sobald ihre Organe sie annehmen. Ihre Nichtbefolgung bedeutet eine grobe Fahrlässigkeit.

Art. 17. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 151 wird die im Egerschen Kommentare zutage getretene Behauptung zurückgewiesen, daß im Art. 17 hätte auf den Frachtvertrag verwiesen werden sollen. Das Verlangen, daß die von dem Empfänger zu übernehmenden Beträge aus dem Frachtbrief ersichtlich sein sollen, steht der Geltendmachung aller Rechte der Eisenbahn aus dem Frachtvertrage nicht entgegen. Die Eisenbahn muß nur dafür Sorge tragen, daß ihre aus dem Frachtvertrage folgenden Ansprüche im Frachtbriefe vermerkt werden. Sie ist damit genügend geschützt; denn der Empfänger muß ja nach Maßgabe des Frachtbriefs bezahlen, bevor die Eisenbahn zur Auslieferung des Gutes verpflichtet ist; eine Einrede wegen unrichtiger Belastung im Frachtbriefe steht ihm nicht von vornherein, sondern erst nach geleisteter Zahlung zu.

Art. 24. Eger, EisenbE. **25** 442, erläutert die Bestimmung über die Benachrichtigung von Ablieferungshindernissen im internationalen Eisenbahnverkehre. Der Begriff „Ablieferungshindernisse" ist nach ihm im weitesten Sinne zu nehmen und umfaßt Umstände aller Art, die auf der Bestimmungsstation der Ablieferung des Gutes und des Frachtbriefs entgegenstehen. Eger erörtert ferner den Inhalt sowie Art und Form der Benachrichtigung und die hiermit im Zusammenhange stehenden Fragen.

Abs. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 430 spricht sich das Zentralamt f. d. Int. EisenbTr. in Bern dahin aus, daß nach seiner Ansicht auch die telegraphische Benachrichtigung des Absenders von einem Ablieferungshindernisse durch Vermittlung der Versandstation erfolgen müsse.

Art. 26. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 441 (ÖstObGH.). Der Empfänger einer Sendung wird auch dann verfügungsberechtigt, wenn sie ihm infolge einer ungültigen nachträglichen Verfügung des Absenders ausgeliefert wurde.

Art. 30. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 385 wird die verschiedene Regelung der Haftpflicht für den internationalen Verkehr einerseits und für die inneren Verkehre in den Vertragsstaaten andererseits erörtert. Eine gleichmäßige Behandlung wird für wünschenswert erachtet, da die Gefahrmöglichkeiten die gleichen seien, einerlei, ob das Gut innerhalb der Grenzen eines Vertragsstaats oder auf internationalen Bahnstrecken befördert werde, und es trotzdem vorkommen könne, daß bei gleichem Tatbestande die Entscheidung des Richters in Entschädigungsfällen verschieden ausfalle, je nachdem es sich um einen internen oder einen internationalen Transport handle.

2. EisenbE. **25** 361 (München). Hat sich eine Kiste mit einer wertvollen Präzisionsmaschine bereits bei ihrer Verbringung vom Privatfuhrwerk auf die Laderampe überschlagen und ist mit lautem Aufschlagen in die Halle hineingestürzt, so muß der Absender beweisen, daß die auf der Empfangsstation nach Öffnung der Kiste wahrgenommene Zerstörung der Maschine in dem Unfall ihren Grund nicht hat. Selbst bei der Annahme, daß der Sturz die Maschine noch nicht in jenen Zustand tiefgehender Zerstörung versetzt hat, die ihre gänzliche Unbrauchbarkeit bedingte, kann die Eisenbahn nicht für ersatzpflichtig erklärt werden, da eine Maschine von äußerst subtiler Konstruktion, wenn einmal in ihrem Gefüge erschüttert, auch die unvermeidlichen Erschütterungen des Eisenbahntransports nicht mehr auszuhalten vermag.

Art. 31. Ziff. 3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** (AppG. Orléans). Die Eisenbahn haftet für Beschädigungen, die auf das nicht rechtzeitige Eintreffen bestellter Wagendecken zurückzuführen sind, auch in dem Falle, daß die Beladung durch den Absender erfolgt ist.

Art. 33. EisenbE. **25** 366, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 102 (AppHof Chambéry). Die Bestimmung des Art. 33 begründet nicht bloß eine einfache Vermutung für den Verlust, welche die Eisenbahn durch die spätere Präsentation des ihr anvertrauten Gutes hinfällig machen kann, sondern sie regelt in absoluter Weise das mit dem Ablaufe der kritischen Zeit endgültig erworbene Recht auf die im Falle des Verlustes zu zahlende Entschädigung.

Art. 39. EisenbE. **25** 264 (BezG. f. Handelss. Wien). Die „passive Resistenz" ist als Recht einer bahnseitigen Überschreitung der Lieferfrist anzusehen.

EisenbE. **25** 257 (LG. I München). Leicht verderbliche Güter genießen in betreff der Lieferfrist keinen Vorzug. Die Eisenbahn haftet also nicht, wenn sie eine Fischsendung zwar nicht mit den Anschlußzügen befördert, die Lieferfrist jedoch gewahrt hat.

Art. 41. EisenbE. **26** 77, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 444 (AppG. des Kantons Basel-Stadt). Aus einer wenn auch noch so erheblichen Überschreitung der Lieferfrist für sich allein geht ein grobes Verschulden der Bahn nicht hervor; denn die Verzögerung der Ablieferung kann sehr wohl in einem Zufall oder in einer bloß leichten Fahrlässigkeit der Bahnorgane ihre Ursache haben. Für eine Umkehrung der Beweislast aber, wonach die Bahn bei längerer Verzögerung der Ablieferung ihrerseits nachzuweisen hätte, daß sie kein grobes Verschulden treffe, fehlt es im internationalen Eisenbahnfrachtrecht an jeder gesetzlichen Grundlage. Das grobe Verschulden der Bahn in solchen Fällen einfach zu präsumieren, wäre um so weniger gerechtfertigt, als naturgemäß Frachtgüter, wenn sie einmal ihren Bestimmungsort verfehlt haben

und ohne zugehörigen Frachtbrief weiterfahren, nur mit erheblichem Aufwand an Zeit und Mühe wieder aufzufinden sind.

Art. 43. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **09** 395 (ÖstObGH.). Die Unterlassung der Deklaration von bedingungsweise zum Transporte zugelassenen Gütern hat die Verwirkung des Schadensersatzanspruchs zur Folge, auch eines etwaigen Anspruchs auf Grund von Art. 41.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Das Berichtsjahr brachte an seerechtlicher Literatur außer vereinzelten Abhandlungen und Dissertationen die erste Hälfte von Cosack, Handelsrecht (7) und den Schluß des 1. Bandes von Wüstendörfer, Studien zur modernen Entwickelung des Seefrachtvertrags. Das letztgenannte, sehr spät erschienene Werk wird erst im nächsten Jahrgange Berücksichtigung finden. — Die Venediger Beschlüsse sind im Sommer 1909 von einer diplomatischen Konferenz in Brüssel beraten worden. Eine Einigung ist bisher nicht zustande gekommen; die Konferenz hat sich auf 1910 vertagt.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 481. HansGZ. **09** Hptbl. 28, R. **09** Ziff. 903 (Hamburg). Soweit nicht im Einzelfall aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden kann, daß der Stauer, wenn auch nur vorübergehend, mit Diensten betraut war, die der Schiffsbesatzung obgelegen haben, ist der ein eigenes selbständiges Gewerbe ausübende Stauer nicht zu den „auf dem Schiffe angestellten" Personen zu zählen (vgl. hierzu IDR. **7** 688).

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 485. **RG.** WarnE. **1** Ziff. 334. Ein Matrose, der seinen persönlichen Besuch in der vom Dienste freigegebenen Zeit auf dem Schiffe umherführt, handelt nicht in Ausführung seiner Dienstverrichtungen.

§ 486. Literatur: Brandis, HansGZ. **09** Beibl. Ziff. 1, Vorschläge zur Abänderung der Venediger Beschlüsse, betr. internationales Seerecht. — Nolte, Die Haftung des Reeders für die Schiffsverbindlichkeiten (Heidelberger Dissertation 1908).

§§ 486, 533. **RG.** **70** 278. Die Zustimmung zu einem vom Schiffer innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse abgeschlossenen Geschäft bewirkt nicht ohne weiteres, daß der Reeder auch mit dem Landvermögen verpflichtet wird.

§§ 489 ff. Literatur: Kleeberg, Die Organisation einer Reederei, Zeitschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **2** 144 ff.

§ 489. **RG.** **71** 27. Die Reederei hat keine juristische Persönlichkeit, sondern stellt eine auf dem Miteigentum am Schiffe beruhende Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Rechte dar. Trotzdem folgt aus § 493 Abs. 3 HGB., daß sie, ähnlich wie die offene Handelsgesellschaft nach § 124 HGB., vor Gericht klagen und verklagt werden kann und hierbei innerhalb der Vertretungsbefugnis des Korrespondentreeders von diesem vertreten wird.

§§ 493, 500. **RG.** **71** 27 ff. Als „Dritter" im Sinne von § 493 ist auch der Mitreeder zu verstehen, von dem nach § 500 Einschüsse eingefordert werden: vorbehaltlich abweichender Reedereibeschlüsse kann also der Korrespondentreeder die Beitragspflicht im Namen der Reederei (d. h. der übrigen Mitreeder) gegen ihn geltend machen.

§ 499. L. Perels, KrVSchr. **48** 267, hält den Korrespondentreeder auch dann für rechenschaftspflichtig, wenn ihm die Hälfte oder die Mehrheit der Parteien gehört (Gegen HansOLG., HansGZ. **04** Hptbl. 109; mit Schaps 116).

§ 506. **RG.** **71** 29. Gegen den Korrespondentreeder, der das Schiff gesetzwidrigerweise freihändig verkauft hat, steht der Reederei ein Schadensersatzanspruch

zu. Ihm liegt der Beweis ob, daß er durch den freihändigen Verkauf keinen geringeren Preis erzielt habe, als durch öffentlichen Verkauf zu erzielen gewesen wäre.

§ 510. Literatur: Leo, LeipzZ. **09** 898 ff., Ausrüster und Charterer. — Claussen, Die Schiffsmiete (Leipziger Dissertation 1910).

Dritter Abschnitt. Schiffer.

Zusatz zu § 511. Schiffsmakler. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 115 (Hamburg). Der Schiffsmakler ist zur Zeichnung von Konnossementen nur im Falle besonderer Vollmacht befugt, die derjenige beweisen muß, der sich darauf beruft. Ist diese Vollmacht nur eine beschränkte, so binden Konnossemente, die in Überschreitung derselben gezeichnet sind, den Reeder nicht.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 327. Der Frachtschuldner kann nicht mit Gegenforderungen, die er gegen den die Fracht für den Reeder einziehenden Schiffsmakler hat, aufrechnen.

§ 511. RG. 72 174 präzisiert den Unterschied zwischen Handlungen des Schiffers, die dem Gebiete der nautischen Leitung, und solchen, die dem Gebiete der geschäftlichen Vertretung des Reeders angehören. Was der Schiffer bei oder während der Fahrt zu deren Beendigung an nautischen Maßregeln zu beschließen und selbst oder durch andere Schiffsangestellte auszuführen hat, gehört zu den Pflichten des nautischen Leiters. Dagegen wird zu den Administrationshandlungen alles gerechnet, was außer der eigentlichen Fahrt für den Zweck der Transportunternehmung zu leisten ist. Hierzu gehören der Regel nach auch die Ausrüstung des Schiffes und die Verstauung der Ladung im Abgangshafen.

§ 512. Stellung des Schiffers zu den Reiseinteressenten: s. § 7 BinnenSchG.

§§ 513, 559, 821. RG. 70 96. Einem Fahrzeuge fehlt die Seetüchtigkeit, wenn es bei der Ausreise so beschaffen ist, daß es die gewöhnlichen, in der Regel unvermeidlichen Gefahren der Seefahrt, die es vorhat, nicht bestehen kann. Zu der hiernach notwendigen Beschaffenheit gehört seine Stabilität, d. h. seine Fähigkeit, in ruhigem Wasser in der Gleichgewichtslage zu verharren und sich wieder aufzurichten, wenn Wind und Wellen den Schiffskörper zur Seite gedrückt haben. Diese Stabilität muß für das fahrende Schiff gegeben sein.

§ 514. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 28 (Hamburg). Die Pflicht des Schiffers, für gehörige Stauung und für die Tüchtigkeit der Gerätschaften zu sorgen, ist nicht in der Weise auszudehnen, daß der Schiffer während der ganzen, oft viele Tage in Anspruch nehmenden Stauerarbeit jede einzelne Gerätschaft beständig im Auge zu behalten und für ihre Tüchtigkeit während der ganzen Arbeitszeit einzustehen hätte. Er darf vielmehr darauf vertrauen, daß der mit Sorgfalt ausgewählte und mit tüchtigen Gerätschäften ausgerüstete Stauer eine während der Arbeit eingetretene Untauglichkeit einer Gerätschaft bemerken und sie nicht weiter verwenden werde.

2. HansGZ. **09** Hptbl. 1 (Hamburg). Dem Schiffer fällt nicht ohne weiteres Verschulden zur Last, wenn er dem Gutachten eines für die Stauung zugezogenen Sachverständigen folgt, das sich nachher als unsachgemäß erweist.

§ 527. RG. 70 277. Zu den gesetzlichen Befugnissen des Schiffers gehört der Abschluß eines Bergungsvertrags.

§ 533. S. § 486.

§ 535. HansGZ. **09** Hptbl. 7 (Hamburg). Eine Pflicht, die im Zwischenhafen gelandeten Güter unter Versicherung zu bringen, trifft regelmäßig den Schiffer oder Reeder nicht.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556. RG. 71 333. a) Der Vertrag, durch den Reeder sein Schiff einem anderen gegen Vergütung zum vertragsmäßigen Gebrauch überläßt, ist kein Werk-

vertrag, sondern in bezug auf das Schiff im wesentlichen als Sachmiete aufzufassen; nicht entgegensteht, daß der Kapitän den Besitz des Schiffes für den Reeder behält (so schon **RG. 48** 89 ff., **69** 127). b) Das Urteil hebt die Entscheidung des HansOLG. JDR. 7 690 Ziff. 2 zu § 556 auf, indem es dem dort ausgesprochenen Satze der Haftung des Charterers für seinen Stauer als Erfüllungsgehilfen sich anschließt, aber ein konkurrierendes Verschulden des Kapitäns leugnet.

§ 557. 1. **RG. 71** 9 ff. Die (im Konnossement übernommene) Chartepartie-klausel, daß beim Streik der Hafenarbeiter jeder Teil vom Vertrage zurücktreten dürfe, der Verfrachter aber, der vom Rücktritte Gebrauch mache, die Ladung zum laufenden Preise übernehmen müsse, bezieht sich im Zweifel nicht nur auf Streik im Abladehafen, sondern auch auf solchen im Löschungshafen.

2. HansGZ. **09** Hptbl. 85 (Hamburg). Ist ein Schiff zum Transport eines „full and complete cargo" verchartert, und nimmt der Verfrachter nach Lieferung der Ladung weitere Güter für eigene Rechnung ein, so kann der Befrachter, wenn dieselben seine Ladung gefährden, dies inhibieren, oder er kann etwaigen Schaden ersetzt verlangen. Aber ein Bereicherungsanspruch steht ihm nicht zu.

3. MecklZ. **27** 114 (Rostock). Die Angabe der Chartepartie, daß das Schiff zur Zeit in X. lade, die sog. Positionsangabe, ist eine Vertragsklausel, deren Inhalt dem Befrachter als Grundlage für die Berechnung der Ankunftszeit des Schiffes dienen soll. Sie ist eine wesentliche Bestimmung der Chartepartie, und ihre Unrichtigkeit gibt, wenn infolgedessen die Ankunft des Schiffes sich verzögert, nach der Anschauung der Handelskreise dem Befrachter das Recht, die Charter zu annullieren. Wegen Nichterfüllung seiner Zusicherung ist der Verfrachter schadensersatzpflichtig.

§ 559. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 1 (Hamburg). Der Verfrachter haftet nicht für Verschulden der Sachverständigen, durch die er das Schiff auf seine Seetüchtigkeit hat untersuchen lassen.

2. Vgl. zu § 513.

§ 565. HansGZ. **09** Hptbl. 7 u. 23 (Hamburg). Wenn dem Verfrachter Umladung unterwegs gestattet ist, so darf er im Zwischenhafen nicht nur direkt oder mit Hilfe von Leichterfahrzeugen umladen, sondern auch, soweit es durch Verzögerung des Weitertransports erforderlich wird, die Güter in Leichtern oder Lagerhäusern lagern.

§ 594. MecklZ. **27** 17 (Rostock). Eine von § 594 Abs. 3 abweichende Regelung wird durch die Bestimmung der Chartepartie getroffen, daß die Löschzeit von dem Tage ab rechnen soll, an dem das Schiff klar zum Löschen sei.

§ 595. a) MecklZ. **27** 16 und 242 (Rostock). Ist Löschung „so schnell wie das Schiff ausliefern kann" vereinbart, so ist bei Bemessung der Schnelligkeit auf die konkreten Verhältnisse des Löschungshafens, auf die Jahreszeit, die Art der Ladung und sonstige Umstände des Falles Rücksicht zu nehmen. b) MecklZ. **27** 13 ff. (Rostock). Ist Löschung „as fast as the steamer can deliver" vereinbart, so kommen Ortsgebräuche des Löschungshafens betreffend Dauer der Löschzeit nicht in Betracht. Jene Klausel schließt auch aus, daß im Falle einer vor Erreichung des Hafens erfolgten Leichterung die Löschfrist dieselbe bleibt, wie sie ohne die Leichterung gewesen wäre (vgl. JDR. 7 691 zu § 595 Ziff. 1). c) MecklZ. **27** 241 (Rostock). Die Worte „die Entlöschung geschieht mit gewöhnlicher Dampferexpedition, so schnell das Boot ausliefern kann" besagen, daß nur gewöhnliche Arbeitsleistung gefordert werden kann, die Entlöschung also z. B. nicht durch Nachtarbeit forciert zu werden braucht.

§ 597. 1. SchlHolstAnz. **09** 87 (Kiel). Vertragsmäßige Nichteinrechnung in die Lade- und Löschzeit von „accidents to loading machinery . . . and all other accidents

beyond the control of the charterers, which may impede the ordinary loading and discharging of the vessel".

2. MecklZ. **27** 119 (Rostock). Soll die Zeit eines Streiks nicht in die Löschzeit eingerechnet werden, so bezieht sich dies nicht auch auf die Nachwirkungen des Streiks.

§ 604. HansGZ. **09** Hptbl. 50 (Hamburg). Die durch die „öffentliche Bekanntmachung" des Abs. 2 entstehenden Insertionskosten hat als Auslagen nach § 614 der Empfänger zu tragen.

§ 606. 1. Exkulpationspflicht des Verfrachters. **a) RG. 72** 104. Der Verfrachter hat für eine unaufgeklärte Schadensursache einzustehen. Er haftet also für den Verlust von Gütern, der dadurch entstanden ist, daß die Windenleute, erschreckt durch ein plötzlich aus unaufgeklärter Ursache auf dem Schiffe ausgebrochenes Feuer, die Winde im Stiche gelassen haben. Zwischen dem innerhalb des ausschließlichen Machtbereichs des Verfrachters ausgebrochenen Brande und dem Verluste der Güter besteht ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang (das Urteil hebt die entgegenstehende Entscheidung des HansOLG., HansGZ. **09** Hptbl. 8, auf). **b)** Fall der großen Haverei: vgl. zu § 702. **c)** HansGZ. **09** Hptbl. 82, LeipzZ. **09** 794 (Hamburg). Die Klausel, daß der Empfänger das Zertifikat gewisser Besichtiger als abschließenden Beweis („conclusive evidence") für ordnungsmäßige Garnierung und Stauung hinzunehmen hat, daß er also dem Schiffer gegenüber die Garnierung und Stauung als einwandsfrei geschehen gelten zu lassen hat, ist eine zulässige Beschränkung der Rechte des Konnossementsempfängers gegen das Schiff.

2. Freizeichnungen. **a)** Tannenwald, LeipzZ. **09** 768 ff., hält die Vereinbarung der Nicht-Haftung „for any damage to any goods, however caused, which is capable of being covered by insurance" für gültig ➠ mit dem HansOLG., HansGZ. **94** Hptbl. 12, und Schaps 424; anders Boyens **2** 102. Dahingestellt gelassen vom HansOLG., HansGZ. **09** Hptbl. 8. Red. ⇽ **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 145 (Hamburg). Kohlenmangel, der durch orderwidriges und schuldhaftes Handeln des Maschinisten entstanden ist, ist weder accident noch error in navigation. **c)** HansGZ. **09** Hptbl. 141. Freizeichnung von der Fahrlässigkeit aller Personen „in the service of the ship and owners" bezieht sich nur auf die auf dem Schiffe und die im Geschäftsbetriebe der Reeder angestellten Personen, nicht auch auf Agenten. **d)** HansGZ. **09** Hptbl. 81 (Hamburg). Die bei Salpeterladungen häufige Klausel „not responsible for broken bags" entlastet das Schiff nicht nur von dem Bruche der Säcke und den sich aus demselben ergebenden Folgen (Heraustreten des Inhalts, Zerschmelzen des losen Salpeters ꝛc.), sondern auch davon, daß nicht diejenige Sackzahl zur Ablieferung gelangt, die auf Grund des Konnossements abzuliefern gewesen wäre. Es soll eine Vermutung dafür streiten, daß der stattgehabte Verlust an Ware auf das Zerplatzen der Säcke zurückzuführen ist: daß das der Sinn der Vereinbarung ist, ergibt der Wortlaut der beigefügten Klausel „all on board to be delivered". Demgegenüber muß der Empfänger beweisen, daß das Manko auf Ursachen beruht, die mit dem Bruche der Säcke nicht in Verbindung stehen (➠ weniger weitgehend: HansOLG., HansGZ. **06** Hptbl. 75 ⇽).

§ 609. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 42 (Hamburg). Die Verabsäumung der im § 609 vorgeschriebenen Besichtigung beseitigt nicht nur die Haftung des Verfrachters, sondern auch die des schuldigen Kapitäns. ➠ Die Entscheidung kann als zutreffend nicht erachtet werden. Die Vorschrift des § 609 ist frachtrechtlicher Natur; der Anspruch der Ladungsbeteiligten gegen den Kapitän aus § 511 gründet sich dagegen auf das gesetzliche, mandatsähnliche Vertragsverhältnis, in dem der Kapitän zu den Ladungsbeteiligten steht. Vgl. auch Boyens **2** 235, Schaps 439. Red. ⇽

2. Vgl. BinnenSchG. § 61.

§ 611. HansGZ. **09** Hptbl. 141 (Hamburg). Fordert der Ablader von dem Verfrachter Ersatz wegen Auslieferung des Gutes an den nicht durch Konnossement legitimierten Käufer, so muß er sich vom Werte des Gutes die Anzahlung des Käufers abziehen lassen, um die er sonst ohne Grund bereichert wäre.

§ 614. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 141, R. **09** Ziff. 2307. Für den Begriff der Annahme und des Empfängers kommt es nicht darauf an, ob Hinterlegung der Fracht vereinbart worden ist: diese hebt nicht die Verpflichtung zur Zahlung der Fracht, sondern nur die Verpflichtung zur Zahlung derselben Zug um Zug auf.

2. **RG. 71** 125. Nimmt das Konnossement auf die Charter Bezug und statuiert dieselbe „an absolute lien upon the cargo for . . . demurrage", so haftet der Empfänger für das im Abladehafen entstandene Liegegeld. Seine persönliche Haftung dauert fort, auch wenn das Pfandrecht an der Ladung erloschen ist.

3. SchlHolstAnz. **09** 87 (Kiel). Der Empfänger, der nach Maßgabe des Frachtvertrags Liegegeld zahlen muß, kann sich seinerseits auf die diesbezüglichen Bestimmungen desselben zu seinen Gunsten berufen.

§ 626. HansGZ. **09** Hptbl. 132. Cesser-Klausel in Verbindung mit Lien-Klausel. Vgl. Boyens, GoldschmidtsZ. **63** 331.

§ 629. Literatur: Nauticus, Jahrbuch für Deutschlands Seeinteressen **09** 232 ff., Das Kauffahrteischiff und seine Ladung im Seekriege.

§ 651. **RG.** LeipzZ. **09** 141, R. **09** Ziff. 2308. Wenn das Konnossement wegen der Fracht auf den schriftlichen Frachtvertrag Bezug nimmt, so hat dies nur die Bedeutung, die Urkunde zu bezeichnen, woraus die Höhe der Frachtsätze zu entnehmen ist, nicht aber die Bedeutung, daß die skripturmäßigen Ansprüche aus dem Konnossement nur dann gelten sollten, wenn der Frachtvertrag rechtsbeständig sei.

§ 656. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 108. Wenn die bezüglich der Frachtzahlung im Konnossement in Bezug genommene Charter dem Verfrachter das Recht gibt, bei der Löschung zur Berechnung der Fracht einen bestimmten Ermittelungsmodus (Messung nach „Queens calliper measure") anzuwenden, so kommt, wenn er hiervon Gebrauch macht, die Berechnung nach § 656 nicht zur Anwendung.

§ 662. 1. Brodmann, GoldschmidsZ. **64** 280 ff., (auch KrVJSchr. **48** 93 ff.), gibt eine gesetzgeberische Rechtfertigung des § 662. ➻ Gegen Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 31, und Gütschow, Schiffsmiete-, Charter- und Frachtvertrag (Drucksachen des deutschen Vereins für Internationales Seerecht, 1909). Hierzu Leo, LeipzZ. **09** 898 ff. Red. ⟵

2. Leo, LeipzZ. **09** 900. Die Anwendbarkeit des § 662 ist lediglich davon abhängig, ob ein Unterfrachtvertrag geschlossen ist, nicht davon, ob der Unterbefrachter oder der Oberverfrachter es wußte. Vgl. hierzu JDR. **7** 694 und Brodmann, KrVJSchr. **48** 83.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 79, R. **09** Ziff. 2034 (Hamburg). Eine zur Rettung von Schiff und Ladung aus gemeinsamer Gefahr vorgenommene Handlung verliert den Charakter als große Haverei nicht dadurch, daß sie zugleich geeignet ist, gefährdete Gegenstände der Ladung vor Untergang oder Beschädigung zu schützen. Vgl. Schaps 596 ff. Red.

2. HansGZ. **09** Hptbl. 21 (Hamburg). Ob eine Überanstrengung der Maschine infolge Forcierens von Eis kraft des Frachtvertrags nach § 621 vom Schiffe zu tragen ist oder sich als große Haverei darstellt, hängt davon ab, ob das Eis ohne Gefährdung von Schiff und Ladung passiert würde oder ob beim Passieren des Eises das Schiff in eine gefährliche Lage geriet und Maschinen und Materialien behufs Rettung aus

dieser Lage geopfert wurden. (➠ Das Urteil scheint unrichtig das Entscheidende in der Frage zu sehen, ob durch die angebliche Havariegrossemaßregel eine neue Gefährdung von Schiff und Ladung eintrat. Red. ⬅)

§ 702. HansGZ. **09** Hptbl. 145 (Hamburg). Die Exkulpationspflicht des Verfrachters aus § 606 zessiert, wenn feststeht, daß der verloren gegangene Teil der Ladung hat aufgeopfert werden müssen, um Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr zu retten. Hieraus folgt nämlich, daß der Wert des geopferten Gutes nicht vom Verfrachter auf Grund § 606, sondern von allen Beteiligten in Havariegrosse zu ersetzen ist. Gegenüber der hieraus sich für den Ladungsbeteiligten ergebenden Verpflichtung, ihren dispachemäßigen Anteil an der Havariegrosse zu tragen, müssen sie beweisen, daß die Gefahr, die den Anlaß zur großen Haverei gegeben hat, durch ein vom Reeder zu vertretendes Verschulden verursacht ist. ➠ Die Entscheidung vermengt die Rechtsbeziehungen der Beteiligten aus der großen Haverei und aus dem Frachtvertrage. Der Ladungsbeteiligte, der auf Zahlung von Havariegrossebeiträgen in Anspruch genommen wird, muß seine Behauptung, die große Haverei sei vom Reeder oder seinen Leuten verschuldet, beweisen. Erhebt er aber selbst Ansprüche wegen Verlustes oder Beschädigung seiner Ladung, so genügt der Verfrachter der Exkulpationspflicht des § 606 nicht, wenn er beweist, es habe ein Fall der großen Haverei vorgelegen: denn auch ein solcher kann „auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters abzuwenden waren" (vgl. Schaps 602 ff.). Red. ⬅

§ 728. 1. SchlHolstAnz. **09** 117 (Kiel). „Beteiligte" an der Dispache sind nur diejenigen, die zur Ausübung von Rechten an Schiff, Fracht oder Ladung legitimiert sind; zu diesen gehört nicht der Versicherer.

2. SpeduSchiffZ. **09** 378 (Königsberg). „Beteiligte" an der Dispache sind nur diejenigen, die einerseits den Havereischaden zu tragen, andererseits die Vergütung zu beanspruchen haben. Zu diesen gehört, abgesehen von Sonderfällen, wie dem Falle der Übernahme der Ladung durch den Versicherer zu Eigentum (in Abandon) oder dem Falle einer unmittelbaren Abmachung mit dem Schiffer, der Ladungsversicherer nicht.

3. ZBlFG. **10** 84 (KG.). Als „Beteiligte" bei der Dispache kommen, abgesehen vom Schiffer, Schiffsmannschaft und Reisenden, in der Regel nur die Schiffs- und Ladungsbeteiligten in Betracht. Immerhin ist nicht ausgeschlossen, daß zufolge besonderer Umstände auch andere Personen, insbesondere Versicherer von Schiffsgut, Havereibeteiligte sind.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Wittmaack, GoldschmidtsZ. **65** 487 ff., Internationales Recht bezüglich der Ansprüche der Angehörigen, wenn bei einer Schiffskollision auf hoher See Menschen ums Leben gekommen sind.

§ 734. 1. Verschulden. a) HansGZ. **09** Hptbl. 16 (Hamburg). Wenn ein Schiff ein anderes schuldhaft zum Sinken bringt und am nächsten Tage ein anderes Fahrzeug durch Berührung mit dem gesunkenen Schiffe Schaden leidet, so liegt ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinne zwischen dem Schaden und jenem Verschulden nicht vor. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2707. Gerät ein Fahrzeug auf Grund und wird es dadurch manövrierunfähig, so liegt ein Ereignis vor, das seiner Natur nach geeignet ist, die Schiffahrt zu gefährden und Zusammenstöße herbeizuführen. Trifft die Besatzung des Schiffes an dem Festfahren ein Verschulden, so ist dieses Verschulden daher bei einem demnächst eintretenden Zusammenstoße miturfächlich für diesen Zusammenstoß.

2. Prima facie-Beweis und Exkulpation. a) **RG.** SeuffA. **64** 157, HansGZ. **09** Hptbl. 49, LeipzZ. **09** 141. Die Exkulpationspflicht einer Partei,

für deren Verschulden ein sog. prima facie-Beweis spricht, besteht nicht, wie gegenüber einer gesetzlichen Vermutung, darin, daß der volle Gegenbeweis zu erbringen wäre, sondern es wird ihr auch schon durch Beseitigung oder Entkräftung des an sich begründeten Verdachts genügt ➾ vgl. IDR. **7** § 734 Ziff. 4. ⟵ **b)** HansGZ. **09** Hptbl. 41 (Hamburg). Der Umstand allein, daß ein Schiff, das mit einem anderen zusammenstößt, ausweichpflichtig war, begründet noch nicht die Vermutung eines Verschuldens und ist daher nicht entscheidend für die Beweislast. Ebensowenig liegt ein prima facie-Beweis in dem Ausdemruderlaufen des Schiffes. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 2706. Gegenüber den Abbringungsversuchen eines festgefahrenen Fahrzeugs haben die vorbeifahrenden Schiffe die gebührende Rücksicht zu nehmen. Es ist ihnen die Schuld beizumessen, wenn die unbekümmerte Vorbeifahrt infolge unwillkürlicher Bewegungen des freikommenden Fahrzeugs zu Unfällen führt. **d)** HansGZ. **09** Hptbl. 149 (Hamburg). Bei unzulänglichem Ausguck (Postieren des Ausguckmanns auf der Brücke statt auf der Back) ist wegen des Verstoßes gegen SStrO. Art. 29 das Schiff so lange als verantwortlich für den Zusammenstoß und seine Folgen anzusehen, als es nicht beweist, daß der Verstoß nicht kausal für den Zusammenstoß oder den Schaden gewesen ist. **e)** HansGZ. **09** Hptbl. 11 (Hamburg). Eine genügende Exkulpation liegt in dem Ausdemruderlaufen des Schiffes, das trotz Rechtsruders nach links ausgeschoren ist.

3. Schaden. **a)** **RG. 71** 213 ff. α. Der schadensersatzberechtigte Reeder eines infolge Zusammenstoßes gesunkenen Schiffes muß sich, wenn er Hebungskosten aufgewendet hat, die den Wert des Schiffes zur Zeit des Zusammenstoßes übersteigen, den Einwand aus BGB. § 251 Abs. 2 gefallen lassen. Denn der Anspruch auf Hergabe der Mittel zur Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 249 Satz 2) ist nicht identisch mit dem Anspruch auf die Geldentschädigung, von der die §§ 250 Satz 2, 251, 253 handeln; der Schuldner kann sich vielmehr ihm gegenüber ebenso auf § 251 Abs. 2 berufen, wie wenn Naturalherstellung von ihm gefordert würde. β. Erfolgt eine Verurteilung auf den Wert des Schiffes zur Zeit des Unfalls nebst den gesetzlichen Zinsen, so kann regelmäßig nicht daneben noch Nutzungsverlust gefordert werden, da davon auszugehen sein wird, daß der Ersatzberechtigte voll entschädigt ist, weil er in den Zinsen des Schadenskapitals ein Äquivalent für die entbehrten Nutzungen des Schiffes erhält. Eventuell aber muß er sich den Einwand entgegenhalten lassen, daß er nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe, um durch Miete oder Kauf eines Ersatzschiffs die drohenden Nutzungsverluste zu mindern (§ 254 Abs. 2). **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2728, SpeduSchiffZ. **09** 589. Sind Hebungskosten für Schiff und Ladung in großer Haverei verteilt, so kann der Reeder von dem, der das Sinken des Schiffes verschuldet hat, nur die Erstattung des auf das Schiff entfallenden Teiles fordern. **c)** HansGZ. **09** Hptbl. 39 (Hamburg). Zum indirekten Kollisionsschaden gehören Kosten des Vorprozesses, wenn der Geschädigte unverschuldet, namentlich bei ungeklärtem Sachverhalte, zunächst einen Unrichtigen verklagt hatte; dagegen nicht Kosten und Auslagen, die dem Beklagten des Vorprozesses dadurch erwachsen sind, daß er seine eigene Schuld nicht ohne Prozeß bezahlt hat. **d)** HansGZ. **09** Hptbl. 27 (Hamburg). Der Reeder des durch einen Zusammenstoß beschädigten Schiffes ist nicht verpflichtet, ein ihm durch Vermittlung des zum Schadensersatze Verpflichteten gemachtes besonders billiges Angebot einer Werft zu benutzen; er kann vielmehr nach Treu und Glauben diejenige Werft für die Reparatur wählen, die er für die zuverlässigste hält, und die auf dem üblichen Wege für die Reparatur festgestellten Kosten fordern.

4. Arrestierung. HansGZ. **09** Hptbl. 51 (Hamburg). Ein Grund zur Arrestierung des Fahrzeugs, das den Zusammenstoß verschuldet hat, liegt nicht ohne weiteres darin, daß es sonst auf neue Reisen gesandt werden würde.

5. Anwendung auf Nicht-Kauffahrteischiffe. **a)** SchlHolstAnz.

09 4 (Kiel). Wenn ein Kriegsschiff schuldhaft einen Zusammenstoß verursacht hat, so haftet das Reich für den Schaden gemäß HGB. §§ 734, 485, 486. Da aber das Kriegsschiff dem Verkehr entzogen ist, so kann weder an ihm ein Pfandrecht bestehen, noch in dasselbe eine Zwangsvollstreckung vorgenommen werden. Eine entsprechende Anwendung von HGB. § 774 ist nicht möglich. Wenn aber das Gesetz das Reich für haftbar erklärt, dann muß es auch ein Mittel zur Durchführung dieser Haftung gewähren, und letztere kann nur darin bestehen, daß das Reich persönlich in Höhe des Wertes des Schiffes haftbar ist. Es muß aber von dieser persönlichen Haftung frei werden, wenn das Kriegsschiff etwa zur Zeit der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorhanden ist. b) **RG. 72** 347 ff. HGB. §§ 734 ff. sind auf Zusammenstöße, die von deutschen Kriegsschiffen schuldhaft herbeigeführt sind, nicht anwendbar. Vielmehr gilt für die Schadenshaftung des Reichs aus denselben nach EGBGB. Art. 77 das Landesrecht, in Preußen seit 1. Oktober 1909 das Gesetz vom 1. August 1909 über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, nach welchem der Reichsfiskus jetzt persönlich und ohne Beschränkung haften würde. Hieran ändert nichts, EGHGB. Art. 7, da dieses Gesetz gleichzeitig mit dem BGB. und dessen EG. in Kraft getreten ist und nur in Handelssachen nach EGHGB. Art. 2 das HGB. u. dessen EG. dem BGB. vorgeht. Dazu kommt, daß die Anwendung von HGB. §§ 485, 486 auf Kriegsschiffe zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde (ausgeführt S. 351 ff.). In dem vom OLG. Kiel entschiedenen Falle (oben zu a) ist somit eine Haftung des Reichs für Verschulden der Führung eines seiner Kriegsschiffe nicht zu begründen.

6. Internationales Privatrecht. HansGZ. **09** Hptbl. 65 (Hamburg). Auf einen auf hoher See erfolgten Zusammenstoß zwischen mehreren ausländischen Schiffen mit verschiedenem Heimatsrechte kann der deutsche Richter aus äußeren Gründen nur deutsches Recht anwenden (mit **RG. 49** 187). ➛ Vgl. hierzu die bei Wittmaack, GoldschmidtsZ. **65** 513 ff. und **66** 149 angegebene ausländische Judikatur. Red. ⟵

§ 735. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 95, LeipzZ. **09** 543. Das Verschulden desjenigen, der eine ernste, den anderen Teil zu raschen Abwehrmaßregeln zwingende Kollisionsgefahr geschaffen hat, ist höher zu bewerten als das Verschulden des anderen, wenn dieser in der Gefahr aus Mangel an Geistesgegenwart, Einsicht oder Entschlußkraft die richtigen Maßnahmen versäumt.

§ 738. 1. Nach Heuer, HansGZ. **09** Hptbl. 111, und dem OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **09** 202, haftet das Reich für Verschulden des Zwangslotsen im Kaiser-Wilhelms-Kanal; außerdem haftet der Zwangslotse selbst. Eichholz, HansGZ. **09** Hptbl. 117, verneint die Haftung des Reichs.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 44, **09** Hptbl. 11, LeipzZ. **09** 247 (Hamburg): wie JDR. **7** zu § 738 unter Ziff. 2 (Zuziehung von Schleppern im Kaiser-Wilhelms-Kanal).

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3477. Hat sich das Schiff unter Führung eines Zwangslotsen befunden, so trifft den Reeder, der von der Verantwortung des von demselben angerichteten Schadens frei sein will, auch dafür die Beweislast, daß die zur Schiffsbesatzung gehörigen Personen die ihnen obliegenden Pflichten erfüllt haben. ➛ Dieser ohne Begründung aufgestellte Satz widerspricht der bisherigen dem § 738 in Literatur und Judikatur gewordenen Auslegung. Vgl. Schaps 673. Red. ⟵

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§ 740. 1. SchlHolstAnz. **09** 165 (Kiel). Der Begriff der Seenot setzt keineswegs eine unmittelbare Notlage voraus; es genügt, wenn bei vernünftiger Beurteilung der gegebenen Verhältnisse angenommen werden darf, daß das Schiff oder

die Besatzung einer sich mit Notwendigkeit oder aller Wahrscheinlichkeit aus der Situation entwickelnden Gefahr des Unterganges oder einer größeren Beschädigung ausgesetzt sein werde und daß diese Gefahr von der Schiffsbesatzung mit eigenen Kräften nicht bewältigt werden kann.

2. **RG. 70** 276. Dadurch, daß ein Schiff bereits gesunken ist, wird eine Seenot nicht ausgeschlossen; vielmehr kann die Gefahr weiterer Schädigung vorliegen, wenn die Hebung nicht alsbald gelingt.

§ 741. HansGZ. **09** Hptbl. 19 (Hamburg). Auch Vereinbarungen über die Höhe des Berge- oder Hilfslohns unterliegen den Vorschriften des § 138 BGB. (so schon Schaps 710, Brandis **2** 135, 142, HansGZ. **07** Hptbl. 83 [Hamburg]).

§ 742. HansGZ. **09** Hptbl. 22 (Hamburg). Den Berge- oder Hilfslohnsgläubiger treffen keine Prozeßkosten, soweit seine Forderung sich in den Grenzen gehalten hat, innerhalb deren eine vernünftige Schätzung des ihm zukommenden Lohnes schwanken konnte.

§ 753. **RG. 70** 278. Auf Grund einer vertragsmäßigen Bergung kann gegen den Reeder ein persönlicher Anspruch aus nützlicher Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung nicht erhoben werden.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

Literatur: Byk, Wesen des Schiffsgläubigerrechts, insbesondere am eigenen Schiffe (Dissertation. Jena 1910). — Mathies, Das Schiffsgläubigerrecht, insbesondere das Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe (Dissertation. Heidelberg 1909). — Nolte, Die Haftung des Reeders für die Schiffsverbindlichkeiten (Dissertation. Heidelberg 1908).

§ 754. 1. Rechtliche Natur des Schiffsgläubigeranspruchs. **a)** Nolte 60 ff. hält eine pfandrechtlich gesicherte actio in rem scripta für vorliegend (mit Cosack, Schaps, Ehrenberg, Brandis). **b)** Nach Mathies 25 ff. ist das Schiffsgläubigerrecht eine Forderung gegen den Reeder, in dessen Person sie entstanden ist; wegen dieser Forderung kann der Schiffsgläubiger Befriedigung stets und in der Regel nur aus dem Schiffsvermögen suchen, an dem er ein Pfandrecht hat; volle Befriedigung aus dem Landvermögen kann er von diesem Reeder nur in den Fällen verlangen, in denen die beschränkte Haftung des Reeders (§§ 485, 486) nicht Platz greift, sowie Befriedigung bis zu einer bestimmten Höhe von dem Reeder, der eine der unter §§ 771—774 fallenden Handlungen vornimmt (mit Pappenheim). Gleichfalls für Pappenheims Theorie Byk, 29 ff.

2. Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe. **a)** Nach Mathies 45 ff. kann ein solches entstehen durch Sukzession und in den Fällen, in denen es auf einem tatsächlichen Vorgange beruht (großer Haverei, Bergung oder Hilfsleistung, Schiffszusammenstoß), nicht aber durch Vertrag. **b)** Byk 31 ff. leugnet die Möglichkeit eines originären Schiffsgläubigerrechts am eigenen Schiffe, läßt aber den Übergang eines bestehenden Schiffsgläubigerrechts auf den Reeder mit Rücksicht auf BGB. §§ 1252, 1256 zu.

3. Einzelnes. OLG. **19** 179 (Hamburg). Zu den Verwahrungskosten können auch Versicherungskosten gehören.

§ 761. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 25. Ein Zurückbehaltungsrecht an einem Schiffe ist in der Zwangsversteigerung Schiffsgläubigerrechten und eingetragenen Pfandrechten gegenüber wirkungslos (ebenso Brodmann, GoldschmidtsZ. **59** 228; anders HansOLG. ebendort, Schaps, Seerecht 765; vgl. auch Brandis, Seerecht **2** 146).

§ 774. SchlHolstAnz. **09** 4 (Kiel). Auf die Haftung des Reichs wegen des durch ein Kriegsschiff schuldhaft verursachten Kollisionsschadens ist die von Boyens (GoldschmidtsZ. **61** 263) angenommene entsprechende Anwendung des § 774 nicht möglich, da es sich in beiden Fällen um verschiedenartige Tatbestände handelt.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Literatur: Gütschow, Vergleichende Zusammenstellung der wichtigsten Versicherungsrechte (1909). — Möller, Das Seeversicherungsrecht und die neueste Reichsgesetzgebung, HansGZ. **09** Beil. Nr. 2. — Honsberg, Die beschränkte Haftung des Versicherers nach den wichtigsten deutschen und ausländischen Seeversicherungspolicen, Zeitschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **2** 213 ff., 244 ff.

§ 778. Brodmann, GoldschmidtsZ. **64** 264 ff., führt aus, Kaskoversicherung sei nicht eigentlich Sachversicherung, sondern Versicherung des Interesses, das der Reeder an seinem Schiffe habe; Schiffsgläubigerrechte am Schiffe minderten dieses Interesse, und der Versicherte brauche, wenn ein solches mit Schiffsgläubigerrecht beschwertes Schiff verloren gehe, nur den so geminderten Wert, den das Schiff für den Reeder hatte, zu ersetzen, vorausgesetzt, daß er die Gefahr, in der die Entstehung des Schiffsgläubigerrechts begründet liege, nicht ebenfalls übernommen habe. Habe er auch diese Gefahr zu tragen, so müsse er die ungekürzte Versicherungssumme zahlen. Hierzu Bovens, GoldschmidtsZ. **64** 299 ff.

§ 821. 1. **RG. 70** 95. Der Versicherer, der sich auf die Zusätze zu § 70 Allg. Seeversicherungs-Bedingungen beruft, muß den Beweis führen, daß das Schiff in nicht seetüchtigem oder überladenem Zustand ausgesandt ist und daß ein Kausalzusammenhang zwischen diesem Mangel des Schiffes und dem Schaden, für den er in Anspruch genommen wird, besteht.

2. S. § 513.

§ 825. **RG. 71** 395 ff. a) Für den Fall der Frachtversicherung ist zwar erforderlich, daß ein bereits geschlossener Frachtvertrag vorliegt; indessen ist es nicht Bedingung, daß „besegelte" Fracht in dem Sinne vorliegt, daß die Güter sämtlich oder teilweise in das Schiff verladen sind (➽ vgl. JDR. **6** 717 Ziff. 2 zu § 779. Red. ⬅). b) Aus §§ 825 Abs. 1, 823 Abs. 1 ergibt sich, daß die Frachtversicherung jeweilig nur gelten kann für eine und dieselbe Frachtreise. Wenn also das Schiff, während es mit voller Frachtladung unterwegs ist, einen die Fracht in Mitleidenschaft ziehenden Seeunfall erfährt, so kann der Frachtversicherer nicht zugleich verantwortlich gemacht werden für den Verlust, den der Versicherte etwa dabei auch an der Fracht einer zukünftigen Frachtreise erleidet, sollte auch der betreffende Frachtvertrag bereits abgeschlossen gewesen sein. Dagegen steht nichts im Wege, falls das Schiff behufs Erfüllung des Frachtvertrags zunächst eine Zureise zum Abladehafen zu machen hat, eine Frachtversicherung für die kombinierte Zu- und Transportreise zu nehmen, mit der Folge, daß, wenn die Frachtforderung auf einem bereits geschlossenen Frachtvertrage durch einen Seeunfall auf der Zureise verloren geht, der Versicherer dafür einzustehen hat.

§ 827. **RG.** JW. **09** 503, LeipzZ. **09** 937, R. **09** Ziff. 3009. Feuersgefahr an Ausrüstungsgegenständen des Schiffes, die sich zur Zeit am Lande befinden, ist nicht ohne weiteres durch die Seeversicherung gedeckt.

§ 834. **RG.** JW. **09** 467, LeipzZ. **09** 782, R. **09** Ziff. 2409. Hebungskosten sind als Rettungskosten vom Versicherer zu ersetzen, ohne Abzug „neu für alt".

§ 849. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 107, LeipzZ. **09** 780. Der Versicherer „nur für Seegefahr" haftet nicht für kriegsähnliche Gefahren, wie Revolutions- und Aufruhrsgefahr.

§ 875. HansGZ. **09** Hptbl. 36 (Hamburg). Wenn sich der Versicherer dem Versicherten gegenüber wiederholt auf Schadensregulierungen eingelassen hat, ohne daß § 133 Allg. Seeversicherungs-Bedingungen beachtet waren, so ist darin eine stillschweigende Willenserklärung des Versicherers zu finden, daß er dieses Verfahren bis auf Widerruf guthieß.

§ 884. HansGZ. **09** Hptbl. 80, LeipzZ. **09** 575 (Hamburg). Zum Nachweise der Verladung der Güter muß ein Konnossement trotz der Klausel „Gewicht unbe-

kannt" u. dgl. genügen, wenn es durch die Gewichtsangaben der Zollbehörde und durch das eidliche Zeugnis des Abladers ergänzt ist. Im übrigen muß gerade, wo vertragsmäßig (Allg. Seeversicherungs-Bed. § 146) eine weitgehende Beweiserleichterung wegen der Schwierigkeit der Beschaffung anderer Beweise bedungen ist, da auf schlüssige und hinreichende Beweisführung gedrungen werden, wo eine solche Schwierigkeit nicht vorliegt oder gar der Versicherte eine auffällige Lässigkeit in der Beschaffung von Feststellungen unaufgeklärt läßt.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 2. Rechtsprechung. 1. **RG. 72** 56, JW. **09** 737. Da das DepotG. nicht die Lehre vom Verzuge regelt, so werden die rechtlichen Erfordernisse des Verzugs des Kommissionärs bei Nichtübersendung des Stückeverzeichnisses und seiner sonstigen Verpflichtungen (§ 3 DepotG.) gemäß Art. 4 EGBGB. und Art. 2 EGHGB. durch die Vorschriften des § 284 BGB. bestimmt. S. a. BDepotG. §§ 3, 4 Ziff. 1.

2. **RG.** R. **08** Beil. 478 Ziff. 2738. Diese Vorschrift schließt nicht aus, daß Bestimmungen des HGB. im einzelnen Falle besondere Geltung haben, soweit sie sich nicht ausdrücklich oder nach ihrem Wesen auf Handelssachen beschränken. So ist die Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher einer Partei auch im Prozesse über Nichthandelssachen zulässig.

Art. 3. **RG.** JW. **08** 688. Nach Art. 3 EGHGB., § 21 StrandO. ist § 4 der StrandO. § 749 HGB., wonach der Reeder eines bergenden Schiffes einen Anspruch auf Gewährung eines angemessenen Bergelohns hat, ist auch auf Kriegsschiffe anzuwenden.

Art. 7. R. **08** Beil. 212 Ziff. 1270 (PrKompGH.) § 13 GVG. Für den Anspruch auf Ersatz des Schadens, den ein Zolldampfer bei Ausübung des Zolldienstes einem Schiffe beim Anborden durch Zusammenstoß zufügt, ist der Rechtsweg zulässig.

Art. 8. RheinA. **106** I 50 (Düsseldorf). Die Bestimmung im § 3 Ziff. 9 Pr. EGHGB. (aF.), wonach die zur Vermittelung von Kaufgeschäften über Waren, Schiffe oder Handelspapiere bestellten Handelsmäkler zugleich die Befugnis hatten, öffentliche Versteigerungen abzuhalten, ist durch Art. 8 AGHGB. v. 24. September 1899 aufgehoben worden. Die Vorschrift des Art. 13 daselbst bezieht sich nur auf die zum Verkauf aus freier Hand öffentlich ermächtigten Handelsmäkler.

Seerechtliche Nebengesetze.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Art. 16. **RG.** R. **09** Ziff. 2201. „Mäßige" Geschwindigkeit im Sinne des Art. 16 ist nicht eine solche, die im Verhältnisse zur vollen Geschwindigkeit mäßig ist. Nicht auf diesen Vergleich kommt es an, und es ist auch nicht ausschließlich auf die Möglichkeit schnellen Stoppens Rücksicht zu nehmen. Vielmehr muß je nach den bestehenden Verhältnissen (Dichtigkeit des Nebels, Manövrierfähigkeit des Schiffes, Befahrenheit der Straße) die Fahrt derartig geregelt werden, daß beim Insichtkommen eines anderen Schiffes noch Zeit und Raum zum Ausweichen bleibt.

Art. 19. HansGZ. **09** Hptbl. 26 (Hamburg). Für den Hamburger Hafen geht § 28 Abs. 2 HambHafenG., nach welchem durch Maschinenkraft getriebene Hafen- und Flußfahrzeuge, wenn sie das Fahrwasser kreuzen, allen in der Richtung desselben fahrenden Schiffen auszuweichen haben, dem § 19 SeeStrO. vor.

Artt. 19, 21. HansGZ. **09** Hptbl. 118 (Hamburg). Die Ausweichvorschriften der SeeStrO. gelten stets auch innerhalb des Hamburger Hafengebiets, sie müssen aber außer Anwendung bleiben, wenn außergewöhnliche Verhältnisse ein den Umständen entsprechendes vorsichtiges Manövrieren unter Außerachtlassung der besonderen Ausweichvorschriften notwendig machen. Das ist aus SeeStrO. Artt. 27 u. 29 abzuleiten (vgl. auch **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 125).

Art. 28. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 61 (Hamburg). Die im § 28 vorgeschriebenen Signale sind auch dann abzugeben, wenn ein Dampfer erst während der Ausführung einer Kursänderung eines anderen Schiffes ansichtig wird.

2. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 95. Art. 28 ist keineswegs dahin zu verstehen, daß nur die Manöver anzuzeigen sind, die nach den Vorschriften der Seestraßenordnung ausdrücklich geboten sind. Es besteht vielmehr ein noch stärkeres Bedürfnis dafür, solche Manöver anzuzeigen, die den Regelvorschriften nicht entsprechen, indessen dem Dampferführer gemäß Artt. 27 und 29 geboten erscheinen, weil der Gegendampfer mit solchen Manövern weniger rechnen kann wie mit den ausdrücklich nach den Hauptregeln vorgeschriebenen. Art. 28 ist daher so zu verstehen, daß die entsprechenden Manöver stets dann zu signalisieren sind, wenn sie zur Verhütung eines Zusammenstoßes oder mit Rücksicht auf die angenommene Gefahr eines solchen vorgenommen werden.

Gesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§§ 4 ff. Literatur: Voß, Das Schiffsregister (Dissertation. Erlangen 1908).

§ 26. SchlHolstAnz. **09** 164 (Kiel). Eine Lustyacht, die von dem Rechte zur Führung der Reichsflagge Gebrauch macht, gilt als Seeschiff im Sinne des vierten Buches des HGB. Ebenso Cosack 127.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 25. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 15 (LG. u. OLG. Hamburg). Die Frage, welche Rechte der Staat hinsichtlich der Wracks habe und ob er sich auch an das Landvermögen des Reeders des schuldigen Schiffes halten könne, ist durch § 25 StrO. nicht erschöpfend und endgültig geregelt. Die fragliche Bestimmung und der **RG. 64** 49 entschiedene Fall (JDR. **6** zu StrO. § 25 unter Ziff. 2) erörtern einen auf Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung gestützten Anspruch überhaupt nicht.

2. SchlHolstAnz. **09** 266 (Kiel). a) Die Zuständigkeit der Behörde zur Fortschaffung von Schiffahrtshindernissen wird, wenn im übrigen begründet, nicht dadurch aufgehoben, daß der Eigentümer des gesunkenen Fahrzeugs sich sofort und, ehe die Behörde mit den Beseitigungsarbeiten begonnen hat, zu eigener Beseitigung des Hindernisses erboten hat. b) Zur Beseitigung von Schiffahrtshindernissen im Kaiser-Wilhelms-Kanal ist zuständig nicht das Strandamt, sondern das Kanalamt.

Schiffsvermessungsordnung vom 1. März 1895.

§ 33. HansGZ. **09** Hptbl. 58 (Hamburg). Jede bauliche Veränderung des Schiffes, welche geeignet ist, den im Meßbriefe festgestellten Raumgehalt zu beeinflussen, ist eine bauliche Veränderung im Sinne des § 33.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 37. **RG.** (Straff.) **41** 419, R. **09** Ziff. 619. § 37 enthält nur eine Anweisung an den Kapitän, entscheidet aber nicht über die Frage, wie sich der Schiffsmann zu verhalten hat, wenn darüber, ob die im § 37 angeführten wichtigen Gründe vorliegen,

zwischen ihm und dem Kapitän Meinungsverschiedenheit besteht. Für einen solchen Fall können vielmehr nur die §§ 34, 85 Abs. 2 maßgebend sein. Hiernach hängt die Verpflichtung, einen Befehl des Vorgesetzten zur Leistung von Sonntagsarbeit zu befolgen, nur davon ab, daß die Arbeit das Schiff oder die Ladung betrifft.

§ 87. **RG.** (Straff.) **42** 120. Die Bestimmungen der §§ 87, 88, 96 Ziff. 5 SeemO. schließen die Anwendung des § 263 StGB. nicht aus.

§ 101. **RG.** (Straff.) **41** 418. § 101 setzt nicht voraus, daß der Täter an der die Gehorsamsverweigerung betreffenden Verabredung persönlich teilgenommen hat: es genügt, daß er die ohne seine Zuziehung getroffene Vereinbarung genehmigt und ihr Folge geleistet hat.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelms-Kanal. 1. Haftung des Reichs und des Zwangslotsen für Verschulden des letzteren: s. zu HGB. § 738 Ziff. 1.

2. Haftung des Reichs für Verschulden des Führers eines Kanalschleppers: s. u. zu § 92.

3. Zuziehung von Schleppern: s. zu HGB. § 738 Ziff. 1.

4. Beseitigung von Schiffahrtshindernissen: s. zu StrandO. § 25 Ziff. 2.

§ 2. SchlHolstAnz. **09** 119 (Kiel). Der Pächter einer Fähre ist Ausrüster im Sinne des BinnenSchG.

§§ 3, 7. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 126, SpeduSchiffZ. **09** 532. Das Gesetz legt sowohl dem Schiffseigner wie dem Schiffer eine selbständige Verantwortung auf, den Erfordernissen eines gesicherten, normalen Verkehrs gerecht zu werden. Bei der Bestimmung dieser Verantwortung im einzelnen muß insbesondere auf die allgemeine Übung der beteiligten Verkehrskreise Gewicht gelegt werden, d. h. darauf, was in diesen Kreisen als notwendig und geboten angesehen wird, um Schaden zu verhüten. Gilt in den Kreisen der Schiffahrt das runde Steuer für ungeeignet, um das Fahrzeug beim Passieren der zahlreichen Sände auf der Elbe sicher in der Gewalt zu behalten, so liegt eine Fahrlässigkeit vor, wenn sich Schiffseigner und Schiffer darüber hinwegsetzen und die Schiffahrt mit dem ungeeigneten Steuer betreiben, einerlei, wie sich die polizeilichen Instanzen dazu verhalten.

§§ 4, 19. **RG. 70** 278. Die Zustimmung zu einem vom Schiffer innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse abgeschlossenen Geschäfte bewirkt nicht ohne weiteres, daß der Schiffseigner auch mit dem Landvermögen verpflichtet wird.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 267, HansGZ. **09** Hptbl. 53, R. **09** Ziff. 1061. Dem Führer des Binnenschleppzugs liegt die Verantwortlichkeit für die Navigierung des ganzen Schleppzugs ob, und wenn er dabei auch auf eine pflichtmäßige Mitwirkung und Unterstützung durch die Kahnschiffer rechnen darf, so kann ihn dies doch nicht davon befreien, die erforderlichen Beobachtungen anzustellen, ob ihm die Kähne ordnungsmäßig folgen oder ob besondere, die Sicherheit des Schleppzugs gefährdende Umstände eingetreten sind.

2. HansGZ. **09** Hptbl. 77 (Hamburg). Der Schleppschiffseigner ist beweispflichtig für die Anwendung aller zur Vermeidung von Unfällen von einem ordentlichen Schlepper anzuwendende Sorgfalt. Daraus folgt aber noch nicht, daß er für jeden äußeren Unfall haftet, auch wenn dessen Ursache völlig unaufgeklärt geblieben ist. Es kann auch nicht ein Exkulpationsbeweis des Inhalts von ihm verlangt werden, daß ihn ein Verschulden am Unfall überhaupt nicht treffe. Einer Exkulpation bedarf es erst dann, wenn der Verdacht eines Verschuldens vorliegt, und ein solcher wird noch nicht allein dadurch begründet, daß das geschleppte Fahrzeug mit einem anderen Schiffe kollidiert ist.

3. HansGZ. **09** Hptbl. 78 (Hamburg). Beruht die Schleppung nicht auf einem Schleppvertrage, so kommt für die Verjährung eines dem geschleppten Schiffe gegen den Schlepper entstehenden Schadensersatzanspruchs nicht BGB. § 638, sondern nur BinnenSchG. § 117 in Betracht.

4. HansGZ. **09** Hptbl. 57 (Hamburg). Verjährungszeit für Ansprüche aus dem Schleppvertrage. Die Entscheidung deckt sich mit der JDR. **7** 702 wiedergegebenen (HansGZ. **08** Hptbl. 28).

5. HansGZ. **09** Hptbl. 78 (Hamburg). Die Verjährung des gegen den Schlepper erwachsenen Schadensersatzanspruchs wird nicht unterbrochen durch Streitverkündung im Prozesse des geschleppten Schiffes gegen den dritten Kollidenten.

§ 7. **RG.** R. **09** Ziff. 1115. § 7 ist dahin zu verstehen, daß der Schiffer gegenüber den Ladungsbeteiligten, den beförderten Personen und der Schiffsbesatzung in der Regel wie ein Mitkontrahent zu behandeln ist. Er haftet also wegen eines von ihm verschuldeten Unfalls solidarisch mit dem aus dem Frachtvertrage haftenden Schiffseigner.

§ 15. **RG. 70** 277. Zu den gesetzlichen Befugnissen des Schiffers gehört der Abschluß eines Bergungsvertrags.

§ 20. GewuKfmG. **09** 264 (GewG. Mainz). 1. Einstellung der Schiffahrt infolge von Eisgang ist kein die sofortige Entlassung des Schiffers rechtfertigender Grund.

2. Unter „Monat" im Abs. 2 ist der Kalendermonat zu verstehen.

§ 21. SpeduSchiffZ. **09** 121 (LG. Brandenburg, Strafk.). Zur Schiffsmannschaft können auch Frauen gehören.

§ 47. SpeduSchiffZ. **09** 586 (AG. und LG. Hamburg). Schluß der „ortsüblichen Geschäftsstunden" in Hamburg.

§ 48. SpeduSchiffZ. **09** 316 (Älteste der Kaufmannschaft Berlin). Es besteht in Berlin seit langem eine Usance dahin, daß sich der Schiffer erst dann als löschbereit melden darf, wenn sein Fahrzeug am Löschplatze liegt, und daß demgemäß die Löschzeit erst mit dem Tage beginnt, der auf die tatsächliche Erreichung des angewiesenen Löschplatzes folgt. Diese Usance besteht, auch nachdem sich das KG. (OLG. **2** 370) dahin ausgesprochen hat, daß die Meldung der Löschbereitschaft erfordere, daß der sich meldende Schiffer sofort mit der Löschung beginnen kann, und daß sein Kahn zur Zeit der Meldung noch nicht am Löschplatze zu liegen brauche. ➼ Vgl. im Gegensatze hierzu die Veröffentlichung der Handelskammer Berlin, SpeduSchiffZ. **09** 576, 638. Red. ⟵

§ 58. HansGZ. **09** Hptbl. 97 (Hamburg). S c h i f f a h r t s u n f a l l im Sinne des § 87 der Bedingungen der Elbschiffahrtsgesellschaften ➼ vgl. JDR. **6** 721. Red. ⟵

§ 61. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 20, LeipzZ. **09** 249, SpeduSchiffZ. **09** 604 (Hamburg). Eine Besichtigung des Gutes behufs Feststellung von Mindergewicht ist nicht ordnungsmäßig, wenn nur noch ein Teil des Gutes vorhanden, der Rest schon fortgeschafft ist und sich der Sachverständige auf Prüfung der Wägezettel ꝛc. beschränkt.

2. R. **09** Ziff. 3238 (Colmar). Zu den „amtlich bestellten Sachverständigen" zählen auch die von der städtischen Hafenverwaltung ein für allemal zur Feststellung des Gewichts von Schiffsladungen bestimmten Hafenmeister.

§§ 63 ff. SpeduSchiffZ. **09** 119 (Handelskammer Berlin). Es ist Usance, daß der Frachtführer dem Empfänger bei Abhebung der Fracht einen ordnungsmäßigen Ablieferungsschein seitens des zur Abnahme der Ladung Befugten übergibt und der Empfänger die Fracht nur gegen Aushändigung eines solchen Ablieferungsscheins bezahlt.

§ 66. SpeduSchiffZ. **09** 446 (Handelskammer Berlin). Der Empfänger einer Kahnladung hat die Ufergelder zu tragen, auch wenn der Ladeschein die Klauseln „franko gegen Lieferschein" oder „inkl. aller Kosten" enthält. ➼ Vgl. JDR. **7** 703. Red. ⟵

§ 92. SchlHolstAnz. **09** 249 (Kiel). Durch BinnenSchG. § 92 sind für die Binnenschiffahrt alle entgegenstehenden landesgesetzlichen Vorschriften aufgehoben, nach denen der Staat für den von seinen Beamten in Ausübung öffentlicher Gewalt zugefügten Schaden nicht haften soll. Es haftet also das Reich für das Verschulden des Führers eines Kanalschleppers. ➵ Vgl. aber hierzu das zu § 734 HGB. unter Ziff. 5 abgedruckte Urteil des **RG.** Red. ⇜

§ 93. **RG. 70** 276. Dadurch, daß ein Schiff bereits gesunken ist, wird eine Schiffahrtsgefahr nicht ausgeschlossen; vielmehr kann die Gefahr weiterer Beschädigung vorliegen, wenn die Hebung nicht alsbald gelingt.

§ 100. **RG. 70** 278. Auf Grund einer vertragsmäßigen Bergung kann gegen den Schiffseigner ein persönlicher Anspruch aus nützlicher Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung nicht erhoben werden.

§§ 119 ff. Literatur: Voß, Das Schiffsregister (Dissertation. Erlangen 1908).

§ 131. SchlHolstAnz. **09** 199 (Kiel). Ein Fährpram fällt nicht unter § 131 BinnenSchG.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Literatur: Altschul, Bemerkungen zur Dienstanweisung für den Postprotest. — Aschenborn, Der Postüberweisungs- und Scheckverkehr. — Danecke, Die Zollgebührenordnung und die sonstigen Bestimmungen über Gebühren und Vergütungen für den Zoll- und Reichssteuerverkehr. — Eger und Gordan, Telegraphen- und Telephonrecht. — Fischer-König, Die deutsche Post- und Telegraphengesetzgebung nebst den Weltpostverträgen, dem internationalen Telegraphenvertrag und dem internationalen Funkentelegraphenvertrag. — Gareis, Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs vom 1. April 1892 und 16. Juli 1908. 2. Aufl. — Derselbe, Internationaler Funkentelegraphenvertrag vom 3. Nov. 1906. — Derselbe, Telegraphenwegegesetz vom 18. Dez. 1899. 2. Aufl. — Heuer, Postordnung und Empfänger bei eingeschriebenen Briefen, DJZ. **13** 1278. — Koch, Der Postprotest. — Lamp, Die Person des Zollschuldners in der Zollrechtsgeschichte — Landsberg, Die drahtlose Telegraphie im deutschen und internationalen Verkehrsrechte mit besonderer Berücksichtigung des internationalen Vertrags vom 3. Nov. 1906. — Loewy, Bemerkungen zum Postüberweisungs- und Scheckverkehr, BankA. 7 Nr. 20. — Meili, Die Luft in ihrer Bedeutung für das modernste Verkehrs- und Transportrecht, SeuffBl. **74** 1, 41. — Wilß, Das Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs vom 6. April 1892 nebst Abänderungsgesetz vom 7. März 1908. — Wolcke, Das Postrecht.

Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871/20. Dezember 1899.

§ 1. **RG.** EisenbE. **25** 421, JW. **09** 337. Für den Begriff des verschlossenen Briefes ist allein entscheidend, daß der verschlossene Umschlag in seiner äußeren Gestalt die übliche Briefform zeigt, dagegen gleichgültig, was für ein Gegenstand in ihm befördert wird. Die Tatsache, daß Geld hineingelegt ist, würde den Begriff des verschlossenen Briefes nicht in Frage stellen. Ebensowenig gehört es zum Wesen des verschlossenen Briefes, daß mit dem Verschließen der Zweck verfolgt wird, seinen Inhalt der Kenntnis des Beförderers zu entziehen.

§§ 6, 8, 12. (Postordnung § 31). **RG. 70** 314, EisenbE. **25** 398, JW. **09** 171. Ein Postbeförderungsvertrag kommt dadurch zustande, daß eine Sendung in den Besitz der Postverwaltung zum Zwecke der Beförderung übergeht. Eine körperliche Ergreifung und eine, wenn auch nur flüchtige Prüfung der Sendung auf ihre Postordnungsmäßigkeit durch die Postbeamten ist hierzu nicht erforderlich. Der Einlieferungsschein bei Wertsendungen ist nur ein Beweismittel, das dem Absender in seinem eigenen Interesse gegeben wird, und kein Erfordernis für das Zustandekommen des Beförderungsvertrags, und der Beweis der reglementmäßig erfolgten Einlieferung kann nicht nur durch Vorlegung des Posteinlieferungsscheins oder durch die postamtlichen Buchungen, sondern auch in anderer Weise geführt werden.

Gesetz betreffend einige Änderungen von Bestimmungen über das Postwesen vom 20. Dezember 1899 (Postgesetznovelle).

Art. 3. **RG. 70** 395, JW. **09** 252. Eine Klage, mit der die Abwehr der postbehördlichen Maßnahmen aus Art. 3 bezweckt wird, unterliegt der Abweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs.

Telegraphengesetz vom 6. April 1892.

§ 3. Ziff. 2. **RG.** JW. **09** 284, EisenbE. **25** 419. Zum Begriffe der Telegraphenanlagen im Sinne des § 3 Ziff. 2 ist nicht erforderlich, daß die betreffenden Anlagen für die Bahn unentbehrlich sind. Die Vorschrift umfaßt vielmehr ihrem unzweideutigen Wortlaute nach alle auf den Transportlinien dem Transportbetrieb ausschließlich dienenden Telegraphen- und Fernsprechanlagen. Dienen die errichteten Fernsprechanlagen tatsächlich in betriebstechnischer und wirtschaftlicher Hinsicht dem bestehenden Bahnunternehmen, so kann es in keiner Weise darauf ankommen, ob sie zweckmäßiger durch anders beschaffene Vorrichtungen ersetzt werden und ob die Zwecke des Unternehmens in gleicher Weise auch durch andere Einrichtungen durchgeführt werden können. Kommt es aber lediglich darauf an, ob die errichteten Fernsprechanlagen tatsächlich den Zwecken des Bahnbetriebs dienen, so kann es auch nicht wesentlich sein, ob vermöge der Beschaffenheit der Anlagen, insbesondere ihrer Unterbringung in Privathäusern, die Gefahr mißbräuchlicher Benutzung durch beliebige Dritte zu anderen als Betriebszwecken begründet ist.

Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869.

§ 13. **RG. 70** 405, EisenbE. **26** 52, JW. **09** 281. Zollschuldner ist nur, wer zur Zeit des Fälligwerdens des Zolles die Möglichkeit unmittelbarer Beherrschung der Sache hat, also nur der unmittelbare Besitzer der Sache. Wem diese Möglichkeit im kritischen Zeitpunkte fehlt, ist nicht Zollschuldner, auch wenn in seinem Auftrage — durch einen Spediteur — die Ware in das Inland hereingebracht wurde. Dadurch, daß bei der Einführung der Ware durch einen Spediteur die Person des Importeurs, für den die Ware eingeführt wurde, feststand, wird an dem Erfordernisse des unmittelbaren Besitzes nicht geändert. Ebenso ist es unerheblich, ob der Importeur durch die auf ihn lautenden Ladescheine die rechtliche Verfügungsmacht über die Ware bereits hatte.

Bankdepotgesetz.

Vom 5. Juli 1896.

§§ 1, 2. LeipzZ. **09** 705 (Dresden). Eine dem § 2 BDepotG. entsprechende Erklärung (Ermächtigung zur Rückgabe gleichartiger Wertpapiere nebst uneingeschränkter Verfügung) gewährt nur den persönlichen Anspruch auf Rückgabe derselben Menge gleichartiger Wertpapiere (**RG. 55** 202, **58** 286). Zweifelhaft sind die Rechte des Pfandgläubigers, wenn ihm nur eine der beiden Ermächtigungen erteilt ist, namentlich ob er bei bloßer Verfügungsermächtigung den Erlös dem Verpfänder gutbringen muß, statt ihm später bei Kursrückgang billiger eingekaufte gleichartige Papiere zu liefern. OLG. hat daher auf einen Eid für den Bankier, daß eine § 2 entsprechende Erklärung (mit beiden Ermächtigungen) vorgelegen hat, erkannt.

§§ 3, 4. 1. **RG. 72** 56, JW. **09** 737 Ziff. 44, ZAktWes. **09** 232. (S. a. EGHGB. Art. 2 Ziff. 1.) RG. gibt die bisherige Rechtsprechung **48** 7 auf, daß der Kommissionär, der gemäß § 3 DepotG. dem Kommittenten binnen 3 Tagen nach dem

tatsächlichen oder möglichen Erwerbe der Stücke deren Verzeichnis zu übersenden hat, nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist ohne weiteres in Verzug gerät (§§ 284 BGB., Art. 2 EGHGB.). Die im § 4 DepotG. vorgeschriebene Aufforderung begründet aber zugleich die Inverzugsetzung des Kommissionärs, sofern diese bis zur Aufforderung noch nicht erfolgt ist. →→ Also: 3 Tage (§ 3) + Aufforderung (§ 4) + 3 Tage (§ 4), nicht 3 Tage + Mahnung + Aufforderung + 3 Tage. Sachlich wäre RG. 48 7 nicht anders entschieden. Red. ←← In dem gesamten Verhalten des Kommittenten, der sich mit der Aufbewahrung der Shares in London begnügt, ein Stückeverzeichnis mehrere Jahre lang nicht verlangt und die ihm zugesandten Kontokurrentauszüge nicht bemängelt, liegt zwar ein stillschweigender, aber nach Abs. 2 § 3 ungültiger Verzicht auf die Übersendung des Stückeverzeichnisses (**RG. 65** 177). Der § 3 Abs. 2 unterscheidet nicht zwischen dem Verzicht auf die Übersendung des Stückeverzeichnisses überhaupt, oder auf Zeit (Einverständnis mit Verzögerung); seine Formvorschrift gilt für beide Fälle.

2. Levis, Die Aufforderung zur Erteilung des Stückeverzeichnisses gemäß § 4 DepotG., R. **09** 31. Im Gegensatze zu **RG. 67** 183 wird die allgemeine Ablehnung der Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zur Aufforderung, das Stückeverzeichnis zu übersenden und zur Entgegennahme dieser Aufforderung mit Rücksicht auf die sonstige Erstreckung der Prozeßvollmacht hinsichtlich materiellrechtlicher Erklärungen bekämpft. Die Aufforderung dient häufig zur Klärung der Rechtsbeziehungen (Differenzeinwand) und als Unterlage des Prozeßbegehrens. Bedenklich ist andererseits, daß der Prozeßbevollmächtigte des Kommissionärs das Verzeichnis häufig in der kurzen Frist nicht besorgen kann. Ein allgemein wirkendes Gegenmittel ist aus dem zwischen Kommittenten und Kommissionär bestehenden Vertrauensverhältnisse herzuleiten: Unwirksamkeit der an den Prozeßbevollmächtigten gerichteten Aufforderung, wenn der Vertragsgegner weiß, daß er weder selbst das Verzeichnis aufzustellen vermag, noch es durch einen anderen aufstellen lassen kann, mit dem er in unmittelbarer Berührung steht. Ähnlich, wenn der die Aufforderung enthaltende Schriftsatz zwar außer seinem Anwalt auch dem Kommissionär selbst übersandt, jedoch nicht ersichtlich gemacht wird, daß es sich nicht nur um eine Prozeßschrift handelt.

§ 8. Abs. 2. **RG. 71** 337, JW. **09** 474 Ziff. 46, LeipzZ. **09** 856 Ziff. 32, R. **09** Ziff. 2726. Die Beschränkung des Pfandrechts für den Dritten gilt nicht nur für das gesetzliche Pfandrecht, sondern auch für das vertragsmäßig, z. B. durch allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbarte Pfandrecht. (Ebenso Rießer gegen Düringer-Hachenburg.) — Verhältnis von § 8 Abs. 2 zu den §§ 1293, 1207, (932) BGB., § 366 HGB. Die Vorschrift hat trotz der Wortfassung nicht den Sinn, daß durch die vorgeschriebene Mitteilung der Erwerb des über die dortigen Schranken hinausgehenden Pfandrechts unter allen Umständen ausgeschlossen werde. Der Dritte muß aber im Gegensatze zum bürgerlichen und allgemeinen Handelsrechte beweisen, daß er über die Verfügungsbefugnis der Zwischenperson in gutem Glauben gewesen sei. Abs. 2 bezweckt den Schutz der Kunden des Zwischenbankiers. Es ist zu prüfen, ob angesichts dieses Zweckes der Vorschrift die schematische Erklärung in dem vom Dritten selbst herrührenden Vordrucke des von dem Zwischenbankier benutzten Orderzettelformulars genügen kann und den guten Glauben des Zentralbankiers als erwiesen anzusehen. Ist dem Zwischenbankier von seinem Kunden die Verfügung über die übergebenen Papiere eingeräumt, so muß sich unbeschadet der Vorschriften des § 2 DepotG. die Frage aufdrängen, ob die Papiere überhaupt noch fremde sind, oder ob sie nicht in das Eigentum des Zwischenbankiers übertragen sind, und dieser nur die Verpflichtung zur Gewährung gleichartiger Stücke hat.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 11. **RG. 70** 102, JW. **09** 196, R. **09** Ziff. 1190. 1. Abweichend von **RG. 64** 249, JW. **07** 62 Ziff. 28 betrachtet RG. jetzt als Gegenstand der einem besonderen Gericht übertragenen Vorentscheidung nicht mehr die Feststellung, ob ein subjektives Verschulden des Beamten vorliegt, sondern nur, ob der Beamte objektiv seine Amtsbefugnisse überschritten bzw. eine ihm obliegende Amtshandlung unterlassen habe. 2. Ferner wird nicht mehr die positive Annahme erfordert, daß durch das Verhalten des Beamten dem Kläger ein Schaden zugefügt sei. Es genügt vielmehr, wenn ihm ein Schaden möglicherweise entstanden sein könnte, während die Entscheidung, ob dem so sei, dem ordentlichen Gerichte zu überlassen ist.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Die Zivilprozeßnovelle vom 1. Juni 1909 hat naturgemäß die allgemeinen Fragen der Justizreform vorläufig fast völlig in den Hintergrund gedrängt. Auch das Buch von Schwartz (s. Literatur) stammt noch aus dem Jahre 1908. Im Vordergrunde des Interesses steht im Berichtsjahre die Entlastung des Reichsgerichts, die Literatur hierüber ist vor § 125 S. 705 mitgeteilt. Über wichtige, bereits jetzt hervorgetretene Kontroversen in der Auslegung der Novelle zum GVG. und zur ZPO. ist bei den einzelnen Paragraphen berichtet (kenntlich gemacht durch Zusatz: Nov. oder Novelle). — Von den Entscheidungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs (§ 13) sind diesmal häufig auch solche mitgeteilt worden, welche nur die Partikularrechte, insbesondere das preußische Recht betreffen. — Entscheidungen und Literatur betreffend die Zuständigkeit und das Verfahren der Gewerbe- nnd Kaufmannsgerichte sind bei § 14 zusammengestellt.

Literatur: Schwartz, Erneuerung deutscher Rechtspflege, Halle 1908, gibt in dem weitschweifigen und viel Überflüssiges enthaltenden Buche ein reiches geschichtliches Material zu den Adickesschen Reformgedanken. Er glaubt, daß nur derjenige uns neue, brauchbare Rechtspflegeeinrichtungen bringen kann, der unsere Rechtsvergangenheit berücksichtigt und die Lehren unserer Rechtsgeschichte sich zu eigen macht. Die Gesetzgebung von 1877 habe zwar die Rechtseinheit gebracht, sei aber aller nationalen Gedanken bar und stelle italienisch-französische Prozeßgrundsätze in den Vordergrund. — Hauptzweck des Verf. ist, die leitenden, von Adickes empfohlenen Gedanken des englischen Gerichtsverfahrens als altgermanische Prinzipien nachzuweisen, insbesondere die Besetzung der ersten Instanz nur mit Einzelrichtern und das Vorhandensein nur einer Tatsacheninstanz. — Verf. verlangt Beseitigung des Anwaltszwanges, befürwortet die Einführung öffentlicher Abstimmung, die Erweiterung der einzelrichterlichen Zuständigkeit und die Einschränkung des Kollegialsystems (höchstens drei Richter) und fordert die Ersetzung des formellen Schiedseides durch den frei zu handhabenden richterlichen Eid. — Vgl. hierzu Peters' Kritik, BuschsZ. **39** 383. — Neumann JW. **09** 674, Richter und Rechtsanwälte. — Hamm, DJZ. **09** 1231, Richter und Anwälte.

Erster Titel. Richteramt.

§ 1. Tophoff, DRZ. **1** 154, macht Vorschläge zur weiteren Befestigung der richterlichen Unabhängigkeit.

§ 8. 1. **RG. 71** 233, JW. **09** 465. § 1 Ziff. 2 PrG. v. 7. Mai 1851, betr. die Dienstvergehen der Richter usw., ist durch das GVG., insbesondere durch § 8 nicht außer Kraft gesetzt.

2. **RG. 71** 233, JW. **09** 465, R. **09** Ziff. 2695. § 5 PrG. v. 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtswegs, ist durch das GVG., insbesondere durch § 8 nicht außer Kraft gesetzt. Voraussetzung der Anwendung des § 5 ist allerdings, soweit es sich um Richter handelt, daß die disziplinargerichtliche Entscheidung unter den vom Gesetze bestimmten Formen und aus den gesetzlichen Gründen erlassen ist. Die hier-

nach den ordentlichen Gerichten bei der Entscheidung über die vermögensrechtlichen Ansprüche des Richters zustehende Prüfung hat sich aber darauf zu beschränken, ob die äußeren Formen der Entscheidung gewahrt sind, für Preußen also, ob das rechtskräftige Erkenntnis eines Disziplinarsenats vorliegt und ob dieses Erkenntnis die Disziplinarstrafe aus einem im Gesetze bestimmten Grunde ausspricht. Jede weitere Nachprüfung des Verfahrens und der materiellen Entscheidung ist ausgeschlossen.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Zulässigkeit des Rechtswegs. 1. Ausschließung durch Parteivereinbarung gültig. SeuffA. **64** 418, R. **09** Ziff. 3463 (Dresden). Folgende im Einverständnisse der Parteien hergestellte Urkunde: „Ich erkläre noch ausdrücklich, daß dieses Honorar ein von mir freiwillig gezahltes ist und daß zur Geltendmachung des Anspruchs des Herrn S. (des Klägers) ein gerichtliches Verfahren ausgeschlossen sein soll" enthält die Vereinbarung, der Rechtsweg wegen dieser — abstrakten (§§ 780, 781 BGB.) — Forderung solle ausgeschlossen sein. Eine solche Vereinbarung ist gültig. Der Verzicht auf die Klagbarkeit eines Anspruchs von vornherein ist nach Maßgabe des BGB. statthaft, sofern die Parteien über ihn frei verfügen können (sonst greifen §§ 134, 138 BGB. ein). Demgegenüber ist der entgegengesetzte Standpunkt, der die Unzulässigkeit vertragsmäßiger Ausschließung des Rechtswegs aus der zivilprozessualen, also öffentlich-rechtlichen Natur des damit der Parteiverfügung entzogenen Klagerechts herleitet, formalistisch und den Verhältnissen des Verkehrs und des täglichen Lebens widersprechend.

2. Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs. a) **RG.** JW. **09** 691 Ziff. 20, RheinARB. **27** 227, R. **09** Ziff. 3183. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs sind nicht unbedingt die Anführungen und die Form der Klage entscheidend, sondern die Natur des Anspruchs. b) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1082, Pr. VerwBl. **31** 227, R. **09** Ziff. 1705. Da der Anspruch auf Anliegerbeiträge nach dem PrFluchtlG. dem Rechtsweg entzogen ist, wird letzterer auch nicht dadurch eröffnet, daß behauptet wird, die Heranziehung zu der Last verstoße gegen den § 826 BGB. (vgl. wegen § 812 BGB. bereits **RG. 67** 401, GruchotsBeitr. **41** 401). c) **RG.** JW. **09** 422, GruchotsBeitr. **53** 1075, WarnE. **2** Ziff. 478. Unzulässig ist der Rechtsweg für alle Anträge, mit denen die Vornahme oder Unterlassung von Akten des staatlichen Hoheitsrechts oder der Landesverwaltung erzwungen werden soll. Einen solchen Inhalt hat die Klage eines an einer technischen Hochschule immatrikulierten Studierenden auf Zulassung zur Diplomprüfung (ob aus der Immatrikulation ein subjektives öffentliches Recht auf Zulassung zur Prüfung erwachse, wird dahingestellt gelassen). — Die Unzulässigkeit des Rechtswegs gilt auch für die Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht des Staates, soweit sie lediglich die Nichterfüllung des behaupteten Anspruchs auf Zulassung zur Prüfung zur Grundlage hat (vgl. hierzu Meyer, R. **09** 60). d) **RG. 71** 44, JW. **09** 398. Für Ansprüche auf Unterlassung von Bekanntmachungen der Landwirtschaftskammer ist der Rechtsweg unzulässig, wenn die Bekanntmachungen in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte erlassen werden (wie die Rundschreiben an die Mitglieder über die Abdeckereifrage). Vgl. § 36 VO. wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden v. 26. Dezember 1808 und KabO., betr. die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landesherrlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen, v. 4. Dezember 1831. e) ThürBl. **56** 274 (CobGoth. KompKomm.). Bestreitet der Fiskus das Bestehen eines Privilegs, so ist der unmittelbare Streitgegenstand nichts anderes als das behauptete Recht des Klägers und da dieses (Apothekenrealgewerbeberechtigung) ein Privatrecht ist, hat der Rechtsstreit bürgerlich-rechtlichen Charakter. **f)** OLG. **18** 376 β (Königsberg). Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs bei Streitigkeiten über indirekte Reichssteuern ist, sofern nicht besondere gesetzliche

Bestimmungen (wie im RStempG. und RErbschaftssteuerG.) ergangen sind und soweit die Verwaltung und Erhebung der Steuer durch die Einzelstaaten erfolgt, die Landesgesetzgebung entscheidend, weil Schuldner für etwaige Rückforderungsansprüche der betr. Landesfiskus ist. g) **RG.** R. **09** Ziff. 3840 (Hamburg). Bei der Frage, ob wegen Verletzung von Privatrechten der Rechtsweg zulässig ist, bedeutet Verletzung von Privatrechten jede Widerrechtlichkeit, durch die jemand als Privatperson in seiner individuellen Rechtssphäre beschränkt wird. Es kommt nicht darauf an, ob bestimmte einzelne Rechte als Gegenstand der Verletzung nachgewiesen werden können. **h)** *Reichel, Schuldmitübernahme 515 ff. Ist die Urschuldforderung dem Rechtsweg entzogen, so kann zwar der Bürge und Erfüllungsübernehmer, nicht aber der privative und kumulative Schuldübernehmer (welch letztere in die causa der Urschuld eingetreten sind) vor dem ordentlichen Gerichte belangt werden.

3. Der Zulässigkeit des Rechtswegs steht nicht entgegen, daß die Entscheidung von der Beurteilung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse abhängt. **a)** **RG. 70** 77 (81), R. **09** Ziff. 369. Auch Ansprüche, die im öffentlichen Rechte wurzeln und öffentlich-rechtlichen Vorgängen ihre Entstehung verdanken, haben privatrechtliche Natur und sind dem Rechtswege zugängig, wenn sie dem Vermögensrecht angehören und der Rechtsweg nicht besonders ausgeschlossen ist. So ist das durch den Anbau an einer öffentlichen Straße entstandene Nutzungsrecht an dieser Straße wesentlich vermögens- und privatrechtlicher Natur. **b)** JDR. **7** § 13 Ziff. 3 d jetzt auch GruchotsBeitr. **53** 87.

4. Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen; **a)** aus prinzipiellen Gründen: α. **RG.** SeuffBl. **09** 384, BayRpflZ. **09** 90, FischersZ. **36** 298 Ziff. 4. Bei Inanspruchnahme des Staates oder einer Gemeinde auf Schadensersatz, der sich auf ein Verschulden ihrer Vertreter oder Beamten gründet, vor den ordentlichen Gerichten ist auch dieses Verschulden im Rechtswege festzustellen. Die Meinung, daß, weil die Behörden die nötigen Anordnungen zu treffen und den Beamten den Kreis ihrer Pflichten zuzuschreiben haben, sie auch über die z. B. im Interesse der Verkehrssicherheit von ihren Beamten zu übende Sorgfalt allein und ausschließlich zu bestimmen hätten, ist irrig. β. DJZ. **09** 1335, R. **09** Ziff. 3620 (KompGH.). Für die Klage gegen die Kirchengemeinde auf Wiederherstellung des verbauten Zutritts zum Familiengrabe ist der Rechtsweg zulässig. γ. **RG. 71** 20, R. **09** Ziff. 1706. Für die Klage gegen eine israelitische Gemeinde auf Einwilligung in die Ausgrabung einer auf dem israelitischen Friedhofe beerdigten Leiche ist der Rechtsweg zulässig. RG. **16** 152 (Klage gegen die Verwaltungsbehörde) steht nicht entgegen. δ. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1091. Über den Streit wegen Hergabe eines Grundstücks zum Baue einer Privatanschlußbahn (PrKleinbahnG.) ist der Rechtsweg zulässig. Denn die polizeiliche Genehmigung hat — im Gegensatze zur Konzessionierung der Kleinbahnen — nicht die Aufgabe, ein öffentliches Bau- und Betriebsrecht oder eine entsprechende Pflicht des Unternehmers zu schaffen und hat nicht die Eigenschaft einer polizeilichen Verfügung im Sinne der §§ 1 bis 4 G. v. 11. Mai 1842. ε. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 435, GruchotsBeitr. **53** 1086. Für die Klage, mit welcher Gewerbetreibende die auf Grund eines Ortsstatuts gezahlten Beiträge zu einer allgemeinen gewerblichen Fortbildungsschule wegen Rechtsunwirksamkeit des Statuts zurückfordern, ist der Rechtsweg zulässig. Es handelt sich weder um Gefälle auf Grund des KommAbgG. v. 14. Juli 1893 §§ 69 ff., noch um Gemeindelasten im Sinne des ZuständigkeitsG. § 18 Abs. 1 Ziff. 2. Vgl. jedoch jetzt das G., betr. die Erhebung von Beiträgen für die gewerblichen und kaufmännischen Fortbildungsschulen, v. 1. August 1909 (PrGS. **09** 733). ζ. HansGZ. **09** Beibl. 125 (Hamburg). In Hamburg ist für eine Klage auf Anerkennung eines Familiennamens gegenüber der Aufsichtsbehörde für die Standesämter der Rechtsweg zulässig. η. BreslauAK. **09** 31 (Breslau). Für Schadensersatzansprüche der Mitglieder einer Jagd-

genossenschaft gegen den Jagdvorsteher ist, wenn es sich nicht um die Richtigkeit der Verteilung der tatsächlich erzielten Pachtgelder, sondern um die Verteilung von Erträgen handelt, die hätten erzielt werden können oder müssen, der Rechtsweg zulässig. ϑ. SächsOLG. **30** 479 (SächsKompGH.). Für den vom Ortsarmenverbande gegen den Fiskus erhobenen Anspruch, festzustellen, daß ihm das Recht zustehe, sich wegen seines Erstattungsanspruchs gegen einen auf öffentliche Kosten in einer Landesanstalt Untergebrachten (ArmenO. §§ 65, 66) vor dem Fiskus aus einem Vermögensstücke des Verpflegten zu befriedigen, ist der Rechtsweg zulässig. ι. WürttJ. **21** 242 (VerwGH.). Hat der Anspruch der „Filialisten" (d. h. der außerhalb des Bezirkes der politischen Gemeinde wohnenden Angehörigen der katholischen Pfarrgemeinde) auf unentgeltliche Benutzung des Gemeindefriedhofs eine lediglich vertragsmäßige Grundlage, so sind die ordentlichen Gerichte zuständig. ϰ. PrKompGH. JDR. **7** Ziff. 4 e jetzt auch DJZ. **09** 151. b) kraft positiven Rechtes: α. **RG.** R. **09** Ziff. 3841. Darüber, ob Anliegerbeiträge im Sinne von §§ 10, 115 ZVG. als fällig anzusehen sind, ist — trotz § 18 PrZustG. — der Rechtsweg zulässig. β. **RG.** JW. **09** 174 Ziff. 27, R. **09** Ziff. 1045. Für den Streit zwischen einem Jagdgenossen und der Jagdgenossenschaft über die Nichtigkeit eines Gemeindepachtvertrags ist der Rechtsweg zulässig. § 7 Abs. 2 G. v. 4. Juli 1905 trifft nicht zu. γ. **RG.** JW. **09** 237. Für Ansprüche aus § 14 PrWildschadenG. v. 11. Juli 1891 — jetzt § 64 JagdO. v. 15. Juli 1907 — ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. δ. **RG.** **71** 243, JW. **09** 439. Wegen des Anspruchs eines preußischen Volksschullehrers aus der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit der ihm überwiesenen Dienstwohnung ist — nach fruchtloser Anrufung der zuständigen Verwaltungsbehörde — der ordentliche Rechtsweg zulässig. § 14 G., betr. das Diensteinkommen der Lehrer . . an den öffentl. Volksschulen, v. 3. März 1897 trifft nicht zu. ε. RheinA. **106** II 215, DJZ. **09** 719 (PrKompGH.). Trotz der Deklaration v. 16. November 1831 nebst KabO. v. 4. Dezember 1831 ist der Rechtsweg in solchen Fällen zulässig, in denen eine besondere Gesetzesvorschrift einen Anspruch gegen den Staat begründet. Eine solche Vorschrift mangelt zwar im Gebiete des gem. Rechtes und des ALR. (**RG.** **11** 209, **28** 340), besteht aber in der Rheinprovinz (Art. 1384 C. c., vgl. Art. 89 Abs. 2 AGBGB.). ζ. RheinA. **106** II 215 (PrKompGH.). Für Ansprüche gegen den Steuerfiskus wegen Verstöße im Verfahren bei der Zollabfertigung ist in der Rheinprovinz (Art. 1384 C. c.) der Rechtsweg zulässig. Die VO. v. 26. Dezember 1808, der Beschluß des StMin. v. 16. November 1831, sowie die KabO. v. 4. Dezember 1831, welche auch in der Rheinprovinz gelten, stehen nicht entgegen. η. HansGZ. **09** Beibl. 253 (Hamburg). § 15 der Bremer Verfassung verleiht einem jeden Privatmanne, der sich in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, die Berechtigung, durch Anrufung der Gerichte seinem vermeintlichen Rechte Geltung zu verschaffen. Diese Bestimmung ist auch für Bausachen nicht durch die Bremer BauO. v. 1. Oktober 1906 außer Kraft gesetzt. ϑ. ElsLothJZ. **09** 244 (Colmar). Gegen elsaß-lothr. Verwaltungsbeamte ist der Rechtsweg nur in bezug auf Verwaltungshandlungen (actes administratifs) ausgeschlossen, nicht aber in bezug auf persönliche Handlungen (faits personnels), durch welche der Beamte seine amtlichen Befugnisse überschritten oder seine amtlichen Pflichten verletzt hat. ι. BraunschwZ. **09** 102 (Herz. GerEntsch. Kompetenzstr.). Über Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse findet der Rechtsweg nur dann statt, wenn es sich um vermögensrechtliche Ansprüche im Sinne des § 144 Braunschw. CStDG. handelt. Ein solcher vermögensrechtlicher Anspruch ist bei nichtrichterlichen Beamten nur der Anspruch auf Zahlung bewilligter Alterszulagen, nicht auch der Anspruch auf Bewilligung von Alterszulagen. Ebenso ϰ. ElsLothJZ. **09** 411 (Colmar). Für bereits vertraglich bewilligte Alterszulagen ist nach den LehrerbesoldungsG. v. 4. Mai 1898 und 3. April 1904 der Rechtsweg zulässig.

5. Unzulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen: a) aus

prinzipiellen Gründen: α. **RG.** R. **09** Ziff. 3464. Für die Klage, mit welcher gegen einen Grundstückseigentümer ein aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen hergeleiteter Duldungsanspruch verfolgt wird, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. β. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 436, SchlHolstAnz. **09** 279. Gegen die Heranziehung zu Gemeindelasten findet gegenüber der steuerberechtigten Gemeinde der Rechtsweg nicht statt und zwar nach § 160 ZustG. auch insoweit nicht, als der Anspruch auf Befreiung auf privatrechtliche Titel (Privileg, Ersitzung) gestützt wird. Ebenso hatte OLG. Kiel (SchlHolstAnz. **08** 235) entschieden. γ. **RG. 70** 177, R. **09** Ziff. 735. Für Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses einer Zwangsinnung, welcher den Mitgliedern die Bekanntmachung der Preise ihrer Arbeiten und Waren verbietet, ist der Rechtsweg nicht zulässig. δ. **RG. 71** 63, R. **09** Ziff. 1906. Das gemeine Eigentum des Staates an den von der Natur dem Privatverkehr entzogenen Sachen (ALR. I. 8 § 3), insbesondere den öffentlichen Flüssen (II. 14 § 21) kann, da es kein Privateigentum des Fiskus ist, nicht die Grundlage einer negatorischen Klage bilden. Wohl aber kann das von einem anderen an einem öffentlichen Flusse in Anspruch genommene Privateigentum vom Fiskus zum Gegenstand einer negativen Feststellungsklage gemacht werden. ε. **RG.** JW. **09** 688 Ziff. 14. Für die Klage der Gemeinde gegen den Fideikommißherrn, als den Eigentümer der (schlesischen) Dorfaue, auf Feststellung, daß die Gemeinde berechtigt sei, die Aue zur Einlegung von Gas-, Wasser-, Kanalisations- und elektrischen Leitungen, die zum öffentlichen Gemeindewohle dienen, zu benutzen und daß der Beklagte verpflichtet sei, eine solche Benutzung zu dulden, ist der Rechtsweg nicht zulässig. Die Duldungspflicht wird nicht auf Grund eines Privatrechtstitels verlangt, sondern aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse hergeleitet. ζ. **RG. 71** 421, JW. **09** 691 Ziff. 20. Über die auf einem Gemeinheitsteilungsrezesse beruhende Verpflichtung zur Unterhaltung öffentlicher Wege ist der Rechtsweg in Preußen nicht zulässig. η. SchlHolstAnz. **09** 225 (PrKompGH.). Die Sielenkommunen in den Marschen Schleswig-Holsteins sind Verbände des öffentlichen Rechtes. Gegen ihre in Ausübung ihrer Befugnisse gegen Mitglieder getroffenen Maßnahmen ist der Rechtsweg nicht zulässig. ϑ. WürttJ. **21** 169, FischersZ. **36** 295 (Stuttgart). Für Klagen auf Feststellung des Überganges einer Wirtschaftskonzession vom Beklagten auf Kläger (§§ 33, 49 GewO.) oder des Verzichts auf eine solche oder auf Feststellung, daß ein privatrechtlicher Anspruch des Klägers auf Erklärung des Verzichts bestehe, ist der Rechtsweg unzulässig. — **b**) kraft positiven Rechtes: α. **RG.** JW. **09** 115, GruchotsBeitr. **53** 1077, FischersZ. **36** 292, PrVerwBl. **30** 509. Ob für die Klage, mit welcher von der Kreisbehörde die Änderung eines Chausseedamms verlangt wird, der Rechtsweg zulässig ist, hängt davon ab, ob die Chaussee in ihrem gegenwärtigen Zustand auf eine Anordnung der Wegepolizeibehörde zurückzuführen oder im öffentlichen Interesse wegepolizeilich genehmigt ist. Ist dies der Fall, so kann weder eine Änderung, noch die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Rechtswege verfolgt werden (§ 4 Abs. 2 G. v. 11. Mai 1842). β. **RG. 70** 395, JW. **09** 252 Ziff. 6, R. **09** Ziff. 1391. Gegen Maßnahmen der Postbehörde zur Durchführung des Art. 3 PostNov. v. 20. Dezember 1899 ist der Rechtsweg unzulässig. γ. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 526. Vor Erlaß des Entschädigungsfeststellungsbeschlusses ist der Rechtsweg für Ansprüche auf Entschädigung wegen Enteignung unzulässig. δ. SeuffA. **64** 421, R. **09** Ziff. 3462 (Rostock). Ein Rechtsstreit über die Verpflichtung zur Entrichtung sog. Anliegerbeiträge, also öffentlicher Abgaben, betrifft eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit und gehört begrifflich vor die Verwaltungsbehörden. Die Rechtsordnung kann jedoch positiv eine anderweitige Regelung treffen. Der Rechtsweg für die fraglichen Streitigkeiten ist aber weder vom Reichsrechte festgesetzt worden (§ 70 GVG. bestimmt nur die Zuständigkeit, falls der Rechtsweg nach Landesrecht zulässig ist), noch vom gemeinen Rechte (wird unter Besprechung der Entsch. des **RG. 22** 288, **11** 70, **5** 41, **16** 38, **22** 288, **42** 109,

32 345, **60** 353 und des MecklKompKonflG., MecklZ. **20** 341 näher dargelegt), noch vom mecklenburgischen Rechte. ε. Hartmann, HansGZ. **09** Beibl. 233, führt aus, daß in Hamburg in Gemeindesteuer- und Kirchensteuersachen der Rechtsweg nicht zulässig sei. Die gegenteilige Meinung des OLG. Hamburg betr. Gemeindesteuersachen (JDR. **6** § 13 GVG. Ziff. II 8 h) sei nicht richtig, da § 24 Abs. 2 des Verhältnisgesetzes nur staatliche Behörden im Auge habe; versage diese Bestimmung, so sei der Rechtsweg nicht gegeben, da der Streit öffentlich-rechtlicher Natur sei. ζ. SchlHolst. Anz. **09** 354 (Kiel). Für den Entschädigungsanspruch der im § 11 EnteignungsG. genannten Nebenberechtigten ist der Rechtsweg nicht davon abhängig, daß zuvor eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Anspruch erfolgt ist.

6. **RG.** JW. **09** 117, GruchotsBeitr. **53** 1084. Da die Satzungen der auf Grund der §§ 57, 65 G. v. 1. April 1879 durch Königl. VO. gebildeten Wassergenossenschaften die Eigenschaft von Rechtsnormen haben, so hat die Einsetzung eines Schiedsgerichts in diesen Satzungen, welches unter Ausschluß des Rechtswegs entscheiden soll, die von Amts wegen zu berücksichtigende Unzulässigkeit des Rechtswegs zur Folge. Es handelt sich also nicht lediglich um die Einrede des Schiedsvertrags.

7. Zivil- oder Strafgerichte? **RG. 71** 271, R. **09** Ziff. 2031. Über den Anspruch auf Herausgabe der in einem Strafverfahren hinterlegten Wertpapiere, deren Rückgabe von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht ist, haben nicht die Zivilgerichte, sondern die Strafgerichtsbehörden zu entscheiden, wenigstens für die Zeit bis zur Beendigung des Strafverfahrens.

8. Hamburger Schätzungskommission in Enteignungssachen s. zu § 14 Ziff. 3.

§ 14. Sondergerichte. 1. von Buchka, DJZ. **09** 1196, wendet sich gegen eine weitere Ausdehnung der Sondergerichtsbarkeit.

2. Kohler, RheinZ. **1** 414 (Gutachten). Die Überweisung bürgerlicher Rechtssachen durch das Landesgesetz an Verwaltungsbehörden, welche nur Verwaltungsgerichte heißen, in Wahrheit aber den Charakter von Sondergerichten haben, ist unzulässig.

3. RheinZ. **2** 254 (LG. Hamburg). Die durch § 24 Abs. 2 HambExpropriationsG. v. 5. Mai 1886 eingesetzte Schätzungskommission zur Feststellung der Entschädigung in Enteignungssachen ist ein unzulässiges Sondergericht.

4. Patentgerichte. G. Neumann, GruchotsBeitr. **53** 394, bekämpft die Schaffung von Patentsondergerichten und empfiehlt die allgemeine Einrichtung besonderer Patentkammern und Patentsenate.

5. Gewerbegerichte. **a)** Albrecht, GewuKfmG. **15** 25. Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte für Gärtnergehilfen und Gärtnereiarbeiter. **b)** *Reichel, Schuldmitübernahme 517 ff. Gehört die Urschuld vor das GewG., so ist auch der privative und kumulative Schuldübernehmer, dafern er von Hause aus oder zufolge der Schuldübernahme dem im § 1 GewGG. bezeichneten Personenkreis angehört, vor dem GewG. zu verklagen; nicht so der Bürge. **c)** OLG. **19** 37 a (KG.). Wird die Forderung eines Betriebsbeamten, die an sich vor dem GewG. einzuklagen ist, nur zum Schein oder zur Einziehung ohne Übertragung des materiellen Gläubigerrechts zediert, so bleibt das GewG. zuständig. **d) RG.** WarnE. **2** Ziff. 378. Für den Anspruch eines Dienstverpflichteten auf Entschädigung wegen eines Unfalls, den er im Dienste infolge Verschuldens des Dienstherrn erlitten hat (§ 618 BGB.), ist nicht das GewG., sondern das ordentliche Gericht zuständig. Die durch § 618 BGB. statuierte Verpflichtung ist öffentlich-rechtlich und geht daher nur mittelbar aus dem Arbeitsverhältnisse hervor. **e) RG.** R. **09** Ziff. 3622. Für Klagen von Arbeitern auf Auszahlung ihres Guthabens aus einer von dem Fabrikherrn zugunsten seiner Arbeiter gegründeten, lediglich durch ihn dotierten Unterstützungs- und Invalidensparkasse sind nicht die Gewerbegerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig. **f)** GewuKfmG. **15** 15 (GewG. Hamburg). Für die Klage des Gläubigers,

der eine Lohnforderung gepfändet hat, ist das GewG. nicht zuständig. **g)** OLG. **09** 39 γ (KG.). Ansprüche eines im Speisewagen einer Schlafwagengesellschaft beschäftigten Kellners gehören vor das GewG., auch wenn er den Titel „Oberkellner" führt und sich zeitweise selbst einen Hilfskellner anzunehmen hatte. **h)** OLG. **19** 38 β (München). Eine Klage, mit welcher ein Arbeitgeber die Erfindung eines Angestellten für sich in Anspruch nimmt, gehört nur dann vor das GewG., wenn gerade die Erfindung — nicht nur die Herstellung — von Gebrauchsmustern zur vertragsmäßigen Tätigkeit des Arbeiters gehört. **i)** OLG. **19** 41 (Hamburg). Zuschneider kein Werkmeister. **k)** OLG. **19** 41 ε (Hamburg). Nur in großen Betrieben hat der sog. „Küchenchef" die Stellung eines Betriebsbeamten oder Werkmeisters nach § 133 a GewO. **l)** LeipzZ. **09** 792 (Colmar). Der Angestellte, dessen Aufgabe es ist, die übrigen Arbeiter zu kontrollieren, Unregelmäßigkeiten abzustellen oder anzuzeigen, die Aufträge und Arbeiten aufzuzeichnen, die Lohnlisten zu führen, die Rohmaterialien und Geschäftsutensilien, sowie das Handbuch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verwalten, der Direktion fortlaufend Bericht zu erstatten, ist Betriebsleiter und Gewerbegehilfe. Seine Dienste sind im wesentlichen nicht kaufmännische, sondern technische.

6. Kaufmannsgerichte. **a)** Seidel, Die Kaufmannsgerichte, Hirths Ann. **09** 433 ff., 497 ff., gibt eine Übersicht über ihre Einrichtung, die Tätigkeit und die Erfahrungen bei ihnen. **b)** KGBl. **09** 111 ff. (KG.). Das Gericht ist auf die Angabe des Klägers über die die Zuständigkeit begründenden Tatsachen nicht angewiesen, es wird auch einer Prüfung derselben durch das Zugeständnis des Beklagten nicht überhoben, es kann in eine Beweisaufnahme zur Klärung der Vorfrage eintreten, darf sie aber nie zu einer völligen Aufrollung des ganzen Sach- und Streitverhältnisses ausdehnen. **c)** KfmGJ. **2** 325 (LG. I Berlin). Für die Zulässigkeit der Berufung ist der Streitwert zur Zeit der Urteilsfällung, nicht der Klagerhebung maßgebend. **d)** KfmGJ. **2** 326 (LG. I Berlin). Für die Zulässigkeit der Berufung ist der Streitwert, nicht der Beschwerdewert maßgebend. **e)** KfmGJ. **2** 327 (LG. I Berlin). Wenn eine Sache von der Berufungsinstanz an das KfmG. zurückverwiesen wird, so ist dieses an die Entscheidung gebunden. **f) RG. 71** 56. Für die Klage eines Kaufmanns aus der Bürgschaft, die ein Dritter für die aus dem Dienstverhältnisse herrührende Verbindlichkeit eines Handlungsgehilfen übernommen hat, sind die KfmG. nicht zuständig. Bei der Bürgschaft verhält es sich wesentlich anders als bei der Rechtsnachfolge in den streitigen Anspruch. **g)** GewuKfmG. **15** 17 Ziff. 6 (KfmG. Solingen). Für den Anspruch des Handlungsgehilfen, der sich auf Verlangen vorgestellt hat, ohne daß das Engagement zustande gekommen ist, ist das KfmG. nicht zuständig. **h)** Roth, R. **09** 672. Das KfmG. ist für die Streitigkeiten der im § 5 KfmGG. genannten Art auch dann zuständig, wenn das Dienst- oder Lehrverhältnis nicht zustande gekommen, sondern nur von einem Teile in Aussicht genommen ist. **i)** KfmGJ. **2** 316 (KfmG. Berlin). Für Klagen auf Rückgabe von Zeugnissen, die nur zum Zwecke der Bewerbung einem Kaufmann übergeben worden sind, ohne daß ein Vertrag zustande gekommen ist, ist das KfmG. nicht zuständig. **k) RG.** SeuffBl. **09** 60. Der Verwalter einer Schankwirtschaftsfiliale, welcher nach Lage der Sache nicht selbständiger Gewerbetreibender, sondern Angestellter ist, und im wesentlichen kaufmännische Dienste zu verrichten hat, ist Handlungsgehilfe.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

Vorbemerkung: Über die Novelle siehe ZPO. §§ 495 ff.

§ 23. 1. Reform. Im allgemeinen s. oben S. 698 Vorbem. zum GVG. a) Schultze, DJZ. **09** 243, macht Vorschläge zur Vereinfachung des amtsgerichtlichen Zivilprozesses, insbes. hinsichtlich des Versäumnis- und Mahnverfahrens.

b) Hallbauer, SächsRpflA. **09** 57, schlägt vor, sämtliche Unterhaltsstreitigkeiten dem AG. zuzuweisen und für sie ein summarisches Vorverfahren anzuordnen.

2. Ziff. 2. a) Kirchner, R. **09** 399. Zur sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört auch die negative Feststellungsklage des als unehelicher Vater in Anspruch Genommenen. b) RheinA. **106** 11 ff. (Düsseldorf). Nur die unmittelbar und allein auf den außerehelichen Beischlaf gegründeten Ansprüche fallen unter § 23 Ziff. 2, nicht aber diejenigen Ansprüche, für welche der außereheliche Beischlaf nur eine entferntere Bedingung des Klagegrundes bildet.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 64. **RG. 71** 79, JW. **09** 322, R. **09** Ziff. 1803. Die Vorschrift ist auch auf die Fälle zu erstrecken, wo die Verhandlung nicht in dem Jahre, in dem die Bestimmung des Präsidenten ergeht, sondern in einem früheren Jahre stattgefunden hat. Hat der Präsident die Bestimmung getroffen, so gilt sie nicht bloß für ein Geschäftsjahr, sondern für die ganze Dauer des Prozesses bis zu seiner Entscheidung.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

Vor § 100. Stein, Die künftige Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen, LeipzZ. **09** 649 ff.

§ 100 a. 1. *Stein, LeipzZ. **09** 659 f. Die Teilkammern für HS. (§ 100) sind örtlich unzuständige Gerichte für die übrigen Teile des Landgerichtsbezirkes, auch wenn sie am Sitze des Landgerichts bestehen.

2. *Stein, LeipzZ. **09** 649. Die Zuständigkeit der Kammern für HS. ist auch in Zukunft im Verhältnisse zur Zivilkammer nur Geschäftsverteilung, nicht Zuständigkeit im technischen Sinne.

§ 101 Nov. 1. Ziff. 2. Gaupp-Stein, Novelle zu § 1 II 3 a. Die Bestimmung ist auf Scheckprozesse analog auszudehnen. Die Weglassung ist Redaktionsversehen.

2. Ziff. 4. Stein, Novelle zu § 1 II 3 b. Die Bestimmung ist auf das neue UnlWG. v. 7. Juni 1909 entsprechend anzuwenden. Die Einschränkung des § 27 aaO., „sofern in erster Instanz die Landgerichte zuständig sind", muß als nicht ergangen behandelt werden, damit nicht die Überweisung der Berufungen in Wettbewerbsachen ausgeschlossen ist. — Ebenso Finger, UnlWG. (3) § 27 Ziff. 13.

§ 108 a Nov. *Stein, LeipzZ. **09** 658 f. Die Verweisung an die andere Kammer bei der Beschwerde ist unanfechtbar, dagegen begründet die Unzuständigkeit die weitere Beschwerde, wenn eine Entscheidung über die Zuständigkeit unterblieben ist.

Neunter Titel. Reichsgericht.

Vorbemerkung: Die Frage der Entlastung des Reichsgerichts ist ausgiebig diskutiert worden. Wohl jeder denkbare Vorschlag hat seinen Vertreter gefunden, sogar die Spruchpraxis der Juristenfakultäten soll wieder auferstehen (II 6). Hervorzuheben ist besonders der Aufsatz von Lobe (I 3), welcher erkannt hat, daß die üblicherweise vorgeschlagenen, äußerlichen technisch-mechanischen Mittel keine wirkliche Lösung des Problems bedeuten. Bemerkenswert ist die zahlreiche Gegnerschaft gegen das Difformitätsprinzip (II 1).

I. Entlastung des Reichsgerichts durch Vermehrung der Arbeitskräfte: 1. durch Herabsetzung der Zahl der Senatsmitglieder. a) Salinger, Die Änderung des Rechtsmittels der Revision. Berlin 1909, verwirft die sog. kleinen Mittel zur Entlastung des RG. als unzulänglich und empfiehlt Besetzung der Senate des RG. nur mit 3 Richtern. b) Lobe, JW. **10** 129, empfiehlt für bloße Prozeßrügen Erledigung durch ein „kleines Reichsgericht" in der Besetzung der Senate von drei Mitgliedern.

2. durch Vermehrung der Senate: Spring, JW. **09** 676, spricht sich für Vermehrung der Senate von 7 auf 9 aus.

3. durch Entlastung der Oberlandesgerichte: Lobe, JW. **10** 129 (vgl. oben 1 b), will die Entlastung des RG. im wesentlichen durch eine Verbesserung der Rechtsprechung der zu sehr belasteten Oberlandesgerichte erreichen, und zwar insbesondere einmal dadurch, daß in Erweiterung von § 538 Ziff. 2 die Zurückverweisung in die erste Instanz auch dann zulässig ist, wenn das erste Urteil über materielle Einreden entschieden hat; sodann durch eine Ausdehnung des § 571 auf Urteile derart, daß das Gericht den Parteien zunächst einen Urteilsvorschlag mitteilt, welcher auf Grund der erhobenen Einwendungen oder in Berichtigung von Mißverständnissen kurzer Hand geändert werden kann.

II. Durch Beschränkung der Zulässigkeit der Revision. 1. Ausschluß der Revision bei duae conformes. Düringer, Richter und Rechtsprechung 54 ff., wählt von den beiden allein wirksamen Maßregeln: Erhöhung der Revisionssumme oder Einführung des Difformitätsprinzips letzteres. Er entscheidet sich hierfür im wesentlichen aus der allgemeinen Erwägung heraus, daß in Zivilsachen mehr wie zwei Instanzen grundsätzlich nicht eröffnet werden sollten. — Hiergegen haben sich erklärt: der Deutsche Anwaltverein in seiner Eingabe an den Reichskanzler, JW. **10** 86, Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz (Karlsruhe 1909) 10 und JW. **10** 53, Junck, JW. **09** 679 (Abdruck aus Leipz. Tagebl.) und ebenda 711 (Abdruck aus Köln. Ztg.), Kann, JW. **1910** 49 (historisch), Neumann, JW. **1910** 1, und Rosenthal, JW. **1910** 3.

2. Zulässigkeit der Revision nur bei Verletzung von Reichsrecht. a) Hagens, DJZ. **09** 1105, bespricht im Anschluß an das Gutachten Springs für den DJT. die sog. kleinen Mittel teils zustimmend, teils ablehnend, spricht sich entschieden gegen die Ausschließung der Revision bei duae conformes und eine weitere Vermehrung der Senate aus. Als Hauptmittel empfiehlt er Beschränkung des RG. auf die Auslegung von Reichsrecht. **b**) Hellwig, DJZ. **1910** 47, schlägt vor, daß die Revision nur auf die Verletzung von Reichsrecht gestützt werden kann, und im Zusammenhange damit die Schaffung eines preuß. Obersten Landesgerichts.

3. Erhöhung der Revisionssumme wird event. (s. oben I 2) von Spring vorgeschlagen.

4. Ausschaltung der Rentenprozesse. Zelter, DJZ. **1910** 48, schlägt vor, den Streitwert aller Prozesse, bei denen Renten von 200—500 M. pro Jahr gefordert werden, nur gemäß § 9 a GKG. zu berechnen, um sie auf diese Weise irrevisibel zu machen (!).

5. Ausscheidung aller öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten. Hartmann, DJZ. **09** 1407, weist auf die Möglichkeit einer Entlastung des RG. durch sorgsamere Beachtung der Grenzen zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das RG. selbst hin, empfiehlt aber DJZ. **1910** 279 gesetzliche Regelung. Er schlägt vor, dem § 70 Abs. 3 GVG. folgende Fassung zu geben: „Der Landesgesetzgebung bleibt überlassen, Entschädigungsansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wegen Verschuldung von Staatsbeamten und wegen Aufhebung von Privilegien, Ansprüche gegen Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten ausschließlich zuzuweisen". Denn diese Streitigkeiten sind in Wahrheit nach den heutigen Anschauungen öffentlich-rechtliche. Ob dies der Fall ist, hat jedoch nur die Landesgesetzgebung zu entscheiden.

6. Konkurrierende Zuständigkeit der Juristenfakultäten. Prof. Stintzing-Leipzig, DJZ. **09** 1254, schlägt zur Entlastung des RG. wieder die Einrichtung des Spruchkollegiums der Juristenfakultäten vor. Es soll entscheiden: 1. auf Antrag beider Parteien; 2. auf Antrag einer Partei und zustimmenden Beschluß des an sich zuständigen Senats; 3. ein bestimmter Prozentsatz von Sachen wird durchs Los den Spruchkollegien zugewiesen.

III. Durch Vereinfachung des Verfahrens. 1. Abschaffung der obligatorischen mündlichen Verhandlung wird **a)** von Salinger (vgl. oben I 1 a) vorgeschlagen, **b)** von Hagens (vgl. oben II 2 a) mit der Maßgabe empfohlen, daß dies nur für diejenigen Sachen gelten soll, welche nach dem Gutachten der zwei für jede Sache ernannten Vorprüfer zweifellos in bestimmtem Sinne zu entscheiden sind und der mündlichen Verhandlung vor dem Senate nicht bedürfen.

2. Einschränkung der schriftlichen Urteilsbegründung. **a)** Hoffmann, RGRat, DJZ. **09** 230, empfiehlt Entlastung der Rechtsmittelinstanzen durch sparsamere Verwendung der richterlichen Arbeitskraft, insbesondere Einschränkung der schriftlichen Urteilsgründe und Erledigung der Beschlüsse durch Dreirichterkollegium. — Zu der Weglassung der Urteilsgründe vgl. Hassenstein, PosMSchr. **09** 33, welcher an die preuß. Gesetzgebung hierüber erinnert. **b)** Fajans, DJZ. **1910** 230, empfiehlt die Aufhebung des Zwanges zu schriftlicher Urteilsbegründung in den Fällen, in denen die Revision vom RG. zurückgewiesen oder als unzulässig verworfen wird. Er berechnet an einer Stichprobe aus der JW., daß hierdurch etwa die Hälfte aller kontradiktorischen Urteile in Fortfall kommen könnten.

Elfter Titel. Gerichtsschreiber.

§ 154. Über die gemeinschaftliche Briefannahmestelle in Berlin-Moabit s. zu § 577 ZPO.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

§ 157. Zum Begriffe der Rechtshilfe (vgl. auch § 159 Ziff. 1). 1. **RG.** JW. **09** 20. Der Fall der Rechtshilfe, abgesehen von der Vollstreckung von Freiheitsstrafen (§ 164), liegt nur dann vor, wenn ein Gericht oder ein einzelner Richter eine nach Vorschrift der Prozeßordnung erforderliche richterliche Handlung, die in einem anderen Gerichtsbezirke vorzunehmen ist, dem Gerichte dieses Bezirkes überträgt (vgl. § 159 Ziff. 4).

2. DJZ. **1910** 84 (KG.). Die Festsetzung und Anweisung der Gebühren eines durch den ersuchten Richter vernommenen Sachverständigen bildet einen Teil des Rechtshilfeersuchens. Wenn das ersuchte Gericht die Festsetzung der Sachverständigengebühren ablehnt, steht dem ersuchenden Gerichte die Beschwerde wegen Verweigerung der Rechtshilfe zu.

3. OLG. **18** 378 (Celle). Rechtshilfe betrifft nur die Vornahme richterlicher Handlungen. Die Bereitstellung der Gerichtsschreiberei zwecks sachdienlicher Erledigung von Parteianträgen fällt darunter nicht.

4. OLG. **19** 379 β, ElsLothJZ. **09** 517, R. **09** Ziff. 1048 (Colmar). Das Ersuchen der Strafvollstreckungsbehörde um Strafvollstreckung gemäß § 790 ZPO. ist kein Rechtshilfeersuchen, sondern ein Antrag, den die Behörde gleich einem Gläubiger unter unmittelbarem Angehen des Vollstreckungsgerichts (§ 161 GVG.) gestellt hat.

§ 159. 1. **RG. 71** 303, JW. **09** 466, R. **09** Ziff. 2696. Ist im Bereiche der Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das ersuchte Gericht sachlich unzuständig, so kann begriffsmäßig von Gewährung der Rechtshilfe nicht die Rede sein. Daher ist mit Rücksicht auf § 44 ElsLothAGFG. die Ablehnung des Rechtshilfegesuchs durch ein els.-loth. Gericht, die Unterwerfung des außerehelichen Vaters

unter die sofortige Zwangsvollstreckung aufzunehmen, begründet, da in ElsLoth. hierfür nur die Notare zuständig sind. Ebenso ElsLothJZ. **09** 432 ff. (Colmar), wo darauf hingewiesen wird, daß **RG. 67** 416 nicht entgegensteht, da dort die Frage allgemein, ohne Rücksicht auf etwa abweichende Ausführungsvorschriften des Landesrechts behandelt sei.

2. BadRpr. **09** 6 teilt eine neue Verfügung des BadJM. v. 31. Oktober 1908 über die Zuziehung von Sachverständigen mit, welche in einem anderen Bundesstaate wohnen. S. hierzu jedoch Ziff. 3.

3. **RG.** JW. **09** 22. Der Bundesratsbeschluß, welcher gemäß § 159 GVG. die Vernehmung eines Sachverständigen, der in einem anderen Bundesstaat als das ersuchende Gericht wohnt, verbietet, und die hierauf Bezug nehmenden PrJMVf. (JMBl. **84** 161, **00** 525, **04** 255) können nicht ein Verbot für ein AG. begründen, dem Ersuchen eines Prozeßgerichts um mündliche Vernehmung eines Sachverständigen zu entsprechen. Denn nach den §§ 402, 375, 411 ist die mündliche Vernehmung selbst ausdrücklich für zulässig erklärt und von keiner anderen Voraussetzung als von dem Ermessen des Prozeßgerichts abhängig. — Ebenso **RG.** JDR. **7** § 159 Ziff. 3, jetzt auch **RG. 69** 371.

4. **RG.** JW. **09** 21, GruchotsBeitr. **53** 1098, WarnE. **2** Ziff. 157. Nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist auch eine Handlung, die im Wege der Rechtshilfe vorzunehmen gesetzlich unstatthaft ist, weil sie nur von dem ersuchenden („ersuchten" ist Druckfehler) Gerichte selbst auszuführen ist, wenn also kein zulässiger Fall der Rechtshilfe gegeben ist. Rechtshilfe liegt aber nur dann vor, wenn ein Gericht oder ein einzelner Richter eine nach Vorschrift der Prozeßordnung erforderliche richterliche Handlung, die in einem anderen Gerichtsbezirke vorzunehmen ist, dem Gerichte dieses anderen Bezirkes überträgt. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Ersuchens um Rechtshilfe ist demnach, daß die vorzunehmende Handlung gesetzlich in einem *anderen* Gerichtsbezirke vorgenommen werden darf. So ist es unzulässig, das persönliche Erscheinen einer Partei vor einem *ersuchten* Richter lediglich zu dem allgemeinen Zwecke der Aufklärung des Sachverhältnisses anzuordnen (vgl. zu ZPO. § 141 Ziff. 1).

5. OLG. **18** 379 c (Breslau). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um Vernehmung eines Minderjährigen über die Anerkennung der Vaterschaft darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters fehle.

6. DJZ. **09** 605 (KG.). Das Ersuchen des AG. des Wohnsitzes einer Person, welche den Austritt aus der Kirche erklären will, an das AG. des Aufenthalts dieser Person um Beurkundung der Erklärung darf nicht abgelehnt werden (§ 89 AGGVG.), obwohl die Wirkung der von einem anderen Gericht als dem des Wohnsitzes beurkundeten Austrittserklärung zweifelhaft ist.

7. PosMSchr. **09** 131 (Posen). Die *Beeidigung* eines Zeugen *darf* vom ersuchten Gerichte *nicht* mit der Begründung *abgelehnt* werden, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beeidigung in dem vorliegenden Falle nicht gegeben seien. Dies hat lediglich das ersuchende Gericht zu entscheiden.

§ 160. SeuffBl. **09** 110 (München). Im Falle der Ablehnung eines vom Nachlaßgerichte gestellten Ersuchens um Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft nach § 1911 BGB. durch ein anderes als zuständiges Vormundschaftsgericht ersuchtes Amtsgericht greifen die Bestimmungen über das ordentliche Rechtsmittel in der freiw. Gerichtsbarkeit nicht § 160 Platz.

§ 175. RG. (Strafs.) SeuffBl. **09** 605. Vor der Entscheidung des Gerichts über die Ausschließung muß darüber eine Verhandlung der Parteien stattfinden. Es ist aber nicht erforderlich, daß jeder einzelne Beteiligte ausdrücklich zu einer Erklärung aufgefordert wird. Es genügt, wenn den Beteiligten Gelegenheit gegeben wird, sich zu äußern.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 179. 1. Eisner, DJZ. **09** 1437, empfiehlt wegen der Wirkungslosigkeit der Ungebührstrafen folgenden Zusatz: „Aus der Untersuchungs- oder Strafhaft vorgeführte Angeklagte unterliegen während der Hauptverhandlung außerdem der seitens der Gerichts zu handhabenden Gefängnisdisziplin".

2. ElsLothJZ. **09** 539, R. **09** Ziff. 1049 (Colmar). Auf eine Ordnungsstrafe darf nur während der Sitzungsdauer, nicht mehr nach Schluß der Sitzung erkannt werden.

3. BadRpr. **09** 205 (Karlsruhe), mit ausführlicher Anführung von Judikatur und Literatur. Die Ordnungsstrafe kann weder gleichzeitig mit der Festsetzung, noch nachträglich in Haft umgewandelt werden.

§ 183. NaumburgAK. **09** 86 (Naumburg). Die Beschwerde muß innerhalb der Notfrist bei dem OLG. eingehen, die Vorschriften der §§ 567 ff. ZPO. und §§ 346 ff. StPO. finden keine Anwendung.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 201. Lönnies, PosMSchr. **09** 156, verlangt Beseitigung der Gerichtsferien.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 8. R. **09** Ziff. 2498 (BayObLG.). Wird die Revision zum ObLG. nicht bereits im Einlegungsschriftsatze, sondern erst nach Zustellung der Zuständigkeitserklärung begründet, so muß die Begründungsschrift vom einem beim ObLG. zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein.

§ 15. Ziff. 3. BuschsZ. **39** 529 (Königsberg). Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gegen den Landesfiskus gelten auch für die Vollstreckung gegen den Reichsfiskus. In Literatur und Judikatur ist jetzt fast allgemein der Satz anerkannt, daß für den Reichsfiskus in jedem Rechtsgebiete diejenigen Rechtsregeln gelten, die die dort geltende Gesetzgebung für den einheimischen Staat aufstellt.

Zivilprozeßordnung.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vorbemerkung: Sehr zu billigen ist im Interesse der Kostenersparnis — was in diesem Falle von sozialpolitischer Bedeutung — die Entscheidung zu § 9 Ziff. 2.

Vor § 1. 1. Ausländische Prozeßordnungen. a) Menestrina schildert in RheinZ. **2** 1 ff. die Praxis des österreichischen Zivilprozesses in den Gerichtsbezirken mit italienischer Bevölkerung und gibt hierbei einen feinsinnigen und lehrreichen Vergleich zwischen deutsch-österreichischem und italienischem Rechtsleben. b) Guttmann, RheinZ. **1** 227, Der österreichische Prozeß und die deutsche Reform, schildert die Vorzüge des modernen österreichischen Zivilprozesses, seine schneidige Prozeßleitung, Unmittelbarkeit und Schnelligkeit.

2. Prozeßordnungsvorschriften. Mendelssohn-Bartholdy, RheinZ. **1** 177, Zivilprozeßordnung und Code civil, zeigt, daß es drei Arten von Vorschriften in der ZPO. gibt: selbständige Prozeßgesetze, prozessuale Ausführungsgesetze zum BGB. und rein materiell-rechtliche Normen. Ist der Rechtsstreit nach ausländischem Zivilrechte zu entscheiden, so sind die prozessualen Ausführungsgesetze (wie z. B. § 324 ZPO.) nicht anwendbar.

3. Klagerecht und Rechtsschutzanspruch. S. unten vor § 253.

4. Prozeßhandlungen. S. auch zu § 81. a) Zu Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, Kritik, ABürgR. **33** 216. b) Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Irrtums s. die JDR. **7** vor § 1 Ziff. 3 c δ zit. Entsch. jetzt auch in Frankf. Rundsch. **43** 35 (Frankfurt), BuschsZ. **39** 355, OLG. **19** 121.

5. Wahrheitspflicht und Lügenverbot. S. JDR. **7** vor § 1 Ziff. 4. — Vgl. auch unten § 286 Ziff. 1 b und § 451 Ziff. 3. a) Riedner, Post **09** Nr. 39, tritt Hellwig bei, verlangt die Normierung der Wahrheitspflicht, Zwangsmittel, um das persönliche Erscheinen der Parteien durchzusetzen und andererseits Beseitigung des Anwaltszwanges, wo er überflüssig und störend ist. b) Kohler, Tag **09** Nr. 37, schließt sich Hellwig an und fordert Schadensersatzpflicht desjenigen, der seinen Gegner durch falsche Behauptungen im Prozesse schädige, eine Mithaftung des Anwalts, der ihm dabei helfe, und dessen dienstliche Bestrafung, wenn er wissentlich falsche Behauptungen unterstütze. c) Schneider, Die Lüge im Zivilprozesse, RheinZ. **1** 393, hält die gesetzliche Normierung eines Lügenverbots, da es doch lex imperfecta bleiben müsse, für praktisch wertlos und erhofft Abhilfe nur von der Herstellung einer wirklich unmittelbaren Verhandlung zwischen Gericht und Parteien im Beistand ihrer Anwälte, besonders Parteivernehmung, nötigenfalls unter Eid, nach österreichischem Muster. d) Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung (s. unten vor § 253) 195 ff. Ein Lügenverbot besteht 1. dem Gerichte gegenüber, auch nach der geltenden ZPO.; die Lüge bedeutet Mißbrauch staatlicher Einrichtungen und Verletzung der Würde des Gerichts; 2. materiellrechtlich dem Gegner gegenüber, beruhend auf Verletzung der diesem gegenüber schuldigen Pflicht zur Betätigung des materiellen Anspruchs nach Treu und Glauben. Die Übertretung dieses materiellen Lügenverbots macht, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar schadensersatzpflichtig gemäß §§ 242, 826 BGB., da in der Benutzung eines erschlichenen Urteils — trotz der Rechtskraft — ein neuer dolus liegt.

6. Rechtskraft. Wesen und Ausbeutung gegen die guten Sitten s. unten zu § 322.

7. Zu Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (JDR. **7** vor § 1 Ziff. 8) s. Kritik, ABürgR. **33** 213.

8. Vergleich. S. JDR. **7** vor § 1 Ziff. 9. a) Alsberg, BuschsZ. **39** 413, Der Prozeßvergleich, erörtert die Frage, ob der Prozeßvergleich den Prozeß beendigt und bejaht sie. Da diese Wirkung nach ihm lediglich auf dem Willen der Parteien beruht, so fällt der Vergleich im Falle der Nichtigkeit des materiellen Vergleichsvertrags auch als prozessuales Geschäft zusammen, der alte Prozeß kann wieder beginnen und die erloschene Rechtshängigkeit wieder begründet werden. Wenn daher unter Berufung auf diese Nichtigkeit eine Partei neu ladet, so hat das Gericht neuen Verhandlungstermin zu bestimmen. Zum Schlusse (435 ff.) wird erörtert, wie es mit der Berücksichtigung des Vergleichs steht, wenn die geladene Partei ausbleibt und der Gegner, ohne den Vergleich zu erwähnen, Erlaß des Versäumnisurteils beantragt. b) OLG. **19** 94 (Frankfurt). Die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines abgeschlossenen Prozeßvergleichs hat im alten Prozesse, der durch Neuladung wieder auflebt, zu geschehen. Dies folgt aus der materiell-rechtlichen Vertragsnatur des Vergleichs. c) KGBl. **09** 59 (KG.). Gemäß **RG. 65** 422 ist die von dem Kläger betriebene Fortsetzung des Prozesses, nachdem der zu dessen Beendigung geschlossene gerichtliche Vergleich angefochten ist, zuzulassen. Denn eine sachliche Entscheidung durch Urteil konnte alsbald erfolgen und ein weiteres, nach seiner Ausdehnung ungewisses Verfahren wird durch die Anfechtung nicht veranlaßt. d) Seuff. Bl. **09** 781 (München). Ein außergerichtlicher Vergleich beendigt den Rechtsstreit nicht und kann nur in Gestalt einer Einrede im Prozesse zur Geltung gebracht werden. Der Kläger wird an dem Weiterbetriebe des anhängigen Prozesses

nicht gehindert, wenn er dabei nur die dem Beklagten gewährten Zahlungsfristen einhielt.

§ 3. 1. Keine Festsetzung. HansGZ. **09** Beibl. 226 (Hamburg). [Wenn auch die Parteien nicht über die Zahlungspflicht an sich streiten, sondern nur darüber, ob pränumerando oder postnumerando zu zahlen ist, so gilt doch für die auf Verurteilung zur Zahlung gemäß §§ 258, 259 gerichtete Klage ohne weiteres der Nennwert der ganzen Summe als Wert des Streitgegenstandes; für eine Bewertung nach freiem Ermessen ist kein Raum.

2. Grenzfälle gegen §§ 4—9. a) SeuffBl. **09** 320, OLG. **18** 409 ε (München). Für die Klagen aus § 768 ZPO. ist der Streitwert nicht nach § 6, sondern nach freiem Ermessen festzusetzen, da Einwendungen gegen die Schuld an sich nicht bestehen, sondern nur das Interesse des Klägers an der Abwendung der Vollstreckung in Frage steht. **b)** Wert eines Wohnungsrechts. S. die JDR. **7** § 3 Ziff. 2 e zit. Entsch. jetzt auch BayObLG. **9** 197.

3. Grundsätze für die Schätzung. a) **RG.** LeipzZ. **09** 313. Bei einem Prozesse darüber, ob die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts begründet ist, bildet das frei zu schätzende Interesse an der Entscheidung dieser Frage den Streitwert, nicht aber ist der Streitwert dem der Höhe des von dem Schiedsgerichte zu entscheidenden Anspruchs gleich, sondern niedriger. **b) RG.** R. **09** Ziff. 300. Der Streitwert für die Feststellung eines Zurückbehaltungsrechts an einem Hypothekenbrief ist unter der Hälfte des Hypothekenwerts zu bemessen. **c) RG.** R. **09** Ziff. 3386. Den Streitwert eines Prozesses über die Pflicht vorzeitiger Annahme einer Hypothekenrückzahlung bildet der Unterschied zwischen dem jetzt eingetragenen und dem bei anderweiter Anlegung voraussichtlich zu erzielenden Zinsfuße. **d)** BreslauAK. **09** 65 (Breslau). Bei der Klage auf Befreiung von der persönlichen Haftung für eine Hypothekenschuld ist das Interesse an der Befreiung maßgebend. Es ist also zu erwägen, ob und wieweit das Grundstück Sicherheit bietet und danach zu bemessen, mit welchem Ausfalle zu rechnen ist, z. B. Wert des Grundstücks 46 000 M., Hypothek an 1. Stelle 35 000 M., Streitgegenstand 4000 M. **e)** OLG. **19** 48 α, HessRspr. **10** 91 (Darmstadt). Bei einer Wandelungsklage ist Gegenstand des Klagantrags nicht eine einzelne bestimmte Leistung, sondern die Aufhebung des Kaufvertrags im ganzen. Das Interesse des Klägers besteht in dem Vermögensunterschiede, der sich für den Kläger ergibt, je nachdem man die Zeit vor oder nach der Rückgängigmachung zugrunde legt. Mit Recht ist daher zugrunde gelegt, daß der Kläger dem Beklagten angeboten hatte, das Kaufobjekt zu einem geringeren Preise zu behalten und das Interesse nach Maßgabe der Differenz zwischen diesem Angebot und dem vereinbarten Kaufpreise bemessen. **f) RG.** GruchotsBeitr. **54** 168, LeipzZ. **1910** 76, R. **09** Ziff. 3095, WarnE. **2** Ziff. 544. Bei der Wiederaufnahmeklage ist der Wert des Streitgegenstandes nicht höher, wie der Wert der Hauptsache, in welcher das zu beseitigende rechtskräftige Urteil ergangen ist. Dies folgt aus der Abhängigkeit der Restitutionsklage von der Hauptsache (vgl. **RG. 57** 231 ➠ bei WarnE. falsch zitiert. Red. ↞). g) SchlHolst. Anz. **09** 304 (Kiel). Bei alternativen Ansprüchen ist, wenn dem Beklagten das Wahlrecht zusteht, der minderwertigere Anspruch in Ansatz zu bringen. **h)** SeuffBl. **09** 250 (München). Bei Klagen auf Teilung eines den Parteien gemeinschaftlichen Grundbesitzes ist das Interesse des Klägers an der Aufhebung der Gemeinschaft maßgebend. In der Regel wird die Höhe des Anteils, in dessen Besitze der Kläger durch die Klage gelangen will, für das Interesse maßgebend sein, es muß dies aber nicht der Fall sein.

§ 4. 1. Wurzer, Zum Begriffe der Nebenforderungen im Sinne des § 4 ZPO., GruchotsBeitr. **53** 48. Die Frage, ob eine Nebenforderung vorliege, ist danach zu beantworten, ob der betr. Anspruch nach dem Wesen des Rechtsver-

hältnisses, aus dem er entspringt, eine Nebenforderung ist. Diesen Satz wendet Wurzer auf einzelne Schuldverhältnisse, wie Kauf, Auftrag usw., an.

2. Wann sind Zinsen Nebenforderung? **RG.** JW. **09** 691, LeipzZ. **1910** 76, R. **09** Ziff. 3387, RheinARV. **27** 228. Werden Zinsen als selbständige Forderung beansprucht, stellen sie sich also nur ihrer rechtlichen Entstehung nach als Zinsbetrag dar, werden aber auf Grund eines besonderen neuen Rechtsgrundes gefordert, so sind sie bei der Wertberechnung zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen sind sie dagegen, wenn sie lediglich als eine von der Hauptforderung abhängige Nebenforderung geltend gemacht werden, als Vergütung für die entgangene Nutzung der Hauptsumme.

§ 6. 1. Wert der Sache. **a)** BadRpr. **09** 126 (Karlsruhe). Bei Klagen auf Feststellung des Eigentumsvorbehalts an Maschinen kommt nicht das Interesse an der Feststellung, sondern der Wert der Maschinen in Betracht. **b)** R. **09** Ziff. 497 (BayObLG.). Der Gegenstandswert eines Vertrags auf Einräumung eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Grundstücke deckt sich mit dem Werte des Grundstücks selbst.

2. Betrag der Forderung. BadRpr. **09** 9, R. **09** Ziff. 496 (Karlsruhe). Bei der Klage auf Befreiung von einer Geldschuld ist der Streitwert nach dem ziffernmäßigen Geldbetrage der Forderung zu berechnen.

3. Über die Berechnung bei Interventionsklagen rücksichtlich vier untereinander verschiedener Gruppen von Pfandstücken s. unten zu § 546 Ziff. 3 a.

§ 7. 1. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 374. Bei der nach § 3 erfolgenden Wertsschätzung kann die vorübergehende Natur der Störung der Dienstbarkeit, der Umstand, daß diese voraussichtlich nicht $12^1/_2$ Jahre dauern wird, um so weniger außer Betracht bleiben, als darauf selbst beim Vorhandensein eines Bezugsrechts Rücksicht zu nehmen wäre.

2. Über Anwendbarkeit bei Festsetzung des Wertes des Beschwerdegegenstandes gemäß § 546 s. § 546 Ziff. 2 c.

§ 9. 1. Bedingter Anspruch. **RG.** JW. **09** 663. Der Anspruch des Klägers, seine Frau und Kinder im Falle seines Ablebens schadlos zu halten, ist nicht nach § 9 ($12^1/_2$ facher Betrag) zu berechnen, sondern nach § 3 zu schätzen. Denn es hängt erst von einem später vielleicht zu einem noch gar nicht zu bestimmenden Zeitpunkt eintretenden Ereignis ab, ob überhaupt eine Zahlung wird gefordert werden können (**RG. 26** 409).

2. SeuffA. **64** 473 (Bamberg). Bei Ansprüchen einer Berufsgenossenschaft aus dem Haftpflichtgesetze (§ 45 II BauUVG. und § 140 GewUVG.) findet nicht § 9 GKG. mit § 9 ZPO., sondern § 9 a GKG. Anwendung, sei es, daß der Anspruch der Genossenschaft ein selbständiger Anspruch aus §§ 3, 7 HaftpflG. ist oder als an sich fremder, gesetzlich übertragener geltend gemacht wird.

§ 10. BuschsZ. **39** 107 (Braunschweig). Die Vorschrift gilt auch dann, wenn vereinbarte ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts behauptet wird.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Reichhaltig war auch dieses Mal die Rechtsprechung zu § 29. Über die Bedeutung der Unterschrift für nicht gelesene Klauseln sind wiederum widersprechende Entscheidungen ergangen (§ 29 Ziff. 5 b ff.). Hingewiesen sei auch auf die Plenarentscheidung zu § 32 Ziff. 2 und auf das Erkenntnis des OLG. Hamburg zu § 33 Ziff. 3. Letztere Entscheidung, welche bei gleichzeitiger Benutzung der Gegenforderung zur Widerklage und Eventualaufrechnung den rechtlichen Zusammenhang verneint, ist zwar logisch unanfechtbar, aber wenig praktisch im Ergebnisse.

§ 17. Abs. 2. ThürBl. **56** 36, DJZ. **09** 552 (Jena). Die Bestimmung setzt kein in Betrieb befindliches Bergwerk voraus. Das Wort „Bergwerk" bedeutet sowohl die bergbauliche Anlage, als auch das in einem bestimmten Felde unter einem bestimmten Namen verliehene Bergwerkseigentum (**RG. 30** 210).

§ 18. Reichmann, JW. **09** 100, weist auf die oft schwierig zu entscheidende Frage hin, welche Behörde im einzelnen Falle zur gesetzlichen Vertretung des Fiskus berufen ist, und schlägt die Schaffung von „Vertretungsämtern" vor, bei welchen das zuzustellende Schriftstück mit dem Gesuch um Zustellung an die zuständige Behörde eingereicht wird. Mit dem Eingange beider Schriftstücke bei dem Vertretungsamte soll die Zustellung als erfolgt gelten.

§ 21. 1. OLG. **19** 131 β, R. **09** Ziff. 3099 (Hamburg). Miete eines Pferdestalls zum dauernden Einstellen dort eingekaufter und verkaufter, nicht bloß gelegentlich vom Hauptgeschäfte hingesandter Pferde begründet eine Niederlassung des Pferdehändlers.

2. OLG. **19** 51 β, WürttJ. **21** 318, R. **09** Ziff. 2813 (Stuttgart). Keine Niederlassung im Sinne des § 21 ist die auswärtige Filiale eines Zigarrengeschäfts, wenn die Geschäfte der Filiale sich durchweg in kleinem Rahmen bewegen und regelmäßig gegen Barzahlung erfolgen und der Leiter der Filiale, meist eine einzige Person, im wesentlichen an die Weisungen des Prinzipals, insbesondere hinsichtlich der Verkaufssätze gebunden ist, so daß ihm innerhalb des Betriebs ein Feld eigener Willensbetätigung vorenthalten ist.

§ 22. ThürBl. **56** 36, R. **09** Ziff. 1540 (Jena). § 22 findet auf Gewerkschaften jedenfalls dann Anwendung, wenn es sich um sog. Gewerkschaften neuen Rechtes handelt.

§ 24. 1. SchlHolstAnz. **09** 222 (Kiel). Der Gerichtsstand des § 24 ist nicht gegeben, wenn der Grundstückseigentümer gemäß § 1144 BGB. Aushändigung einer löschungsfähigen Quittung Zug um Zug gegen Befriedigung des Hypothekengläubigers verlangt. Denn er macht weder die Freiheit seines Grundstücks von einer dinglichen Belastung geltend, noch beansprucht er die Beseitigung einer materiell nicht mehr zu Recht bestehenden Belastung; bis zur Befriedigung des Beklagten, die durch die Hinterlegung nicht erfolgt ist, besteht die Belastung zu Recht. Auch § 29 trifft nicht zu (vgl. § 29 Ziff. 1b.)

2. SeuffA. **64** 34 (Hamburg). Der persönliche Anspruch des Eigentümers gegen den Hypothekar auf teilweise Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen, der damit begründet wird, daß nach § 1163 die Hypothek in der betreffenden Höhe dem Eigentümer zustehe, ist im ausschließlichen Gerichtsstande des § 24 geltend zu machen.

3. OLG. Dresden JDR. **7** Ziff. 2 jetzt auch DJZ. **09** 664.

§ 29. 1. Kein Gerichtsstand des Erfüllungsorts. a) R. **09** Ziff. 302 (Hamburg). Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist nicht begründet bei Klagen des Käufers auf Rückzahlung des für zu viel gelieferte Waren gezahlten Kaufpreises und auf Rücknahme der zu viel gelieferten Waren. Denn infolge der Ablehnung der zu viel gelieferten Ware (§ 378 HGB.) ist diese nicht Gegenstand des Vertrags geworden, Klagegrund ist nur die ungerechtfertigte Bereicherung. b) SchlHolstAnz. **09** 222/3 (Kiel). Für die Klage auf Erteilung löschungsfähiger Quittung Zug um Zug gegen Zahlung des Hypothekenkapitals ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nicht gegeben. Für diesen auf dem Gesetze beruhenden Anspruch gibt es keinen besonderen Gerichtsstand (vgl. auch oben zu § 24).

2. Streitige Verpflichtung. **RG.** R. **09** Ziff. 3577 und 3796. Bei Klagen auf Schadensersatz wegen schuldhafter Lieferung schlechter Ware ist die streitige Verpflichtung nicht die Schadensersatzpflicht, sondern die-

jenige, wegen deren Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung Schadensersatz geleistet werden soll.

3. Erfüllungsort bei Feststellungsklagen. OLG. 19 60 δ, R. 09 Ziff. 2455 (KG.). Für die Feststellungsklage des Käufers, daß er dem Verkäufer nichts mehr schulde, weil er eine höhere Schadensersatzforderung habe, ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für die Zahlung des Kaufpreises gegeben.

4. Gesetzlicher Erfüllungsort. a) Bei Schuldübernahme. *Reichel, Schuldmitübernahme 520 f. Der kumulative Schuldübernehmer ist am Erfüllungsorte der Urschuld nur dann verklagbar, wenn dieser sich aus dem Zwecke des Urschuldverhältnisses ergab oder vor der Schuldübernahme zwischen den Urschuldparteien vereinbart ist, nicht aber auch, wenn er bloß durch das Domizil ꝛc. des Urschuldners bestimmt ist. b.) Bei Wandelungs- und ähnlichen Klagen. α. **RG. 70** 198, JW. **09** 166, R. **09** Ziff. 1002. Bei einer Klage auf Wandelung eines bereits beiderseits vollzogenen Grundstückstauschvertrags sind beide Gerichte, in deren Bezirke die Grundstücke liegen, gleichmäßig zuständig. Denn Hauptverbindlichkeit ist die beiderseitige Verpflichtung zur Rückauflassung. β. ElsLothJZ. **34** 475 (Colmar). Ist der Beklagte vertraglich verpflichtet, für einen gewissen Fall die dem Kläger verkauften Aktien zum Ankaufspreise zurückzunehmen, d. h. ist für diesen Fall der Kläger zum Rücktritte berechtigt, so ist nach Ausübung des Rücktritts (§ 348 BGB.) Erfüllungsort für die Rückgabeverpflichtung des Klägers dessen Wohnsitz (wie bei der Wandelung). γ. KGBl. **09** 83 (KG.) hält nach nochmaliger Prüfung trotz **RG. 50** 272 daran fest, daß bei Klagen auf Rückzahlung des Kaufpreises ohne gleichzeitige Klage auf Rücknahme der Ware für den Gerichtsstand lediglich die Zahlungsverpflichtung des Käufers (§ 269 BGB.) maßgebend ist. c) BadRpr. **09** 125 (Karlsruhe). Bei Klagen auf Abnahme der verkauften Sache ist der Ort maßgebend, an dem der Verkäufer nach dem Vertrage die Sache abzuliefern hat.

5. Vereinbarter Erfüllungsort. a) OLG. **19** 54, R. **09** Ziff. 2452 (Braunschweig). Die Erklärung in dem als Vertragsantrag sich darstellenden Kostenanschlag: „Erfüllungsort in jedem Falle A." genügt zur Vereinbarung des Erfüllungsorts auch für spätere Lieferungen, wenn zwar Einzelheiten mündlich abgeändert sind, der vorgeschlagenen Bestimmung des Erfüllungsorts aber nicht widersprochen ist. b) OLG. **19** 55 β, R. **09** Ziff. 2453 (Hamburg). Wer einen Bestellschein mit dem Vordruck „Erfüllungsort für Zahlung und Lieferung H." unterschreibt, unterwirft sich diesem Erfüllungsort, auch wenn er den Vordruck nicht gelesen hat. Es genügt, daß er den Auftrag in dem Bewußtsein unterschrieb, daß sich darin noch Bestimmungen befanden, um deren Inhalt und Bedeutung er sich nicht bekümmerte. Der Umstand, daß der Verkäufer als Erfüllungsort für die Verpflichtung des Käufers den Ort seiner eigenen Handelsniederlassung bevorwortet, ist so häufig, daß weder der Beklagte berechtigt erscheint, jene Klausel als durch seine Unterschrift nicht gedeckt zu erachten, noch dem Kläger deshalb eine Arglist zuzurechnen ist, weil er den Beklagten nicht über die Bedeutung der Klausel aufgeklärt hat. Auch steht nicht fest, daß die Kenntnis der Bedeutung der Klausel den Beklagten vom Geschäftsschluß abgehalten haben würde. — Ebenso: c) OLG. **19** 55 γ (Braunschweig). Es kommt darauf an, ob nach den Umständen die Unterschrift so zu verstehen ist, daß sie den gesamten Text, also auch den Vordruck, oder nur einen Teil des Textes, nämlich den geschriebenen Teil zu decken bestimmt ist. Das erstere ist der Fall, wenn der Unterschreibende wußte oder annehmen mußte, daß das benutzte Formular für diesen Zweck bestimmt war und in seinem Vordrucke für den Vertragsinhalt wesentliche Bestimmungen enthielt, das letztere dann, wenn er die Art des benutzten Papiers als bedeutungslos und es deshalb als gleichgültig ansehen konnte, was etwa sonst noch auf dem Papiere stand. — Anders dagegen:

d) OLG. 19 56, R. 09 Ziff. 2454 (München). Der handschriftliche Vermerk hinter einem Vordrucke: „Kondition": „Erfüllungsort für beide Teile H." auf der vom Besteller unterschriebenen Kommissionsnote bindet den Besteller selbst dann nicht, wenn er die übrigen Teile der Kommissionsnote gelesen hat. Dem Besteller muß nachgewiesen werden, daß er von dem Urkundeninhalte vollständig Kenntnis genommen hat. Es kommt auch darauf an, ob über die Klausel vorher mündlich gesprochen war. War dies nicht der Fall, so ist im Zweifel Auslegung zugunsten des überraschten Bestellers geboten. e) OLG. 19 58 ε (Stuttgart). Dadurch, daß der Verkäufer dem Besteller über den mündlich geschlossenen Kauf ein Bestätigungsschreiben mit Einlage geschickt hatte, welche eine Bezeichnung der gekauften Sache und die Worte enthielt: „Erfüllungsort St. für Lieferung und Zahlung" und daß der Käufer sich gegen diese Klausel nicht verwahrt hatte, ist eine Vereinbarung nicht getroffen worden. Denn der Besteller, wenn auch vielleicht daneben Kaufmann, war in erster Linie Ingenieur und durfte den Vordruck der Einlage unbeachtet lassen, da über den Erfüllungsort vorher nichts gesprochen war und es sich nicht um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelte.

6. a) OLG. 19 132 γ, R. 09 Ziff. 3100 (KG.). Für die auf Rücktritt nach § 326 BGB. gestützte Klage auf Rückgabe eines auf den Kaufpreis gegebenen Wechsels und Feststellung, daß dem Verkäufer kein Recht auf Abnahme und Zahlung zustehe, ist der Wohnsitz des Verkäufers maßgebend. Der einheitlich zu bestimmende Gerichtsstand richtet sich nach der Pflicht zur Rückgewähr des Wechsels als der Hauptverpflichtung. b) OLG. Colmar JDR. 7 § 29 Ziff. 6 d jetzt auch ElsLoth. JZ. 09 412 ff.

§ 32. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 521. Auch der (privative oder kumulative) Schuldübernehmer ist vor dem forum delicti commissi belangbar.

2. **RG.** (VerZS.) JW. 10 24 Ziff. 40. Setzt sich die unerlaubte Handlung aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken verübten Handlungen zusammen, so ist jedes der in Betracht kommenden Gerichte für die Klage auf Ersatz des ganzen entstandenen (und noch entstehenden) Schadens zuständig, also auch insoweit, als die einzelnen Handlungen außerhalb des Bezirkes des angerufenen Gerichts verübt sein sollen. — Ebenso auf Grund dieser Entscheidung **RG.** WarnE. 3 Ziff. 37. — Anders bisher **RG.** JDR. 4 § 32 Ziff. a.

3. ElsLothJZ. 09 412 ff. (Colmar). Zur Begründung des Gerichtsstandes aus § 32 genügt es (wie im Strafrechte), daß eines oder einzelne der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der unerlaubten Handlung an dem betr. Orte in die Erscheinung getreten sind.

4. BayObLG. 9 462 (BayObLG.). Für den auf § 3 Ziff. 1 AnfG. gestützten Anspruch ist der Gerichtsstand des § 32 begründet, auch gegen die Erben.

5. KGBl. 09 66 (Cöln). Für Klagen auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung ist der Gerichtsstand des § 32 nicht gegeben. Die Bestimmung ist zugunsten des Beschädigten getroffen, eine Ausdehnung zugunsten des angeblichen Schädigers ist nicht zulässig.

§ 33. 1. a) OLG. 19 132 γ, R. 09 Ziff. 3101 (KG.). Der Gerichtsstand des § 33 ist auch dann begründet, wenn die Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen wird. Denn „das Gericht der Klage" ist dasjenige, bei dem geklagt worden ist. — Ebenso: b) HansGZ. 09 Beibl. 161 (Hamburg). Über den durch Widerklage geltend gemachten Anspruch ist materiell zu entscheiden, trotzdem die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird. Die zulässig erhobene Widerklage bleibt rechtshängig, wenn sie durch den die Klage betreffenden Mangel nicht berührt wird, da die Widerklage zu ihrem Fortbestande nicht der fortdauernden Anhängigkeit der Klage bedarf.

2. OLG. **19** 59 a, R. **09** Ziff. 2456 (KG.). Gegenüber der Interventionsklage der Frau ist eine Widerklage aus ihrer Bürgschaft für die der Pfändung zugrunde liegende Schuld ihres Mannes unzulässig.

3. SeuffA. **64** 424, R. **09** Ziff. 2008 (Hamburg). Wenn der Beklagte die (ganze) Gegenforderung prinzipaliter widerklagend geltend macht und eventuell (für den Fall des Bestehens der — bestrittenen — Hauptforderung) aufrechnet, so liegt nicht der Fall vor, daß der widerklagend geltend gemachte Anspruch mit dem aufrechnend geltend gemachten „im Zusammenhange steht". Es ist ein und derselbe Anspruch, der im vollen Umfange sowohl im Wege der Aufrechnung wie im Wege der Widerklage geltend gemacht wird, und da dieser Anspruch prinzipaliter, also zunächst widerklagend geltend gemacht ist, so bestand bei der Erhebung der Widerklage der vom § 33 hierfür erforderte rechtliche Zusammenhang nicht.

§ 36. 1. Ziff. 2. BayObLG. **10** 90 (BayObLG.). Die Bestimmung des zuständigen Gerichts findet nicht mehr statt, wenn der Rechtsstreit bei einem der in Frage kommenden Gerichte I. Instanz bereits anhängig gemacht und von diesem entschieden ist.

2. Novelle. Stein, LeipzZ. **09** 655. In den Handelssachen des § 101 GVG. ist das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht jetzt die Kammer für Handelssachen.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. *Reichel, Schuldmitübernahme 521. Das forum prorogatum bindet den kumulativen Schuldübernehmer im Zweifel dann, wenn es vor der Mitübernahme, nicht aber dann, wenn es nach der Mitübernahme zwischen Urschuldner und Gläubiger (Kläger) vereinbart ist; arg. § 425 BGB.

2. a) KGBl. **09** 62 (KG.). Wenn Berlin als Erfüllungsort vereinbart ist, so ist — bei sachlicher Zuständigkeit des LG. — das LG. I Berlin zuständig. Denn es ist dasjenige Gericht zu verstehen, welches nur für Berlin, nicht aber für Teile Berlins und zugleich für andere Orte zuständig ist. Gleichgültig ist, daß keine der Parteien im Bezirke des LG. I Berlin ihren Wohnsitz hat. **b)** KGBl. **09** 121 (LG. I Berlin). War vor der neuen Gerichtsorganisation von 1899 das AG. I Berlin vereinbart, so ist jetzt AG. Berlin-Mitte zuständig.

3. a) BreslauAK. **09** 66 (Breslau), bejaht die Ausschließlichkeit des vereinbarten Gerichtsstandes, weil der Ort der Zuständigkeit in unmittelbarer Folge hinter den Erfüllungsorten für die Übergabe und Rücklieferung der Materialien, sowie für die Zahlungen vereinbart ist, letztere nach dem Sinne des Vertrags als ausschließliche Erfüllungsorte anzusehen sind und deshalb die Ausschließlichkeit auch für den Gerichtsstand als von den Vertragschließenden gewollt anzusehen ist. **b)** Bad. Rpr. **09** 261 (Karlsruhe). Ob die Prorogation eine mit den gesetzlichen Gerichtsständen konkurrierende oder eine ausschließliche Zuständigkeit schaffen will, ist Tatfrage. Eine Vermutung für die Ausschließlichkeit besteht. (Letztere wurde verneint, da nach dem Gesamtinhalte des Abzahlungsvertrags die Prorogation nur den Zweck haben soll, die gegen den Käufer etwa erforderliche Beitreibung des Kaufpreises für den Verkäufer zu erleichtern.)

4. BraunschwZ. **09** 178 (Braunschweig). Für Entschädigungsansprüche, welche aus den mit dem preuß. Eisenbahnfiskus, als Unternehmer der braunschw. Staatsbahn, geschlossenen Frachtverträgen entspringen, sind die braunschweigischen Gerichte zuständig. Dies folgt, wenn nicht aus dem braunschw.-preuß. Staatsvertrage v. 27./30. Juni 1884 selber, so doch aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Frachtvertrage, der die in dem Staatsvertrag Art. V Ziff. 4 abgegebene Erklärung

Preußens, daß es für die betreffenden Streitigkeiten in Braunschweig Recht nehmen werde, als Vertragsklausel mitenthält (vgl. **RG.** SeuffA. **45** Ziff. 273).

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 45. Abs. 2. Kann gegen den nicht erschienenen Beklagten, der kurz vor der Sitzung durch schriftliches Gesuch den Prozeßrichter ablehnt, Versäumnisurteil ergehen, wenn der Richter sich nicht für befangen hält? Bejaht von Carl, DJZ. **09** 1381, da die erschienene Partei das Recht hat, den Sachverhalt vorzutragen und demnach gemäß § 331 Abs. 2 das Versäumnisurteil ergehen muß.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vorbemerkung: Theoretisch und praktisch gleich wichtig ist die vor § 50 erörterte Kontroverse.

Vor § 50. Nicht existierende Partei. 1. BuschsZ. **39** 349 Ziff. 1 (LG. Kempten). Die Klage gegen die „Käsereigenossenschaft M., zu Händen des Ökonomen A. S." wurde „wegen mangelnder Passivlegitimation" abgewiesen, nachdem in der mündlichen Verhandlung ein Rechtsanwalt erklärt hatte, er vertrete den Beklagten A. S., eine Käsereigenossenschaft M. existiere nicht (➔ deren Existenz offenbar auch nicht festgestellt wurde. Red. ⬅).

2. Dagegen lehnte in einer anderen Sache gegen den „Ortsverein, vertreten durch seinen Vorstand, bestehend aus 5 Herren" das LG. Kempten (BuschsZ. **39** 349 Ziff. 2) durch Beschluß die weitere Verhandlung ab, nachdem der Kläger den Nachweis der bestrittenen Existenz des Vereins nicht erbracht und der auftretende Anwalt erklärt hatte, „er trete für die 5 Beklagten auf, so wie sie verklagt seien". Das LG. führt aus: Die Klage sei überhaupt nicht erhoben: daß der beklagte Verein existiere, sei nicht bewiesen, die 5 angeblichen Vertreter des Vereins aber seien nicht verklagt, es bestehe daher ein Prozeßrechtsverhältnis gar nicht.

3. Dieser Beschluß wurde vom OLG. Augsburg (BuschsZ. **39** 350, SeuffA. **64** 162) unter Berufung auf **RG. 18** 383 und **29** 411 aufgehoben: Der Beschluß des LG. enthalte eine Aussetzung des Verfahrens, für die es an einem gesetzlichen Grunde fehle.

4. Hierzu bemerkt LGRat Zeiler (BuschsZ. **39** 350), daß der Antrag auf Klagabweisung unzulässig sei, da er von (oder durch den Anwalt für) Personen gestellt sei, die nicht verklagt waren und in dem Rechtsstreite keine Rolle spielen konnten. Es hätte ruhig VU. ergehen können, da es doch nur ein Hieb in die Luft gewesen wäre. Umgekehrt sei es aber geradezu unbillig, durch ein klagabweisendes Urteil dem Kläger die Kosten aufzuerlegen, soweit sie auf eine Vertretung und Prozeßführung des A. S. und der 5 „Beklagten" erwachsen seien. Die Bezugnahme aber auf die Entsch. des **RG.** sei nicht glücklich, da es sich dort immerhin um wirklich vorhandene Rechtssubjekte handele. ➔ Zu 1—4. Die zutreffende Entscheidung dieser wichtigen und praktisch häufig vorkommenden Frage kann wohl nur dann getroffen werden, wenn man scharf — mit Hellwig, Lehrbuch II § 111 — unterscheidet: 1. wer ist — für den zu beginnenden Prozeß — die richtige Partei für eine erfolgreiche Klage? und 2. wer ist — für den anhängigen Prozeß — Partei? Die Antwort auf letztere Frage lautet: die Person, die klagt oder verklagt wird, d. h. die in der Klageschrift als Kläger und Beklagter bezeichneten Personen. Existiert eine dieser Personen nicht, so fehlt es an einer Prozeßvoraussetzung und die Klage ist von Amts wegen durch Prozeßurteil (absol. ab instantia) abzuweisen. „In die Prozeßkosten ist der angebliche Vertreter der nicht existierenden Partei zu verurteilen. Fehlt die beklagte Partei, so ist ersatzpflichtig bzw. -berechtigt

der als ihr angeblicher gesetzlicher Vertreter in Anspruch Genommene" (Hellwig §112 II 2). —In den angezogenen ebenso entschiedenen und zu entscheidenden Fällen des RG. fehlt es ebenfalls an Prozeßvoraussetzungen, einmal (18 383) wegen Zustellung der Klage an einen Prozeßunfähigen, in 29 411 wegen mangelnder Vertretungsmacht. Red. ←

§ 50. 1. **RG.** JW. **09** 692, RheinARV. **27** 229. Für die Frage der Parteifähigkeit kommt es nur darauf an, ob die vom Kläger bezeichneten Beklagten die Fähigkeit haben, Subjekt des Prozesses zu sein. Der Einwand, daß die ursprünglich verklagte o H G. in Wahrheit nicht bestehe und daß daher der Prozeß auch nicht gegen die Beklagten als „Gesellschafter" fortgesetzt werden könne, betrifft nicht die Parteifähigkeit, sondern die materielle Frage, ob die Klage begründet ist.

2. RheinZ. **2** 253 (Frankfurt). Die Intendanturen der Königlichen Theater und die Intendanten als solche sind nicht parteifähig. Ob ihnen die Passivlegitimation fehlt, die Klage (eines Sängers wegen Gehaltsansprüche) vielmehr gegen den König gerichtet und bei dem Geheimen Justizrat hätte angebracht werden müssen — wie das LG. Wiesbaden (RheinZ. **2** 251) annimmt — ist unentschieden gelassen.

3. SeuffA. **64** 293 (Königsberg). Der selbständige Gutsbezirk (preuß. Gutsverband) ist nicht parteifähig, weil nicht juristische Person. Träger der Rechte und Pflichten ist nicht der Gutsbezirk als solcher, sondern derjenige, welcher im Besitze der Gutsherrlichkeit ist: die Gutsherrschaft. Das ALR. kennt als kommunalen Verband auf dem Lande nur die Gemeinde. Hinsichtlich der Rittergüter, adeligen Güter und Gutsherrschaften, aus denen sich die Gutsverbände infolge der Edikte v. 9. Oktober 1807 und 14. September 1811 entwickelt haben, beschränkt sich das ALR. auf die Regelung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Gutsherrn und seinen Untertanen. Die spätere Gesetzgebung (insbesondere der 3. Teil der LGO. v. 3. Juli 1891) hat dann den Besitzern der zu selbständigen Gutsbezirken umgestalteten Gutsherrschaften diejenigen Rechte und Pflichten in kommunaler Beziehung beigelegt, welche in den Landgemeinden von deren Organen ausgeübt und von deren Mitgliedern erfüllt werden. Von der Verleihung von Korporationsrechten an den Gutsbezirk ist in der früheren und späteren Gesetzgebung nirgends die Rede.

§ 51. 1. **RG. 71** 49, JW. **09** 371 Ziff. 22. Eine evangelische Kirchengemeinde bedarf im Gebiete des PrALR. zur Führung eines das Kirchenvermögen betreffenden Prozesses der Genehmigung des lastentragenden Patrons (§ 23 KirchengemeindeO. und §§ 651, 658 II. 11 ALR.).

2. **RG. 71** 229. In der Provinz Hannover sind die Gymnasien nur kraft besonderen Gesetzes juristische Personen, da § 54 II. 12 ALR. nicht gilt. Ihre Grundstücke sind daher in der Regel Staatseigentum, so daß die gegen den Eigentümer als solchen gerichtete Klage gegen den Fiskus und die zu seiner Vertretung berufene Behörde — Provinzialschulkollegium — zu richten ist.

§ 53. *Hörle, ZBlFG. **9** 755 ff. § 53 findet auf den Erben, der die Erbschaft noch nicht angenommen hat, keine Anwendung, weil er sich auf die Vertretung einer bestimmten, prozeßfähigen Person bezieht, der vorläufige Erbe nicht partei- und prozeßfähig ist und der Nachlaßpfleger nicht ihn, sondern den vermutlichen Erben, eine unbestimmte, ideale Person vertritt.

§ 56. *Hörle, ZBlFG. **9** 715 ff. Der Vorsitzende hat auf die Feststellung hinzuwirken, ob der als Partei auftretende Erbe die Erbschaft angenommen hat oder nicht.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 59. 1. Deumer, BuschsZ. **39** 490 ff., bejaht die Frage der Zulässigkeit einer passiven Streitgenossenschaft, wenn gegen den einen Beklagten auf Abgabe

einer Eintragungsbewilligung, gegen den anderen Beklagten auf Zustimmung zu der Eintragung gemäß § 888 BGB. geklagt werden soll.

2. OLG. Cassel JDR. 7 § 59 Ziff. 1 jetzt auch BuschsZ. **39** 503.

§ 62. 1 **RG. 71** 366 (370), R. **09** Ziff. 2460. Stirbt während des Prozesses eine Partei, so werden deren sämtliche Erben notwendige Streitgenossen; dies folgt aus der Natur der Erbengemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand.

2. **RG.** JW. **1910** 66. Die Feststellungsklage, ob ein Kartell sich auch auf den Vertrieb eines bestimmten Stoffes beziehe, ist gegen alle Kartellmitglieder zu richten. Da der Jahresumsatz aller Mitglieder gemeldet, die ermittelte Gesamtproduktion nach ein für allemal vereinbarten Beteiligungsziffern umgelegt und die so hervortretenden Unterschiede durch Herauszahlung seitens der Überproduzenten ausgeglichen werden sollen, muß die streitige Frage im Verhältnisse jedes Mitglieds zu allen anderen festgestellt werden. — Anders jedoch, wenn das Kartell jetzt nicht mehr besteht; dann würde es sich wesentlich darum handeln, ob gegen die Klägerin wegen angeblicher Vertragswidrigkeit Ansprüche bestehen (vgl. unten zu § 256 Ziff. 1d). Diese Ansprüche könnte jedes einzelne Kartellmitglied selbständig geltend machen.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 66. 1. BadRpr. **09** 53 (Karlsruhe). Der Streitverkündende hat ein rechtliches Interesse daran, in dem vom Verletzten gegen den Beklagten angestrengten Rechtsstreite festgestellt zu sehen, daß der eingetretene Erfolg nur durch den Beklagten und nicht auch zum Teil durch ihn (den Streitverkündeten) verursacht worden ist. Darum ist er berechtigt, dem Kläger als Nebenintervenient beizutreten.

2. Tatbestandswirkung. **a) RG.** PosMSchr. **09** 85, R. **09** Ziff. 3799 und 3800 führt aus, inwiefern durch die in dem anhängigen Prozeß ergehende Entscheidung zufolge der sog. Tatbestandswirkung die Rechtslage der Nebenintervenientin entweder in ihrem Rechtsverhältnisse zur Klägerin (Bedeutung der Beweisaufnahme als Beweissicherung) oder in dem zur Beklagten (Feststellung des Tatbestandes als Grundlage für gegenseitige Ausgleichungsansprüche oder als Sicherung gegen Regreßansprüche) beeinflußt werden kann. Hieraus ergibt sich das rechtliche Interesse. — Ebenso **RG.** R. **09** Ziff. 1541. **b)** OLG. **19** 134 b, R. **09** Ziff. 2814 (Braunschweig). Wird bei einem Streite, ob der Beklagte oder ein Dritter die klägerische Forderung zu bezahlen habe, dem Dritten vom Kläger der Streit verkündet, so kann er dem Kläger als Nebenintervenient beitreten, wenn auch das Urteil weder für noch gegen ihn Rechtskraft macht.

§ 67. 1. **RG.** FrankfRundsch. **43** 11, R. **09** Ziff. 1337. Der Nebenintervenient, der gemäß § 66 beitritt, übernimmt dadurch prozessual die Rolle dieser Partei. War er bisher der gesetzliche Vertreter der Gegenpartei, so erlischt nunmehr — ex nunc — seine Fähigkeit, den Rechtsstreit weiter für letztere zu führen. Daß er bereits zur Zeit der Klagezustellung beabsichtigt hat, auf Grund besonderer Abmachung mit der Partei an ihrer Seite als Nebenintervenient in den Rechtsstreit einzutreten, genügt aber nicht zur Annahme eines schon von Anfang an vorhandenen prozessualen Interessenwiderstreits.

2. Prozeßkosten s. unten zu § 101 Ziff. 2 a und b.

§ 68. RheinA. **106** 184 (Cöln). Die Rechtskraftwirkung erstreckt sich gegenüber dem Nebenintervenienten über das Gebiet der formalen Rechtskraft hinaus auch auf die Urteilselemente.

§ 69. HansGZ. **09** Beibl. 111 (Hamburg). Hinsichtlich der Prozeßkosten ist der Nebenintervenient stets Streitgenosse, denn die Kostenentscheidung bestimmt darüber, ob ihm ein Anspruch auf Kostenersatz gegen den Gegner zusteht. Daher wird gemäß § 61 die Frist für den Antrag, das Urteil im Kostenpunkte zu ergänzen,

gegen ihn durch die unter den Hauptparteien geschehene Zustellung nicht in Gang gesetzt.

§ 72. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 163, ZVersWes. **09** 366/7 (Hamburg). Da die Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten des Vorprozesses und gegen den Streitverkündeten, den jetzigen Beklagten rechtlich voneinander völlig unabhängig sind, insofern jeder aus einem anderen Grunde als Schadensersatzpflichtiger in Betracht kommt, so kann eine im Prozeß über den einen Anspruch erfolgte Streitverkündung für den Prozeß über den anderen nicht die Wirkung haben, daß die Feststellungen im ersten Prozeß auch für ihn maßgebend sind. Ein Fall des § 72 (Regreßpflicht für den Fall des Prozeßverlustes) liegt gar nicht vor.

2. Ebenfalls verneint wird das Vorliegen einer Streitverkündung mit den ihr eigentümlichen Wirkungen — §§ 74 Abs. 3 und 68 — (trotz des äußerlichen Anscheins einer den Vorschriften der ZPO. entsprechenden Streitverkündung) von demselben OLG. Hamburg (HansGZ. **09** Hptbl. 165 ff., 167) in einem gleichliegenden Falle. (Zwei fremde Schiffseigner kommen als mögliche Ersatzpflichtige in Betracht und zwar beide aus verschiedenen Gründen, nämlich jeder wegen eines behaupteten Verschuldens seiner Schiffsbesatzung, das als solches mit dem Verschulden der anderen Besatzung nichts zu tun hat. Dann besteht keinerlei Grund dafür, weshalb der eine schadensersatzpflichtige Schiffseigner den Beschädigten für den Fall des ungünstigen Ausganges seiner gegen den anderen gerichteten Klage schadlos zu halten verpflichtet sein sollte.) Daher keine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB. — Damit hat das OLG. die in einer früheren Entscheidung (HansGZ. **06** Hptbl. Ziff. 147) angenommene Auslegung des § 72 aufgegeben.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Vorbemerkung: Hellwig, BuschsZ. **39** 364, macht in einer Kritik des Buches von Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse (vgl. JDR. **7** an den einschlägigen Stellen) wertvolle Bemerkungen über den Begriff der Stellvertretung, die Vertretungsmacht und die Vollmachtserteilung.

§ 81. 1. Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung (s. unten vor § 253) 180 ff. Alle Prozeßhandlungen können neben der prozessualen auch eine materiell-rechtliche Bedeutung haben. Hinsichtlich der Frage, ob die Unwirksamkeit der Prozeßhandlung auch diejenige des materiell-rechtlichen Erfolges nach sich zieht, der an die Prozeßhandlung geknüpft ist, ist zu unterscheiden: Ist die wirksam vorgenommene Prozeßhandlung die Form, in welcher nach der Vorschrift des Gesetzes und der Absicht der Parteien die materiell-rechtlichen Wirkungen herbeigeführt werden wollten, so muß notwendig durch die Unwirksamkeit der Prozeßhandlung auch jede materiell-rechtliche Wirksamkeit derselben hinfällig geworden sein (vgl. z. B. §§ 1341 Abs. 2 Satz 1, 1596 Abs. 2 Satz 1, 1599 BGB.). In den anderen Fällen ist dies eine Sache der Willensauslegung.

2. PosMSchr. **09** 131 (Posen). Ist der Anwalt allgemein zur Regelung der streitigen Angelegenheit bevollmächtigt, so tritt der von ihm bestellte Prozeßbevollmächtigte in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu dem Mandanten. So liegt in dem Auftrage, die fällige Summe „von den Schuldnern einzuziehen", die allgemeine Vollmacht, alle zur Einziehung der Schuld zweckdienlichen Schritte zu tun, also gegebenenfalls auch einen Prozeßbevollmächtigten zur Erhebung der Klage zu bestellen.

§ 88. 1. Beibringung der Vollmacht bei der sofortigen Beschwerde s. unten zu § 577 Ziff. 2.

2. SeuffBl. **09** 286 (LG. Neuburg a. D.). Auch der nach § 116 bestellte Vertreter hat seine sog. Terminsvollmacht nachzuweisen. — S. hierzu Bubb, SeuffBl. **09** 417.

§ 89. 1. SeuffA. **64** 425, R. **09** Ziff. 3391 (Jena). Die einstweilige Zulassung zur Prozeßführung bedarf keines ausdrücklichen und förmlichen Beschlusses, sondern kann auch stillschweigend geschehen. Letzteres liegt vor, wenn das Gericht den vollmachtlosen Vertreter nicht von jeder weiteren Tätigkeit zurückweist, kein Versäumnisurteil erläßt und dem Anwalte durch Beschluß die Beibringung seiner Vollmacht zum Zwecke der Nachprüfung und Entscheidung über seine Legitimation als Prozeßvertreter aufgibt. Denn auch die Prüfung dieser Vollmacht ist Prozeßtätigkeit und die diese Tätigkeit „bezielenden" Parteihandlungen und Handlungen des Prozeßvertreters sind Handlungen der Prozeßführung (Ulbricht, ACivPr. **78** 98).

2. BuschsZ. **39** 504 (Colmar). Nur der Erlaß des Endurteils ist dem Gerichte vor Ablauf der gestellten Frist verboten, nicht auch die Beschlußfassung nach § 506.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Aus der überaus reichhaltigen Kasuistik sei die klärende Entscheidung des KG. über die Kostenlast des aus § 739 verklagten Ehemanns im Falle des Anerkenntnisses hervorgehoben (§ 93 Ziff. I 2 c). — Zur Frage der Kostenentscheidung bei mehreren teils obsiegenden, teils unterliegenden Streitgenossen sind interessante Aufsätze zu verzeichnen, vgl. § 100 Ziff. 1.

§ 91. I. Grundsätzliches. 1. Kretzschmar, R. **09** 99, Die Prozeßkostenpflicht des Erben.

2. Anspruch auf Kostenurteil. a) HessRspr. **10** 50 (LG. Darmstadt). Steht fest, daß der Unterliegende alle Kosten, die der Obsiegende von ihm verlangt, bezahlt hat, so ist ein Kostenurteil nicht zu erlassen. Anders jedoch, wenn noch Kostenersatzansprüche vorhanden sind, deren Befriedigung mit der Begründung verweigert wird, daß die Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig gewesen seien. Dies ist erst im Festsetzungsverfahren zu prüfen. b) Kostenpflicht und Kostenhöhe s. unten zu § 271 Ziff. 3.

II. Unterliegende Partei. 1. Erledigung der Hauptsache. a) OLG. **19** 65 1 α (Breslau). Wenn die Hauptsache durch ein von dem Willen der Parteien unabhängiges Ereignis hinfällig wird, so treffen den Kläger die Kosten. Denn der Beklagte unterliegt in keinem Falle und der Kläger trägt mit der Erhebung der Klage die Gefahr des Prozesses. b) HansGZ. **09** Beibl. 293 (LG. Hamburg). Erledigt sich der Hauptanspruch durch andere Ereignisse, als durch Befriedigung, so treffen den Kläger die Kosten, wenn das betreffende Ereignis vorwiegend vom Zufall oder von dem Willen des Klägers selbst abhängt; dagegen den Beklagten, wenn das Ereignis durch eine willkürliche Handlung des Beklagten herbeigeführt ist. c) RheinA. **106** I 85 (Düsseldorf). Wird der Rechtsstreit durch einen vom Willen der Parteien unabhängigen Umstand in der Hauptsache erledigt, so ist für die Kostenpflicht zu prüfen, ob der Kläger obgesiegt hätte, wenn jener Umstand nicht eingetreten wäre. d) WürttJ. **21** 172, R. **09** Ziff. 1689 (Stuttgart). Erklärt der Kläger auf Grund einer im Laufe des Rechtsstreits zugunsten des Beklagten eingetretenen Veränderung (ohne daß der Kläger befriedigt wird) die Hauptsache für erledigt, so hat der Kläger als Unterliegender die Kosten zu tragen. Maßgebend ist hier, wie sonst, die letzte mündliche Verhandlung. e) HansGZ. **1910** Beibl. 1 (Hamburg). Erledigt sich der Rechtsstreit dadurch, daß ein Dritter den gegen den Beklagten begründeten Anspruch durch Zahlung tilgt, so gilt das gleiche, wie wenn der Beklagte selbst bezahlt hat.

2. Keine „Erledigung". OLG. **19** 65 1 β (KG.). Durch die während des Rechtsstreits erfolgende anderweite Festsetzung des zugrunde zu legenden Ob-

jekts wird der eingeklagte Gebührenrestanspruch nicht gegenstandslos, vielmehr wird nur klargestellt, daß ein dem äußeren Anscheine nach zunächst begründeter Anspruch tatsächlich von Anfang an unbegründet gewesen ist. Es wird also nicht die Erledigung eines wirklich zu Recht erhobenen Anspruchs herbeigeführt und der Kläger hat, nachdem er auf den Anspruch verzichtet hat, die Kosten zu tragen. Verteilung der Kosten auf Grund sog. Billigkeitserwägungen wird für unzulässig erachtet. — Ebenso keine „Erledigung" im Falle der zu § 92 Ziff. 3 zit. Entsch., die jedoch die Kosten verteilt.

3. Hochschild, JW. **09** 384. Wenn nach vorangegangener richterlicher Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der schuldige Teil nach § 1576 BGB. die Scheidungsklage erhebt, so hat, wenn nun die Ehe geschieden und der Kläger für schuldig erklärt wird, er als Unterliegender die Kosten zu tragen. Denn durch die Scheidung wird eine für beide Teile gleiche Rechtslage gestaltet, so daß insoweit kein Teil unterliegt. Wer der Unterliegende ist, ergibt lediglich die Entscheidung der Schuldfrage (s. auch unten zu § 93). Vgl. auch JDR. **6** Ziff. 2 zu § 1576.

4. SeuffA. **64** 378 (München). Unterliegender Teil im Arrestverfahren.

5. NaumburgAK. **09** 69 (LG. Stendal). Obwohl der Kläger nach Rücknahme der Klage seinem Anerkenntnisse gemäß zur Tragung sämtlicher Prozeßkosten verurteilt worden ist, braucht er doch gemäß § 344 die Kosten eines gegen den Beklagten gesetzlich ergangenen Versäumnisurteils nicht zu tragen. Die Nichtberücksichtigung der Vorschrift des § 344 hindert nicht, daß ihr Ergebnis teilweise auf anderem Wege, dem des § 91, im Kostenfestsetzungsverfahren erreicht wird.

6. OLG. **19** 67 m (KG.). Wenn an Stelle der verklagten, aber zur Zeit der Klagerhebung bereits aufgelösten oHG. die Gesellschafter auftreten, so können sie dies, da sie nicht Partei sind, nur als Nebenintervenienten tun; tun sie das nicht, so sind sie nicht Prozeßbeteiligte und es können ihnen keine Kosten auferlegt werden.

III. Umfang des Anspruchs. 1. Anwalt als Partei. OLG. **19** 70 β (Braunschweig). Für den Anwalt, der selbst Teilhaber der klagenden oHG. ist, ist, wenn ein anderer Anwalt als Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, eine besondere Prozeßgebühr nicht zu erstatten.

2. Kosten vorbereitender Maßnahmen. a) SächsOLG. **30** 345 (Dresden). Die Kosten der gemäß § 923 zur Hemmung der Arrestvollziehung erfolgten Hinterlegung gehören zu den zur zweckentsprechenden Verteidigung notwendigen Kosten. b) Eidesstattliche Versicherungen. α. OLG. **19** 690 β (KG.). Veranlaßt eine Partei ihren Sachwalter, den Entwurf zu einer von ihr im Prozesse zu verwendenden eidesstattlichen Versicherung zu liefern, so mag sie diese — außerhalb der Prozeßtätigkeit liegende — Anwaltstätigkeit zu vergüten haben, dagegen ist eine Erstattungspflicht des unterliegenden Gegners aus § 91 nicht herzuleiten. β. KGBl. **09** 14 (KG.) verneint sogar den Gebührenanspruch des Anwalts in diesem Falle, da eine von dem Anwalt entworfene schriftliche Bekundung, die nur die Unterschrift der Auskunftsperson trägt, dem Zwecke der Beweisführung widerspreche und daher unzulässig sei. Ebenso und noch weitergehend: γ. KGBl. **09** 111 (KG.). Für den Entwurf einer eidesstattlichen Versicherung kann eine besondere Gebühr neben der Prozeßgebühr auch dann nicht liquidiert werden, wenn die Versicherung nicht von der Prozeßpartei selbst abgegeben wird. Anders dagegen δ. KGBl. **06** 88 (KG.) und ε. KGBl. **09** 111 (LG. I Berlin). S. hierzu ζ. Wreschner, KGBl. **09** 14. c) KGBl. **09** 15 (KG.). Die Kosten des vor Erhebung der Interventionsklage bei dem Vollstreckungsgerichte stattgehabten Einstellungsverfahrens gehören jedenfalls dann zu den Prozeßkosten, wenn das Prozeßgericht bei Fällung seiner Kostenentscheidung von dem Einstellungsverfahren Kenntnis hatte.

3. Kosten mehrfacher Gutachten. HansGZ. **09** Hptbl. 200 (Hamburg). Wenn die eine Partei gemäß §§ 485, 486 durch das AG. Sachverständige hat ernennen lassen und gleichzeitig die andere Partei direkt durch die Handelskammer ebenfalls Gutachten Sachverständiger eingeholt hat, so sind auch die durch letztere entstandenen Kosten von dem Kostenschuldner zu bezahlen.

4. Kosten mehrerer Anwälte. **a)** Korrespondenzanwalt. α. KGBl. **09** 33 (LG. Frankfurt a. O.). Wenn die Partei dadurch, daß sie einen in nächster Nähe wohnhaften Anwalt annimmt, vermöge der hierdurch veranlaßten Mitwirkung eines zweiten Anwalts am Sitze des Prozeßgerichts nur eine geringe Erhöhung der Porti und Schreibgebühren, nicht aber vermehrte Anwaltsgebühren und Reisekosten herbeiführt, so sind die baren Auslagen erstattungsfähig. β. KGBl. **09** 32 (KG.). Erstattungsfähig ist die Vergleichsgebühr des Korrespondenzanwalts, der bei dem Vergleiche durch Verhandlungen mit der Partei und dem Gegner (§ 44 RAGebO.) mitgewirkt hat (§§ 13, 48 RAGebO.). **b)** Wechsel in der Person des Anwalts. α. BreslauAK. **09** 66 (Breslau). Solange eine Entscheidung gemäß § 24 RAO. nicht ergangen oder nicht auf andere Weise der Beweis klar erbracht ist, daß die Löschung des Anwalts die Folge seines Verschuldens ist, kann die Partei ihm die Zahlung seiner Gebühren nicht verweigern, und sie kann sie daher auch erstattet verlangen. β. SeuffA. **64** 369 (Bamberg). Der Wechsel infolge Kündigung seitens der Partei oder des Anwalts ist nur dann notwendig, wenn für die Kündigung ein „guter, triftiger" Grund gegeben ist. Ob die Partei ihrem Anwalt ohne Grund kündigt oder ob sie ihn durch ihr schuldhaftes Verhalten zur Kündigung veranlaßt, ist gleichgültig. Kein triftiger Grund liegt vor, wenn die Partei aus irrigen Motiven das Vertrauen zu dem Anwalte verliert, mag auch hierdurch dem einzigen am Gerichtssitze vorhandenen Anwalt eine gewisse Monopolstellung eingeräumt werden. γ. OLG. **19** 71 γ (KG.). Da der Kläger befugt ist, einen Teilbetrag seiner Forderung bei dem AG. einzuklagen, sind die durch die Zuziehung des zweiten Anwalts entstandenen Mehrkosten, da mit der Verweisung an das LG. ein Wechsel in der Person des Anwalts eintreten mußte, erstattungsfähig. — Anders δ. OLG. **19** 69 p α (Celle). Die Mehrkosten, welche die Vertretung des Klägers durch einen besonderen Anwalt vor dem AG. verursacht hat, sind nicht erforderlich gewesen, wenn der Kläger eine einzige, demselben Rechtsgrund entsprungene Forderung zur gesonderten Einklagung bei dem AG. ohne einen in der Sache liegenden, diese Maßnahme als Ausnahme besonders rechtfertigenden Grund zerlegt hat. Hätte der Kläger nur eine Klage und sofort beim LG. erhoben, so wäre der Wechsel in der Person seines Anwalts vermieden worden. Ebenso ε. R. **09** Ziff. 2297 (Naumburg).

5. Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine. α. ElsLoth. JZ. **09** 518 (Colmar). Reisekosten eines auswärtigen Anwalts dürfen bis zur Gesamthöhe derjenigen Kosten in Ansatz gebracht werden, die durch Vertretung in auswärtigen Terminen entstanden sein würden, wenn ein am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafter Anwalt Prozeßbevollmächtigter gewesen wäre. Hierbei ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob auch ein am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafter Anwalt zu dem auswärtigen Termin erschienen wäre. Ebenso β. BadRpr. **09** 9 (Karlsruhe).

IV. Kostenentscheidung bei mehreren teils unterliegenden, teils obsiegenden Streitgenossen s. unten zu § 100 Ziff. 1.

§ 92. 1. Über Kostenverteilung, wenn von mehreren Streitgenossen der eine obsiegt, der andere nicht, s. zu § 100 Ziff. 1.

2. R. **09** Ziff. 1543 (Stuttgart). Wird bei einem bedingten Endurteile die Eidesfolge dahin normiert, daß im Falle der Eidesleistung durch den Beklagten die Darlehnsklage als unbegründet, im Falle der Eidesweigerung dagegen auf Grund einer

Aufrechnung abgewiesen wird (Fall der Eventualaufrechnung), so sind für den zweiten Fall die Kosten gegeneinander aufzuheben; denn dann unterliegt auch der Beklagte teilweise, weil er nicht, wie er in erster Reihe wollte, wegen Fehlens des Klagegrundes, sondern lediglich auf Grund der Aufrechnung, also gegen Kürzung seiner — vorliegend den Klaganspruch übersteigenden — Gegenforderung um den Betrag der Klageforderung obgesiegt hat. ➸ Sehr bedenklich und kaum richtig (s. Gaupp-Stein § 91 Bem. V c). Red. ➸

3. OLG. **19** 66 l γ (KG.). Da der Klaganspruch, ehe der Kläger aus dem beklagten Verein ausschied, begründet war, so sind die Kosten angemessen zu verteilen, obwohl der Kläger infolge seines Ausscheidens mangels Aktivlegitimation abgewiesen werden mußte. Eine „Erledigung" des Rechtsstreits in der Hauptsache liegt nicht vor.

§ 93. I. Klageveranlassung. 1. Allgemeines. Beweislast. PosMSchr. **09** 110 (LG. Graudenz). Der Kläger hat die Beweislast dafür, daß der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben hat.

2. Sonderfälle. a) Hypothekenklage. α. OLG. **18** 163 e (Dresden). Der Schuldner ist verpflichtet, den Befriedigung aus dem Grundstück verlangenden Gläubiger ohne weiteres klaglos zu stellen. Will er dies durch Ausstellung einer Urkunde nach § 794 Ziff. 5 ZPO. bewirken, so hat er die Anregung dazu selbst zu geben, nicht aber sie vom Gläubiger zu erwarten. β. HansGZ. **09** Beibl. 228 (Hamburg). Der Umstand, daß nach Ablauf der Kündigungsfrist die Schuld nicht berichtigt wurde, hat der Klägerin genügende Veranlassung zur Klagerhebung gegeben. Keinesfalls war es ihre Sache, sich einen Titel nach § 794 Ziff. 5 vorher von den Beklagten zu erbitten. γ. OLG. **19** 71 α (Posen). Der Beklagte hat durch die bloße Nichtzahlung des Betrags der Grundschuld am Fälligkeitstage nicht die Klage veranlaßt. Der Kläger hatte keinen ausreichenden Grund zu der Annahme, daß der beklagte Konkursverwalter ihm die Hergabe einer vollstreckbaren Urkunde verweigern würde, auf Grund deren er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben könnte, sofern er ein solches Verlangen geäußert hätte. — Entgegengesetzt entscheidet δ. R. **09** Ziff. 3392 (Frankfurt) sogar auch dann, wenn sich der Konkursverwalter vor Klagerhebung zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde auf Kosten des Gläubigers bereit erklärt hat. **b)** KGBl. **09** 25, R. **09** Ziff. 1555 (KG.). § 2014 BGB. gibt dem Erben nicht nur eine prozessuale Einrede, sondern auch ein materielles, den Eintritt des Verzugs hinderndes Verweigerungsrecht, so daß der vor Ablauf der 3 Monate klagende Gläubiger die Kosten zu tragen hat. **c)** OLG. **19** 72, KGBl. **09** 40 (KG.) erörtert die Streitfrage, ob das sofortige Anerkenntnis des aus § 739 ZPO. verklagten Ehemannes die Kostenpflicht nach § 93 ausschließt und unterscheidet: Enthält das Eingebrachte die hinreichenden Deckungsmittel zur Erfüllung und kennt der Mann die Schulden der Frau, so hat er die Klage veranlaßt. Bei dem Mangel solcher Deckungsmittel gibt er nur dann Anlaß zur Klage, wenn er in der Erfüllung der jetzt bloß formalen Duldungspflicht in Verzug geraten, sie bestritten oder sonst zu erkennen gegeben hat, daß er einer beabsichtigten Vollstreckung in Eingebrachtes widersprechen werde. **d)** ElsLothJZ. **09** 292 (Colmar). Der Beklagte hat die Klage dadurch veranlaßt, daß er die Erkundigung über die Sachlegitimation des Gegners als Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft, der sich als solcher bezeichnet hat und dessen Ernennung in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist, unterlassen hat und deshalb dessen gerechtfertigter Aufforderung nicht nachgekommen ist. Gegenüber § 15 Abs. 2 HGB. hatte der Beklagte die Erkundigungspflicht. **e)** Interventionsklage. α. BuschsZ. **39** 351 (Braunschweig). Die Aufstellung eines allgemeinen Satzes, daß der anerkennende Beklagte nur dann Veranlassung gegeben habe, wenn ihm vor Klagerhebung das beanspruchte Eigentum vom Kläger glaubhaft gemacht sei, ist bedenklich. Denn ein Verschulden setzt § 93 nicht voraus. Daher ist das Erfordernis der Glaubhaftmachung entweder

ganz abzulehnen oder nur bedingungsweise anzuerkennen und die Frage nach Gestaltung des konkreten Falles zu beantworten. Festzuhalten ist dabei nur, daß nach dem Gedanken des § 93 der Kläger nicht unnötig gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen soll zu einem Zwecke, den er auch ohne sie außergerichtlich nach billigem Ermessen des Gerichts hätte erreichen können. Je nachdem der Fall einfach und durchsichtig oder kompliziert ist, wird die bloße Anzeige des Eigentums genügen oder die Angabe der Erwerbstatsachen oder auch der Beweismittel oder sogar ihre Zugänglichmachung erforderlich sein. Aber auch der Pfandgläubiger darf nicht seinerseits in völliger Untätigkeit verharren, sondern muß prüfen und sich erkundigen, sofern darin keine unbillige Zumutung zu erblicken ist. β. OLG. **19** 73 r α (München). Für die Frage, ob der Beklagte durch sein Verhalten die Klage veranlaßt hat, kommt nur sein Verhalten nach erlangter Kenntnis vom Widerspruche bis zur Zustellung der Klage in Betracht. Der Kläger muß damit rechnen, daß aus irgendeinem unvorhergesehenen Grunde der Beklagte erst mit einer Verspätung von ein paar Tagen von der Freigabeaufforderung Kenntnis erhalten werde, und muß sich sagen, daß die für den Beklagten notwendigen Erkundigungen und die Benachrichtigung des Klägers von seiner Entschließung innerhalb 3 bis 4 Tagen nicht möglich seien. γ. OLG. **19** 75γ (Colmar). Die Widerspruchsklägerin brauchte dem Beklagten nur die Möglichkeit zu gewähren, die Urkunde, auf die sie sich stützte, an ihrem Wohnort oder dem Orte der Pfändung einzusehen. Sie war nicht verpflichtet, auf ihre Kosten eine Abschrift verfertigen zu lassen und dem Beklagten zu übersenden. δ. KGBl. **09** 62 (LG. III Berlin). Keine Glaubhaftmachung, wenn dem Beklagten lediglich eine Abschrift der eidesstattlichen Versicherung vorgelegt worden ist und letztere sich über den Grund des Eigentumserwerbes nicht verhält. Gleichgültig ist, ob das Gericht dies für den Einstellungsbeschluß für genügend gehalten hat, da letzterer eine einstweilige Maßnahme darstellt, während von dem Beklagten eine endgültige Freigabe verlangt wird. ε. KGBl. **09** 114 (LG. II Berlin). Die eidesstattliche Versicherung der intervenierenden Ehefrau des Schuldners genügt zur Glaubhaftmachung nicht.

II. Sofortiges Anerkenntnis. 1. OLG. **19** 71 β (Posen). Bei fälligen Geldforderungen genügt ein bloßes Anerkenntnis zur Anwendung des § 93 nicht, der Beklagte hätte sofort zahlen müssen. Dies gilt auch dann, wenn die Forderung erst im Laufe der zweiten Instanz fällig geworden ist. ➛ Die Entscheidung ist willkürlich und nicht zu billigen; so auch Gaupp-Stein § 93 Note II 1 Anm. 5. Red. ➛

2. HansGZ. **09** Beibl. 277 (LG. Hamburg). Anerkenntnis im ersten Verhandlungstermin ist nicht erforderlich. Hat der Interventionsbeklagte keinen Anlaß zur Klage gegeben und erkennt er den zunächst mangels Nachweises des Eigentums bestrittenen Klaganspruch sogleich, wenn der das Eigentum beweisende Vertrag vorgelegt wird, an, so treffen die Kosten den Kläger.

III. Anwendung in besonderen Fällen. 1. Hochschild, JW. **09** 384. § 93 findet auch dann Anwendung, wenn nach vorangegangener richterlicher Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der schuldige Teil nach § 1576 BGB. die Scheidungsklage erhebt und der Unschuldige den Anspruch sofort anerkennt. § 617 ZPO. steht nicht entgegen da dort nur die Vorschrift (nicht die Vorschriften) über die Wirkung des Anerkenntnisses (§ 307) ausgeschlossen ist und § 93 nicht ein Anerkenntnisurteil voraussetzt, sondern nur ein Verhalten des Beklagten, der den Anspruch sofort anerkennt, was auch im Eheprozeß an sich möglich bleibt. Dasselbe ergibt sich auch bei richtiger Anwendung des § 91 (s. dort Ziff. II 3).

2. SeuffBl. **09** 614/15, R. **09** Ziff. 3393 (München). Mittels Widerspruchs gegen eine einstweilige Verfügung kann unter Beschränkung auf den Kostenpunkt der Antragsgegner die Anwendbarkeit des § 93 geltend machen.

§ 94. R. **09** Ziff. 2135 (Hamburg). Hat der Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber Veranlassung zur Klage gegeben, so kann er sich auch einem klagenden Zessionare gegenüber von der Kostenpflicht nicht durch sofortiges Anerkenntnis befreien; §§ 94, 260 und 410 BGB. ändern daran nichts.

§ 97. Abs. 2. PosMSchr. **09** 110 (LG. Graudenz). Diese Bestimmung ist auch auf das Beschwerdeverfahren entsprechend anzuwenden, da die sofortige Beschwerde gegen ein Urteil sachlich der Berufung gleichsteht. — Ausführlicher wird diese Frage ebenda 99 von Grosebert erörtert, welcher zu demselben Ergebnisse kommt. Nach ihm stellt sich die Vorschrift des § 97 Abs. 2 als Ausfluß eines Prinzips dar, das, schon im Keime im § 91 Abs. 1 enthalten, in den §§ 94, 95, 96, 97 Abs. 2, 278 Abs. 2, 283 Abs. 2 nur fortgebildet sei und sich dahin fassen lasse, „daß die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerungen der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen" (Mot. 119). Wegen Gleichheit des Grundes und Zweckes sei eine ausdehnende Auslegung am Platze.

§ 99. I. Abs. 1. 1. Strauß, R. **09** 791, bespricht die Frage, ob die gegen ein Teilurteil eingelegte Revision auch die in einem späteren Endurteil über die Kosten ergangene Entscheidung ergreift und verneint sie im Gegensatze zu **RG.** (JDR. **7** § 99 Ziff. I 4 a), OLG. Cöln (25. 10. 09, 1 U. 302/07) und OLG. **3** 436 (Bamberg) und in Übereinstimmung mit OLG. Cöln (10. 11. 09, 2 U. 91/07).

2. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 425. Gegen ein nur über Kosten ergangenes Ergänzungsurteil ist die Revision dann zulässig, wenn auch gegen das Haupturteil Revision eingelegt ist. Die in bezug auf gleichzeitige Revision gegen Teil- und Schlußurteile feststehende Rechtsprechung des RG. trifft auf diesen Fall in gleicher Weise zu (vgl. JDR. **7** § 99 Ziff. I 5).

3. Erledigung der Hauptsache. **a)** OLG. **19** 76, R. **09** Ziff. 98 (Frankfurt). Bei Streit über die Erledigung der Hauptsache ist gegen das Urteil, welches unter Verneinung der Erledigung die Klage kostenpflichtig abweist, Berufung zulässig. Der Antrag des Klägers, „das Urteil aufzuheben, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen", richtet sich nicht bloß gegen die Kostenentscheidung, sondern zugleich auch gegen die Entscheidung der Streitfrage über die Erledigung der Hauptsache. **b)** **RG.** JDR. **7** § 99 Ziff. I 8 c β jetzt auch SeuffA. **64** 77.

4. Reform. Vogl, SeuffBl. **09** 168/9, wünscht die Zulässigkeit der selbständigen Kostenbeschwerde im Falle des § 658 Abs. 2.

II. Abs. 2. 1. **a)** OLG. **19** 78 γ (Königsberg). Eine Kostenentscheidung, die — beides trennend — sowohl den durch Anerkenntnisurteil als auch den ohne Urteil erledigten Teil der Hauptsache betrifft, ist mit der Berufung nur hinsichtlich der Verurteilung auf Grund des Anerkenntnisses anfechtbar, im übrigen gemäß § 99 Abs. 3 nur mit der Beschwerde. Ebenso **b)** SächsOLG. **30** 324, R. **09** Ziff. 3581 (Dresden). ➠ Zu a und b: Wie aber, wenn gleichzeitig die eine Partei Berufung, die andere Beschwerde einlegt? Red. ☚ **c)** OLG. **19** 78 (Breslau). Wenn die Kostenentscheidung die beiden Teile der Kosten nicht scharf sondert, kann aus praktischen Gründen nur ein einheitliches Rechtsmittel gegeben sein und zwar nur die Berufung, da sie das gründlichere Verfahren herbeiführt und nur sie alle Fragen in sich aufzunehmen vermag, die sonst durch die Beschwerde zu erledigen wären. **d)** **RG.** **71** 416, JW. **09** 663, R. **09** Ziff. 3104, LeipzZ. **09** 932. Wenn neben nur teilweiser Erledigung der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil wegen des Restes ein kontradiktorisches Urteil oder überhaupt kein Urteil ergangen ist, so ist eine selbständige Anfechtung der durch das Anerkenntnisurteil bedingten Kostenentscheidung nur möglich, wenn sie keinen Zweifel darüber läßt, welche Kosten von den Gesamtkosten durch das Anerkenntnisurteil veranlaßt sind und welche

Kosten sich auf den Rest des Prozeßstoffs beziehen. Ist die Entscheidung eine einheitliche, die Prozeßkosten im ganzen erledigende, so bleibt es bei der Regelvorschrift des Abs. 1. Vgl. **RG. 59** 332 (JDR. **4** § 99 Ziff. II c).

2. OLG. **19** 77 (KG.). Das Anerkenntnisurteil, welches die Einwilligung des Beklagten in die Auszahlung der zwecks Beitreibung hinterlegten Summe betrifft, entscheidet zwar nicht unmittelbar den Streit über die Klageforderung. Es erledigt aber doch die Hauptsache im Sinne von § 99 Abs. 2, da der Kläger nur dann die hinterlegte Summe zurückverlangen kann, wenn seine Forderung gerechtfertigt ist.

3. OLG. **19** 77 β (Marienwerder). Wenn das Gericht nur ein Anerkenntnisurteil erlassen wollte, worauf es allein ankommt, so ist die ganze Kostenentscheidung als unter die Voraussetzungen des § 99 Abs. 2 fallend anzusehen, obwohl das Gericht selbst den ersten Punkt für erledigt erklärt hat.

III. Abs. 3. 1. a) OLG. **19** 79 δ (Colmar). Gegen Kostenversäumnisurteile ist nur der Einspruch zulässig. Denn § 99 Abs. 3 erklärt die Beschwerde gegen eine Kostenentscheidung nur insoweit für zulässig, als nach Lage des Falles auch gegen die Entscheidung über die Hauptsache, falls eine solche ergangen wäre, ein Rechtsmittel gegeben sein würde. Ebenso **b)** BadRpr. **09** 187 (Karlsruhe). Gegen landgerichtliche Kostenurteile in ursprünglich amtsgerichtlichen Sachen ist die weitere Beschwerde unzulässig. ➠ Zu a und b: Diese weit verbreitete „Auslegung" bleibt angesichts des Gesetzes doch unverständlich, vgl. auch Gaupp-Stein § 99 Note V 2. Red. ⟵

2. SeuffA. **64** 378 (München). Gegen das Urteil, welches den gegen die einstweilige Verfügung erhobenen Widerspruch zurückweist, ist auch dann Berufung zulässig, wenn der Widerspruch selbst die einstweilige Verfügung nur im Kostenpunkte bekämpft. Da das angefochtene Urteil den Widerspruch zurückgewiesen hat, ist eine Entscheidung in der Hauptsache insofern ergangen.

3. a) KGBl. **09** 61 (KG.). Wenn nur über einen Teil der Hauptsache keine Entscheidung ergangen ist, ist gegen die hierauf bezügliche Kostenentscheidung nur dann sofortige Beschwerde zulässig, wenn dieser Teil von der übrigen Kostenentscheidung sich bestimmt sondern läßt. — Weiter geht **b)** HansGZ. **09** 224/25 (Hamburg). In Fällen der teilweisen Nichtentscheidung in der Hauptsache ist die Anfechtung auf Grund des Abs. 3 schlechthin zu verwerfen. Denn der Ausnahmetatbestand des Abs. 3 ist nicht gegeben, wenn in der Hauptsache zum Teil entschieden worden ist.

4. FrankfRundsch. **43** 94 (Frankfurt). Eine selbständige Anfechtung des nur noch über die Kosten entscheidenden Schlußurteils, ist, wenn die Hauptsache durch Teilurteil entschieden ist, unzulässig. Daß ein Rechtsmittel zur Hauptsache nicht mehr eingelegt werden kann, ist ohne Belang.

5. BuschsZ. **39** 107 (Braunschweig). Gegen ein Zwischenurteil über prozeßhindernde Einreden ist, wenn die Hauptsache selbst erledigt und es sich bei der Endentscheidung, die noch aussteht, nur um die Kosten handelt, die sofortige Beschwerde gegeben. Es würde zu einem unannehmbaren Ergebnisse führen, wollte man der Kostenentscheidung des sonst erledigten Rechtsstreits bei der Anfechtung die Vorteile des § 99 Abs. 3 zwar zuteil werden lassen, der in derselben Sache ergehenden Vorentscheidung aber nicht.

§ 100. 1. a) Freymuth, JW. **09** 153. In dem Falle, daß der Kläger (A.) gegen den einen von mehreren Streitgenossen (B.) obsiegt, gegen den anderen (C.) unterliegt, führt die übliche Verteilung der Kosten nach Quoten zu dem Ergebnisse, daß der unterliegende Streitgenosse dem obsiegenden einen Teil seiner Kosten zu ersetzen hat. Dies ist prozessual unrichtig, da die Kostenentscheidung, ebenso wie die Sachentscheidung, lediglich eine

Entscheidung zwischen den Streitteilen, nicht eine Entscheidung zwischen den auf derselben Parteiseite streitgenössisch vereinigten mehreren Personen sein darf. Richtiger ist daher folgende Fassung: I. Im Verhältnisse der Parteien zur Staatskasse werden diejenigen gerichtlichen Gebühren und Auslagen, die ausschließlich durch das Verfahren gegen C. entstanden sind, dem Kläger A., die übrigen gerichtlichen Kosten und Auslagen dem B. auferlegt. II. Im Verhältnisse der Parteien zueinander werden die Kosten des Rechtsstreits, soweit das Verhältins von A. und B. in Frage kommt, dem B., soweit das Verhältnis zwischen A. und C. in Frage kommt, dem A. auferlegt. Zustimmend Sohm-Güstrow, JW. **09** 265, der folgende Formel vorschlägt: B. hat die Hälfte der Kosten zu tragen. Dem C. fallen keine Kosten zur Last. A. hat dem B. gegenüber die Hälfte der Kosten, dem C. gegenüber sämtliche Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Der Staatskasse gegenüber haftet er für die Hälfte der gerichtlichen Kosten. — Anders entscheidet **b)** Hoffmann, R. **09** 769, welcher in diesem Falle entweder § 92 anwendet und dann die Kosten gegeneinander aufhebt bzw. verhältnismäßig teilt (wobei die Streitgenossen zusammen eine Partei bilden) oder gemäß § 100 Abs. 2 die Kosten unter den Kläger und den unterliegenden Beklagten nach Quoten verteilt und den Obsiegenden wegen seiner Auslagen auf § 106 verweist. — Hiergegen wieder **c)** Meyer-Breslau, R. **09** 833, welcher folgende Fassung vorschlägt: Die gerichtlichen Kosten werden A. und B. je zur Hälfte auferlegt, die außergerichtlichen Kosten des A. und B. werden gegeneinander aufgehoben. A. hat dem C. dessen außergerichtliche Kosten zu erstatten. ➼ Zu a bis c: Die in der Praxis herrschende Annahme, daß die streitige Frage durch § 100 geregelt werde (vgl. die folgenden Entscheidungen), ist m. E. irrig. Dies ist von Freymuth richtig dargelegt. Was letzterer aber gegen die Quotenteilung einwendet, erscheint nicht durchschlagend. Zuzugeben ist allerdings, daß die von ihm zu II formulierte Fassung logisch und prozessual korrekter ist, als die Quotenteilung. Letztere ist aber praktisch bei weitem brauchbarer. Ihre prozessuale Unrichtigkeit kommt lediglich daher, daß sie zur Vereinfachung des Zahlungsgeschäfts die Kostenforderung des Klägers gegen den unterliegenden Streitgenossen dem obsiegenden direkt überweist. Hat nach dem Beispiele Freymuths A. 100 M., B. 200 M., C. 300 M. Kosten gehabt, so hat nach der Quotenteilung (Halbierung) A. dem C. 200, B. dem C. 100 zu erstatten. In Wahrheit schuldet A. dem C. 300 und B. dem A. 100 (wie die Formel II Freymuths zum Ausdrucke bringt). Bei Quotenteilung wird dies rechnerisch dahin vereinfacht, daß A. an C. nur 200 M. zahlt und C. die übrigen 100 gleich direkt von B. erhält. Bei großen Beträgen würde sich das umständliche Verfahren Freymuths besonders fühlbar machen. Red. ⟻ **d)** Seuff. A. **64** 476 Ziff. 2, SchlHolstAnz. **09** 238 (Kiel). Wenn von mehreren Streitgenossen der eine im Kostenpunkt obsiegt, der andere unterliegt, so kann der obsiegende gemäß § 100 nur den auf ihn entfallenden Kopfteil zur Erstattung ziehen. Daß der unterliegende Streitgenosse im Auslande wohnt, hat auf die Erstattungspflicht des Klägers keinen Einfluß. **e)** R. **09** Ziff. 1159 (Stuttgart). Wird einer von zwei solidarischen Schuldnern verurteilt, die Klage wider den zweiten dagegen abgewiesen, so sind nur die dem obsiegenden Streitgenossen erwachsenen Auslagen dem Kläger aufzuerlegen, alle übrigen Kosten dagegen dem unterliegenden Streitgenossen. **f)** ElsLothJZ. **09** 303 (Colmar). Die unklare Entscheidung des LG., daß von den beiden streitgenössischen Beklagten der unterliegende die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, soweit diese nicht durch die Verklagung des obsiegenden entstanden sind und daher dem Kläger zur Last fallen, ist dahin auszulegen, daß der Kläger denjenigen Teil der Kosten zu tragen hat, welcher der Beteiligung des obsiegenden Beklagten an dem Rechtsstreit entspricht, also, da die Beteiligung der beiden die gleiche war, die Hälfte der Kosten (§ 426 BGB.). § 3 RAGO. kommt nicht zur Anwendung. **g)** OLG. **19** 81 zu γ (Colmar). Ist glaubhaft gemacht, daß der als Streitgenosse mit-

verklagte und verurteilte Ehemann vermögenslos ist, also der Anwalt sich wegen seiner gesamten Kosten an die — obsiegende — Frau halten wird und diese auch im Regreßwege von ihrem Manne nichts wird erlangen können, so ist sie berechtigt, die gesamten Anwaltskosten als ihr entstandene vom Kläger ersetzt zu verlangen. **h)** OLG. **19** 80 γ (Hamburg). Wenn die Beklagten zu 1—3 als Gesamtschuldner zur Tragung der sie betreffenden Kosten verurteilt, dagegen dem Kläger die durch Erhebung und Zurückziehung der Klage gegen die Beklagte zu 4 entstandenen Kosten auferlegt sind, so müssen die Beklagten zu 1—3 die volle Prozeßgebühr des klägerischen Anwalts erstatten, obwohl diese auch zu den Kosten gehört, welche durch die Erhebung der Klage gegen die Beklagte zu 4 erwachsen sind. **i)** SeuffA. **64** 475 I (Jena). Geht gegen einen Teil der Streitgenossen der Prozeß mit zur Zeit noch ungewissem Ausgange weiter, so können diejenigen Beklagten, gegen welche die Klage zurückgenommen ist, nur die in ihrem Prozeßverhältnis ihnen erwachsenen Kosten erstattet verlangen. Für die mit den übrigen Streitgenossen gemeinschaftlichen außergerichtlichen Kosten ist dies bei gleicher Beteiligung am Rechtsstreite für jeden Streitgenossen nur ein Kopfteil.

2. OLG. **19** 80 β (Braunschweig). Wenn der Erstbeklagte durch rechtskräftiges VU. kostenpflichtig verurteilt ist, kann das weitere Urteil, welches auch den Zweitbeklagten verurteilt und wegen der Kosten als Gesamtschuldner neben dem Ersten, nur so verstanden werden, daß der Zweite die Kosten zu tragen habe und zwar, soweit der Erste zu Kosten verurteilt ist, als Gesamtschuldner neben diesem.

3. OLG. **19** 79 t (Naumburg). Der von jedem Kläger gemäß § 100 Abs. 1 zu erstattende Anteil ist schon im Kostenfestsetzungsbeschlusse, nicht erst in der Vollstreckungsinstanz, ziffernmäßig festzusetzen.

§ 101. 1. PosMSchr. **09** 86 (Königsberg). Wenn sich die Hauptparteien vergleichen, ist hinsichtlich der Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention zu prüfen, was mit letzterer hätte geschehen müssen, wenn der Vergleich nicht geschlossen wäre.

2. **a)** HansGZ. **09** Beibl. 146, R. **09** Ziff. 307 (Hamburg). Die Kosten eines vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels fallen auch dann der Hauptpartei zur Last, wenn diese sich an dem Rechtsmittel nicht beteiligt hat. — Ebenso **b)** HansGZ. **09** Beibl. 295 (Hamburg). Da die Erklärung der Beklagten, daß sie den Antrag auf Klagabweisung in der Berufungsinstanz nicht wiederholen wollen, als eine der — nur von der Nebenintervenientin eingelegten — Berufung widersprechende Erklärung nicht aufgefaßt werden kann, so wirkte die Berufungseinlegung und Berufungsverhandlung der Nebenintervenientin gerade so, als wenn die Partei sie vorgenommen hätte. Daher fallen auch die Kosten der Partei zur Last, abgesehen von den durch die Nebenintervenientin verursachten und dieser aufzuerlegenden Kosten.

§ 102. 1. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 243, LeipzZ. **09** 313. Daß ein Rechtsanwalt zu seiner Entschuldigung wegen Einlegung eines unzulässigen Rechtsmittels sich nicht auf den Parteiauftrag berufen kann, ist selbstverständlich. Sache des Anwalts ist es, derartige Aufträge zurückzuweisen, selbst wenn sie nach pflichtmäßiger und eingehender Belehrung durch ihn aufrechterhalten werden.

2. DJZ. **09** 717 (KG.). Der Anwalt hätte die Aussichtslosigkeit der Beschwerde erkennen müssen, da er die durch seinen falschen Antrag (er hatte, trotzdem vor dem Termine bezahlt war, VU. genommen) entstandenen Mehrkosten von seiner Partei nicht fordern kann, dieser also auch kein Erstattungsanspruch gegen den Beklagten zusteht. — Aufgehoben vom **RG.** (ebenda 29. 3. 09), da die Frage zweifelhaft wäre und deshalb jedenfalls kein grobes Verschulden vorläge.

§ 104. 1. OLG. **19** 81 u, R. **09** Ziff. 1160 (Braunschweig). Die Kostenfestsetzung hat auf Antrag stattzufinden, obwohl die Parteien vor Ablauf der Berufungs-

frist durch Vergleich die Parteikosten gegeneinander aufgehoben haben. Einwendungen, welche den Erstattungsanspruch selbst betreffen, sind bei der Vollstreckung des Beschlusses gemäß § 767 geltend zu machen.

2. BadRpr. **08** 296, R. **09** Ziff. 310 (Karlsruhe). Die Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses ergreift jeden im Festsetzungsgesuche berücksichtigten Posten derart, daß eine Erhöhung desselben durch Nachliquidierung selbst dann ausgeschlossen ist, wenn er im ersten Gesuch irrtümlich zu niedrig liquidiert war.

3. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 104 V 4. Die Erinnerung erfolgt entweder durch Einreichung eines Schriftsatzes oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers. Letzteres folgt — auch für das landgerichtliche Verfahren — daraus, daß, was für die Beschwerde, sofogar für die weitere Beschwerde gilt (§ 569[2]), erst recht für die Erinnerung gelten muß. Also kein Anwaltszwang. — Vgl. jetzt auch zu § 576 und § 732.

§ 105. OLG. **19** 000 δ (Cassel). Die Hervorhebung der gesamtschuldnerischen Haftung im Festsetzungsbeschluß ist zwar zweckmäßig, aber nicht notwendig, da der Beschluß kein selbständiger Schuldtitel, sondern nur eine Ergänzung des Urteils ist.

2. OLG. **19** 82 β, HansGZ. **09** Beibl. 252, R. **09** Ziff. 860 (Hamburg). Zwar erlangt ein nicht angefochtener Kostenfestsetzungsbeschluß formelle Rechtskraft, er bleibt aber trotzdem in seiner Wirksamkeit von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Titels abhängig. Er steht und fällt mit diesem Titel. Daher steht einer neuen Festsetzung auf Grund eines neuen Titels im Falle der Abänderung des alten nichts im Wege.

3. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 105 III 2. Urteile auf Feststellung, Abweisung der Klage, Verwerfung des Einspruchs, Verwerfung oder Zurückweisung der Berufung u. dergl. bleiben von der Anwendung des § 105 Abs. 1 ausgeschlossen.

§ 106. WürttJ. **21** 186, R. **09** Ziff. 1691 (Stuttgart). Auch die Kosten des Kostenfestsetzungsverfahrens im Falle des § 106 sind in dem Verhältnisse zu verteilen, welches das Urteil für die Kostentragung überhaupt festgesetzt hat.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

Vorbemerkung: Wichtig ist besonders die Entscheidung zu § 109 Ziff. 4.

§ 109. 1. RG. LeipzZ. **1910** 76 tritt der auch in der Rechtslehre (vgl. Gaupp-Stein § 943 Ziff. III) mehrfach vertretenen Meinung entgegen, daß die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung, die zur Erwirkung des Arrestes erfolgt ist, bereits mit der Rechtskraft des im Widerspruchsverfahren ergangenen, den Arrest bestätigenden Urteils weggefallen sei. Dies ist erst der Fall, wenn das Urteil im Hauptprozesse rechtskräftig geworden ist. Denn bis dahin sind Forderung und Arrestgrund nur glaubhaft gemacht, und es besteht noch die Möglichkeit, daß der Arrestkläger wegen Unbegründetheit seiner Forderung zum Schadensersatze verpflichtet ist und der Arrest gemäß § 927 aufgehoben wird.

2. OLG. Frankfurt JDR. **7** § 109 Ziff. 2 jetzt auch OLG. **19** 84 β.

3. OLG. **19** 83, ThürBl. **56** 245 (Jena). Die Veranlassung entfällt auch dann, wenn der Gläubiger noch vor Erteilung vollstreckbarer Ausfertigung auf die Vollstreckung verzichtet. Denn letzten Endes ist die treibende Veranlassung zur Hinterlegung nicht das Urteil, sondern der Wille des Klägers, seine Forderung beizutreiben.

4. **RG.** JW. **1910** 9 Ziff. 10. § 109 findet analoge Anwendung auf den Fall, daß die Herausgabe der fälligen Zinsscheine der zwecks Zwangsvollstreckung hinterlegten Wertpapiere von dem Hinterleger zur freien Verfügung verlangt wird,

obwohl das Urteil noch nicht rechtskräftig ist. Denn es ist die Voraussetzung dafür weggefallen, daß diejenigen Zinsscheine, die nach § 108 Abs. 2 ZPO., § 234 Abs. 2 BGB. mitzuhinterlegen waren, inzwischen aber fällig geworden sind, weiter hinterlegt bleiben. Denn nach § 1296 Abs. 2 BGB. kann der Hinterleger ihre Herausgabe verlangen, sofern der Anspruch des Gegners (auf Ersatz eines etwa entstehenden Schadens) noch nicht fällig geworden ist (§ 1228 Abs. 2 BGB.).

5. Abs. 2. OLG. **19** 85 γ (KG.). Die rechtskräftige Abweisung der rechtzeitig erhobenen Schadensersatzklage rechtfertigt die Anordnung der Rückgabe nach § 109 Abs. 2. Denn jetzt ist die durch die Klagerhebung herbeigeführte Hinderung der Rückgabeordnung wieder beseitigt und dieser Anordnung steht nichts mehr im Wege.

6. Hinterlegung durch Dritte. SeuffA. **64** 426, R. **09** Ziff. 3394 (Frankfurt a. M.). Durch Hinterlegung gemäß § 710 ZPO. entstehen nur zwischen den Prozeßparteien rechtliche Beziehungen, auch wenn ein Dritter für eine der Parteien die Sicherheit stellt. Der Dritte ist nicht „Hinterleger“, er kann die Hinterlegung nur als Vertreter des hierzu Berechtigten, sei es auf Grund erfolgten Auftrags, sei es als Geschäftsführer ohne Auftrag vornehmen; er ist daher auch nicht aktiv legitimiert zur Klage auf Rückgabe.

§ 110. Passauer, DJZ. **09** 467, empfiehlt zum Schutze gegen grundlose Klagen Verallgemeinerung der Vorschriften der §§ 110 ff. dahin, daß jeder Kläger, auch der Inländer, dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten hat. — Hierzu vgl. die ablehnende Kritik von Noest ebenda 707.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§§ 114 ff. Reform. 1. Passauer, DJZ. **09** 467, macht Vorschläge zur Verbesserung des Armenrechts, intensivere Vorprüfung der beabsichtigten Rechtsverfolgung, strengerer Maßstab für Armutsatteste, genauere Beobachtung des § 121.

Ebenso 2. Waack, R. **09** 473.

3. Link, R. **09** 732, verlangt auch im Interesse der armen Partei selbst eine sorgfältigere Prüfung des Sachverhalts vor Bewilligung des Armenrechts und wünscht hierzu die offizielle Mitwirkung der öffentlichen Rechtsauskunftsstellen.

4. Simon, R. **09** 33, empfiehlt eine Gesetzesänderung dahin, daß alle Ansprüche der ledigen Mütter und außerehelichen Kinder aus außerehelichem Beischlaf ohne Beifügung eines Armutszeugnisses von Amts wegen als Armensachen zu behandeln sind.

§ 114. 1. Voraussetzungen. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1100. Die Bewilligung des Armenrechts hat nicht die absolute Unmöglichkeit der Aufbringung der Kosten des Rechtsstreits zur Voraussetzung. Das Armenrecht ist vielmehr schon dem zu gewähren, der außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notdürftigen Unterhalts die Kosten zu bestreiten. Der in solcher Lage Befindliche ist befugt, zunächst den Versuch zur Erlangung des Armenrechts zu machen und so die Opfer zu vermeiden, welche ihm die Einlegung des Rechtsmittels sonst verursachen würde. — Wegen der Konsequenzen hieraus für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand s. unten zu § 233 Ziff. 1 c β.

2. Versagungsgründe. **a)** OLG. **19** 86 zu α (München). Dem Gerichte steht es zu, den Inhalt des Armutszeugnisses zu würdigen und bei mangelhafter Bescheinigung das Armenrecht zu versagen. **b)** OLG. **19** 86 α (Breslau). Versagung, wenn die Abtretung der Forderung an die Antragstellerin nur zum Schein lediglich in der Absicht erfolgt ist, dem Zedenten die erheblichen Kosten des Rechtsstreits zu ersparen. **c)** KGBl. **09** 96 (KG.). Das Armenrecht kann im Ehescheidungsprozesse dem Beklagten nicht deshalb versagt werden, weil er sich darauf beschränken will, die Klagebehauptungen zu bestreiten. Der An-

spruch auf Armenrechtsbewilligung ist ganz allgemein gegeben, eine Ausnahme für diesen Fall sieht das Gesetz nicht vor.

3. Wirkungen. Vogt, Über die Wirkungen des in einer Vormundschaftssache bewilligten Armenrechts, SeuffBl. **09** 452, führt aus, daß für die Beitreibung des Unterhalts für das Kind oder die persönlichen Ansprüche der Mutter das für die Vormundschaft bewilligte (oft noch dazu ohne Antrag und Beschluß vom Gerichte verfügte) Armenrecht keine Wirkung ausüben kann, sondern vom Vollstreckungsgerichte bewilligt werden muß. § 119 ist nicht anwendbar, da es sich nicht mehr um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handelt.

4. Abs. 2. R. **09** Ziff. 3395 (Bamberg). In sämtlichen Staaten von Nordamerika ist — abgesehen von ausdrücklichen Beschränkungen im Gesetze — die Gegenseitigkeit verbürgt, selbst in den Fällen, wo sonst für Auswärtige Sicherheitsleistung vorgeschrieben ist.

§ 115. 1. Reform. *Heilborn, JW. **09** 356, schlägt de lege ferenda vor, zwischen vollem und beschränktem Armenrechte zu unterscheiden, und zwar in der Weise, daß letzteres nur die Anwalts- und Gerichtsgebühren, nicht die Auslagen an Post- und Schreibunkosten umfaßt. Hierdurch sollen die finanzielle Lage der Anwälte und die Justizetats der Bundesstaaten in gleicher Weise begünstigt werden.

2. Hallbauer, SächsRpflA. **09** 201, bespricht die Stempelpflicht für Vollmachten im Armenrechtsprozeß unter Berücksichtigung des neuen sächsischen Stempelgesetzes.

3. Zur Lehre von der Pflichtanwaltschaft vgl. Friedländer, Komm. zur RAO., Exkurs zu § 39, ferner Anmerkungen zu §§ 33—39.

4. Ziff. 3. **RG.** JW. **09** 728. Wenn von dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Partei für diese das Armenrecht in dem allgemein gehaltenen Antrage, das Armenrecht für die Berufungsinstanz zu bewilligen, nachgesucht wird, so ist dies dahin auszulegen, daß damit auch die Beiordnung eines Rechtsanwalts erbeten wird (vgl. **RG. 35** 369).

§ 116. 1. SeuffBl. **09** 286 (LG. Neuburg a. D.). Der nach § 116 bestellte Vertreter ist zur Klagerücknahme selbständig nicht befugt. — Hiergegen Bubb, SeuffBl. **09** 417.

2. Terminsvollmacht s. oben zu § 88 Ziff. 2.

3. Kann einer armen Partei ein Rechtsanwalt nach § 116 beigeordnet werden? Verneint von Vogt, SeuffBl. **09** 730, bejaht von Friese, JW. **09** 157; der Anwalt bedarf dann nach Friese einer Untervollmacht seitens des nicht als Armenanwalt bestellten — z. B. nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften — Prozeßbevollmächtigten.

§ 118. OLG. **19** 86 β, HansGZ. **09** Beil. 140 (Hambburg). Für die Bewilligung des Armenrechts nur für die Zwangsvollstreckung (vgl. zu § 119 Ziff. 1) ist ebenfalls das Prozeßgericht zuständig. S. jedoch abweichend JDR. **7** § 118 Ziff. 1.

§ 119. 1. OLG. **19** 86 β, HansGZ. **09** Beibl. 410, R. **09** Ziff. 503 (Hamburg). Erteilung des Armenrechts nur für die Zwangsvollstreckung ist zulässig. Zuständig ist auch hier das Prozeßgericht gemäß § 118 (s. dort).

2. Abs. 2. Vogl, SeuffBl. **09** 168/69, bekämpft die zu Ungerechtigkeiten führende Vorschrift über die Gewährung des Armenrechts für den Fall, daß der Gegner ein Rechtsmittel einlegt.

§ 121. OLG. Colmar, JDR. **7** § 121 jetzt auch ElsLothJZ. **09** 2.

§ 124. 1. KGBl. **09** 110 (LG. I Berlin). Der Armenanwalt hat die Gerichtskosten des auf seinen Namen ausgestellten Kostenfestsetzungsbeschlusses selbst vor-

schußweise zu tragen (§§ 84, 89 GKG.). Jedoch kann er die Kosten, da sie durch den Beschluß mitfestgesetzt werden, von der kostenpflichtigen Partei wieder einziehen.

2. OLG. **19** 87 γ, R. **09** Ziff. 1161 (Colmar). Die Umschreibung des auf den Namen der Partei ergangenen Festsetzungsbeschlusses auf den Namen der Armenanwälte beider Instanzen ist zulässig. In dem früheren Antrage des erstinstanzlichen Anwalts, auf Grund dessen der Festsetzungsbeschluß erlassen wurde, ist ein Verzicht auf das eigene Beitreibungsrecht nicht zu erkennen. Letzteres konnte auch nicht durch eine vom Kläger dem Beklagten gegenüber abgegebene Aufrechnungserklärung vereitelt werden.

3. OLG. **19** 87 γ (Colmar). Dem Korrespondenzanwalte, welcher dem Beklagten nicht im Armenrechte beigeordnet ist, steht kein Beitreibungsrecht zu. Der Prozeßbevollmächtigte ist auch nicht berechtigt, die Gebühren des Korrespondenzanwalts auf seinen Namen festsetzen zu lassen.

§ 125. JDR. **7** § 125 (München) jetzt auch SeuffBl. **09** 182.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 138. 1. Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung (s. unten vor § 253). Eine prozessuale Verpflichtung zur Vornahme von Prozeßhandlungen besteht weder dem Gegner, noch dem Gerichte gegenüber. Jedoch kann eine materiell-rechtliche Pflicht bestehen, insbesondere eine Vertragspflicht und zwar inter partes (z. B. zur Klagerücknahme) oder im Verhältnisse zu Dritten. Jedoch kann nie auf die Vornahme der Handlung geklagt, sondern nur Schadensersatz beansprucht werden. — Wegen des Lügenverbots s. oben vor § 1 Ziff. 5 d.

2. JDR. **7** § 138 jetzt auch **RG. 70** 118/19, R. **09** Ziff. 312.

§ 139. **RG.** JW. **09** 193, GruchotsBeitr. **53** 1095, LeipzZ. **09** 391, R. **09** Ziff. 1162 (bereits in JDR. **7** § 139 Ziff. 4 b mitgeteilt). Es genügt nicht, daß das Gericht zwar formell der Fragepflicht genügt, gleichzeitig aber durch den Schluß der Verhandlung und die alsbaldige Abgabe des Urteils die Aufklärung, die nicht sofort beschafft werden konnte, für später aber in Aussicht gestellt war, abgeschnitten hat. Vielmehr ist in derartigen Fällen die Vertagung oder die Wiedereröffnung der Verhandlung geboten, damit der Prozeßbevollmächtigte die nötigen Erkundigungen einziehen kann. Es kann höchstens § 48 GKG. noch in Frage kommen.

§ 141. 1. **RG.** III. JW. **09** 20, GruchotsBeitr. **53** 1098, SeuffA. **64** 242 (bereits in JDR. **7** § 141, aber nicht erschöpfend, mitgeteilt). Die Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei vor einem ersuchten Richter lediglich zu dem allgemeinen Zwecke der Aufklärung des Sachverhältnisses ist unzulässig. Nur aus ganz besonderen Gründen ist das Erscheinen vor einem ersuchten oder beauftragten Richter zugelassen, nämlich in den Fällen des § 619, wo die Ausnahme auf der besonderen Prozeßart beruht, bei der das öffentliche Interesse beteiligt ist, und des § 269, der die gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte zum besonderen Zwecke hat. Diese Bestimmungen sind nicht etwa besonders ausgeprägte Anwendungen eines gerade dadurch anerkannten allgemeinen Satzes, sondern Ausnahmen von der Regel. Dies ergibt auch die systematische Stellung des § 141 in dem Titel „Mündliche Verhandlung", sodann der Grundsatz, daß beide Parteien ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz zur Verhandlung vor dem Prozeßgerichte persönlich oder durch Vertreter zu erscheinen haben und daß die Aufklärung des Sachverhältnisses einen Teil der mündlichen Verhandlung bildet.

2. Abs. 2. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 141 Bem. II. Ersatzzustellung ist nicht ausgeschlossen und selbst dann gültig, wenn der Prozeß-

bevollmächtigte Ersatzperson nach §§ 181 ff. ist. — Der Prozeßbevollmächtigte braucht daneben nicht geladen zu werden.

§ 145. Abs 3. **RG.** JW. **09** 316, R. **09** Ziff. 1784. Will das Gericht von der ihm nach § 145 Abs. 3 zustehenden Befugnis keinen Gebrauch machen, so ist ein besonderer, dem Urteile vorangehender Beschluß hierüber nicht erforderlich. Der „Antrag" kommt nur als Anregung in Betracht.

§ 148. 1. Zulässigkeit der Aussetzung. a) OLG. **19** 89 β (KG.). Wird nach erhobener Leistungsklage vom Beklagten die negative Feststellungsklage erhoben, so ist letztere auszusetzen; es kann dem Kläger nicht zugemutet werden, mit seinem Leistungsanspruche bis nach Erledigung des Feststellungsprozesses zu warten. b) ElsLothJZ. **09** 525 (Colmar). Das Enteignungsverfahren ist nach reichsländischer Gesetzgebung ein Rechtsstreit im Sinne von § 148.

2. Unzulässigkeit der Aussetzung. a) OLG. **19** 89 γ (KG.). Keine Aussetzung, wenn im Vorprozeß aus demselben Rechtsverhältnisse, wie in dem auszusetzenden, nur ein Teilanspruch geltend gemacht, im letzteren aber auf Nichtbestehen des Rechtsanspruchs geklagt ist. b) **RG. 70** 321, JW. **09** 194, R. **09** Ziff. 1163. Die Einleitung des Verfahrens betr. die Zurücknahme des Patents gemäß § 11 PatG. gibt dem Gerichte nicht die Befugnis, das Verfahren über eine bei ihm anhängige, auf Patentverletzung gegründete Klage auf Schadensersatz und Unterlassung weiterer Verletzungen auf einseitigen Antrag einer Partei auszusetzen. Denn für die Vergangenheit ist die Zurücknahme für die Rechte des Patentinhabers ohne Einfluß. Höchstens können sich die Parteien veranlaßt sehen, den Prozeß ruhen zu lassen. c) HansGZ. **09** Beibl. 136 (Hamburg). Wenn, während ein Ehescheidungsprozeß schwebt, auf Grund eines neuen Scheidungsgrundes Klage erhoben wird, ist der letztere Prozeß nicht auszusetzen. d) Aussetzung im Urkundenprozesse. S. die JDR. **6** § 148 Ziff. 2 b zit. Entsch. jetzt auch in WürttJ. **21** 29 (Stuttgart).

§ 149. WürttJ. **21** 173 (Stuttgart). Die Aussetzung endigt, in Ermangelung einer früheren Aufhebung der Anordnung, jedenfalls mit der Erledigung des Strafverfahrens durch rechtskräftiges Urteil.

§ 162. 1. **RG.** JDR. **7** § 162 jetzt auch SeuffBl. **09** 171.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 1338. Aufrechterhaltung eines formnichtigen gerichtlichen Vergleichs als außergerichtlichen Vergleichs.

§ 164. 1. PosMSchr. **09** 87 (Königsberg). Zu den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehört der durch § 465 erforderte Antrag nicht. Gegenbeweis ist also zulässig.

2. *Pagel, GruchotsBeitr. **53** 229 ff. Um eine Angabe des Protokolls zu entkräften, genügt der Nachweis der vorsätzlichen Falschbeurkundung. Daß eine Fälschung im technischen Sinne, d. h. überhaupt kein Protokoll, sondern nur der Schein eines solchen vorliege, erfordert § 164 Satz 2 ZPO. nicht, wenn er gegen das Protokoll nur den Nachweis der „Fälschung" zuläßt. Das Wort „Fälschung" ist hier im uneigentlichen Sinne gebraucht.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

Vorbemerkung: In der praktisch wichtigen Frage, wie der Anwalt, welchem zugestellt ist, den Nachweis der Zustellung erbringen kann, hat sich das RG. im Gegensatze zum KG. mit Recht auf einen freieren Standpunkt gestellt, vgl. § 198 Ziff. 1 und 2.

§ 166. Abs. 2. Methner, JW. **09** 99. Liegt einer der Fälle des § 166 Abs. 2 nicht vor, so darf der Gerichtsschreiber die Vermittlung eines Zustellungsauf-

trags ablehnen. Übernimmt er sie jedoch, so ist die Zustellung gültig. Ob es derjenige Gerichtsschreiber ist, welcher gemäß § 166 Abs. 2 zuständig wäre, ist belanglos. Somit ist die Zustellung eines landgerichtlichen Urteils nicht deswegen unwirksam, weil der Gerichtsschreiber des OLG. den Auftrag vermittelt hat.

§ 171. 1. Abs. 1. HessRspr. **10** 148 (LG. Darmstadt). Obwohl der Abwesende, dem gemäß § 1911 BGB. ein Pfleger bestellt ist, hierdurch nicht prozeßunfähig geworden ist, ist eine Zustellung an den Pfleger als gesetzlichen Vertreter zulässig.

2. Abs. 3. HansGZ. **09** 286 (Hamburg). Als gesetzliche Vertreter sind hier auch die Testamentsvollstrecker, selbst wenn sie im Prozesse für oder gegen den Nachlaß Partei sind, zu verstehen. Die Vorschrift umfaßt auch die Verwalter fremden Vermögens zu eigenem Rechte. Eventuell wäre analoge Anwendung geboten.

§ 176. SächsOLG. **30** 494 (Dresden). Die Zustellung einer während des Hauptprozesses erlassenen einstweiligen Verfügung darf auch an die Partei selbst erfolgen. Das Verfügungsverfahren gehört nicht zur Instanz (§ 178); vgl. **RG. 45** 364; anders OLG. Dresden früher in SächsOLG. **9** 246.

§ 187. OLG. **19** 90 y (KG.). Nur Erklärungen der Partei gegenüber dem Gericht oder der Gegenpartei fallen unter § 187. Eine Beweisaufnahme über Erklärungen Dritten gegenüber würde zu unabsehbaren Wirkungen führen.

§ 198. Abs. 2. 1. **RG.** BayRpflZ. **09** 299. Gemäß § 198 Abs. 2 Satz 2 kann der Anwalt, welchem zugestellt ist, den Nachweis der Urteilszustellung dadurch führen, daß er eine mit dem üblichen Beglaubigungs- und Zustellungsvermerke versehene Urteilsabschrift vorlegt.

2. KGBl. **09** 108 (KG. 3. FerSen.) läßt im Gegensatze zu **RG. 14** 349 das einfache Zeugnis des zustellenden Anwalts, daß er dem Gegner zugestellt habe, zum Nachweise der Zustellung nicht genügen. Das Gesetz sagt ganz klar, daß zum Nachweise der Zustellung das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist, genüge. ➡ Red. Dieser erste Satz des Abs. 2 dürfte sich wohl nur auf den Nachweis beziehen, den der zustellende Anwalt führt. Für den Nachweis, den der empfangende Anwalt führt, enthält dagegen Satz 2 die maßgebende Bestimmung. Sie ist gerade zu dem Zwecke von der Novelle eingefügt worden, um dem Anwalte den Nachweis der Zustellung zu ermöglichen, so auch RG. in Ziff. 1. ⬅

§ 199. HansGZ. **09** Beibl. 131 (LG. Hamburg). § 199 schließt eine Zustellung gemäß § 175 nicht aus (§ 174 Abs. 2). § 199 bezieht sich nur auf die erste Zustellung der Klage.

§ 203. SeuffA. **64** 245 (Stuttgart). Nachdem in der Beweisaufnahme zur Sprache gebracht worden war, daß der Beklagte sich im LGBezirk aufzuhalten scheine, konnte unter Berücksichtigung des Grundsatzes, daß die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung bei jedem Zustellungsakte geprüft und festgestellt werden müssen, das allein vorliegende zu Beginn des Prozesses ausgestellte schultheißenamtliche Zeugnis als genügende Grundlage für eine öffentliche Zustellung nicht mehr gelten.

§ 207. 1. Abs. 1. **a) RG. 70** 291, JW. **09** 222, R. **09** Ziff. 1163. Die Anwendung des § 207 Abs. 1 erfordert nicht, daß die Zustellung „auf Grund des Gesuchs" erfolgt ist; es genügt, daß vor Erledigung des Gesuchs irgendeine rechtsgültige Zustellung erfolgt. **b) RG. 70** 291, R. **09** Ziff. 1165. Maßgebend bleibt die Zeit der Überreichung des ersten Gesuchs auch dann, wenn dieses ohne Verschulden des Zustellenden wegen Ablaufs der Ladungsfrist nicht erledigt werden kann und ein weiteres Gesuch mit neuer Ladung erforderlich wird.

2. Abs. 2. **a)** Methner, JW. **09** 99. Werden Berufungsschrift und erstinstanzliches Urteil gleichzeitig gemäß § 207 Abs. 2 eingereicht und zugestellt, so ist

die Einlegung der Berufung nicht etwa auf den Zeitpunkt der Einreichung zurückzudatieren (so daß die Berufung nach § 516 Abs. 2 Satz 2 unzulässig wäre). Vielmehr ist der Sinn von § 207 Abs. 2, daß eine binnen 2 Wochen nach der Einreichung erfolgende Zustellung des Schriftsatzes noch als Einhaltung der Notfrist gilt (vgl. **RG.** JW. **00** 654 Ziff. 4), die Einlegung der Berufung also auf den Zeitpunkt der Zustellung fällt. **b) RG.** SächsRpflA. **09** 211. Der Anwalt, der auf Grund des Gesetzestextes und der Literatur vor Erlaß der Entscheidung des **RG. 63** 413 die Zweiwochenfrist im § 207 Abs. 2 nicht für eine Notfrist angesehen und daher die Berufung zu spät eingelegt hat, hat seine anwaltlichen Pflichten nicht verletzt. **c)** OLG. Stuttgart JDR. **7** § 207 Ziff. 4 jetzt auch WürttJ. **21** 175.

Dritter Titel. Ladungen, Termine, Fristen.

§§ 221 ff. Fristen. **RG.** SächsRpflA. **09** 211, R. **09** Ziff. 1339. Im allgemeinen kann bei prozessualen Fristen die Handlung auch vor Beginn der Frist wirksam vorgenommen werden (Ausnahmen: §§ 516 Abs. 2, 552 Abs. 2). Wenn daher eine Frist in den Ferien nicht läuft, so bedeutet das nicht die Wirkungslosigkeit der innerhalb der Ferien erfolgenden Zustellung.

§ 227. Abs. 2. OLG. **19** 90 z (München). Gegen Zurückweisung des Antrags auf Vorverlegung eines Verhandlungstermins ist gemäß § 567 Abs. 1 die Beschwerde zulässig. § 225 Abs. 3 findet nur bei Beantragung der Verlegung auf eine spätere Zeit Anwendung,

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Vorbemerkung: Der wertvolle Aufsatz Schultzensteins (§ 233 Ziff. 1 a) bemängelt mit Recht das Erfordernis der höheren Gewalt. Die zu § 233 mitgeteilte reichhaltige, aber recht widerspruchsvolle Kasuistik zeigt in der Tat, wie wenig sich dieser schon immer kontroverse Begriff bewährt hat. — Wichtig sind die prinzipiellen Entscheidungen zu § 233 Ziff. 1 b und c.

§ 233. 1. Grundsätzliches. **a)** *Schultzenstein, BuschsZ. **39** 1 ff. Nach Ausführungen über das Wesen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Notfristen und ihr Verhältnis zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt wird für die Zweckmäßigkeit des Erfordernisses des unabwendbaren Zufalls (der höheren Gewalt) de lege ferenda die weitere Rechtsentwickelung seit der ZPO. bis zum Entwurf einer StPO. dargelegt unter Scheidung von drei Gruppen: einer, bei der die Wiedereinsetzung schlechthin oder doch grundsätzlich in gleicher Art durch das Erfordernis der höheren Gewalt beschränkt ist, einer zweiten, bei welcher gar keine Wiedereinsetzung zugelassen ist, und der dritten, bei welcher die Wiedereinsetzung in leichterer Weise stattfindet. Auf dieser Grundlage und unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung wird ausgeführt, daß sich das Erfordernis der höheren Gewalt nicht bewährt habe und wegen der Schwierigkeit der Anwendung im einzelnen Falle, der Unstimmigkeit mit der weiteren Rechtsentwickelung, insbesondere auch der der ZPO. selbst, und der Härte des Erfordernisses dessen Erleichterung befürwortet. Diese Erleichterung soll zwar nicht so weit gehen, wie sie im römischen (gemeinen) Rechte bestanden hat, auch nicht dem österreichischen Zivilprozeßrecht und anderen modernen Gesetzen entsprechend gestaltet werden, wohl aber soll der Mangel an Verschulden genügen, außer wenn der durch die Wiedereinsetzung zu beseitigende Nachteil demjenigen Nachteile gegenüber, welcher durch die Wiedereinsetzung dem Gegner verursacht werden würde, unverhältnismäßig gering ist. Wenn dieser Vorschlag auch an sich erst bei einer die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mitberücksichtigenden künftigen Änderung

der ZPO. in Betracht komme, so werde er zunächst doch schon bei dem Entwurfe der StPO. zu verwerten und bei einer leicht bald möglichen neuen Gesetzgebung auf dem Gebiete der reichsrechtlichen und der landesrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu berücksichtigen sein. Außerdem seien die Ausführungen bereits jetzt in der Weise benutzbar, daß sie dazu beitragen, das Erfordernis der höheren Gewalt bei seiner praktischen Handhabung nicht zu überspannen, sondern nicht weiter auszudehnen, als wegen der positiven Bestimmung des gegenwärtig geltenden Rechtes unbedingt geboten sei. **b)** Gewöhnliche Schuldlosigkeit genügt nicht. α. **RG. 71** 322, JW. **09** 363, R. **09** Ziff. 1905. Von Verhinderung durch unabwendbaren Zufall kann nur dann die Rede sein, wenn die Partei jede von ihr nach Lage des Falles vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt behufs Einhaltung der Frist angemeldet hat und wenn der eingetretene Erfolg auch durch die äußerste, nach der Besonderheit des Falles vernünftigerweise noch zu verlangende Sorgfalt nicht verhütet werden konnte. Es genügt nicht, daß dem Säumigen ein Verschulden, d. h. eine Außerachtlassung der gewöhnlich im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, nicht zur Last fällt. (Daher keine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsfrist, da die Partei es unterlassen hat, in dem Armenrechtsgesuche das Datum der Zustellung des 1. Urteils zu erwähnen und hierdurch die Verzögerung verursacht hat und ferner jedenfalls dieser Aufschub unschädlich geblieben wäre, wenn die Partei das Gesuch auch nur um wenige Tage früher als geschehen (6 Tage vor Fristablauf) eingereicht hätte.) β. **RG.** JW. **09** 417. Bei Anträgen auf Bewilligung des Armenrechts darf die Partei dasjenige, was sie ihrerseits zur Wahrung der Frist zu tun hat, nicht bis auf den letzten Teil der Frist verschieben. Daher keine Wiedereinsetzung, wenn das Gesuch erst am 27. Tage der Frist eingereicht und dadurch nicht mehr rechtzeitig erledigt wird. γ. **RG.** JW. **09** 692, R. **09** Ziff. 3396, RheinAKB. **27** 230 verweigert die Erteilung der Wiedereinsetzung, da das Armutszeugnis bereits am 15. Juli ausgestellt war, jedoch erst am 23. Juli eingereicht ist, auch das Gesuch selbst vom 22. Juli datiert ist. Die Partei hätte die Umstände dartun müssen, die dieses Zögern als entschuldbar erscheinen lassen. — Das KG. hatte umgekehrt entschieden, da das Gesuch 6 Tage vor Ablauf der Frist eingegangen war und die Akten vom LG. Berlin in kürzester Frist hätten beschafft werden können. **c)** Bis zur Erteilung des Armenrechts besteht ein objektives Hindernis. α. **RG. 70** 121, JW. **09** 73, R. **09** Ziff. 314. Für die wirklich arme Partei besteht bis zur Bekanntmachung der Entscheidung über ihr Armenrechtsgesuch ein objektives Hindernis für die Verfolgung oder Verteidigung ihrer Rechte, insbesondere für die Einlegung des Rechtsmittels. Auf den Umstand, daß der armen Partei das Armenrecht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung verweigert worden ist und diese schließlich die rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels durch einen von ihr selbst bestellten Anwalt doch noch durchgesetzt hat, kommt es hierbei nicht an. Es genügt, wenn sie das Armenrecht so rechtzeitig nachgesucht hat, daß bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang und selbst bei Berücksichtigung des Eintritts einer geringen Verzögerung die Beschlußfassung über das Gesuch und die Zustellung des Beschlusses vor Ablauf der Frist und selbst dann noch unter Freilassung der zur selbständigen Einlegung des Rechtsmittels durch die Partei erforderlichen Zeit erfolgen kann (**RG.** JW. **07** 517 steht nicht entgegen). Vgl. bereits teilweise JDR. **7** § 233 Ziff. 1 d. — Ebenso betont β. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1100 die Unzulässigkeit aus der Tatsache allein, daß es der Partei schließlich gelungen ist, auch ohne Bewilligung des Armenrechts einen Anwalt zur Einlegung des Rechtsmittels zu finden, den Schluß zu ziehen, daß die Voraussetzungen des § 114 Abs. 1 (s. oben zu § 114 Ziff. 1) bei ihr nicht vorgelegen hätten und daß mangels dieser eine Versäumung der Notfrist, welche durch die vorgängige Nachsuchung des Armenrechts

herbeigeführt ist, nicht als durch einen unabwendbaren Zufall verursacht erachtet werden könnte. γ. RG. JW. 09 363 Ziff. 9. Der Revisionskläger war dadurch, daß ihm das rechtzeitig nachgesuchte Armenrecht vom RG. versagt worden ist, bis zur nachträglichen Erteilung infolge unabwendbaren Zufalls an der Einlegung der Revision verhindert.

2. Einzelfälle. a) Verschulden des Anwalts. α. RG. WarnE. 2 Ziff. 167. Die Fristversäumung beruht auf dem Verschulden des Anwalts, wenn er die Berufungsschrift (nicht Ternsnote!) nicht beglaubigt und sich in dieser Hinsicht auf den Gerichtsvollzieher verläßt. β. RG. JDR. 7 § 233 Ziff. 2 a β jetzt auch RheinA. 106 II 271. γ. OLG. 19 91 β, R. 09 Ziff. 1166 (Hamburg). Kein unabwendbarer Zufall, wenn der bei dem Anwalte beschäftigte Referendar die ihm vom Anwalte selbst zwecks Einreichung an Gerichtsstelle übergebene Berufungsschrift an unrichtiger Stelle (LG. statt OLG.) eingereicht hat. Der Anwalt brauchte dem Referendar nur mit ausdrücklichen Worten zu sagen, an welcher Gerichtsstelle die Einreichung zu erfolgen hatte. Gerade über derartige Formalien sind Referendare erfahrungsmäßig weniger gut unterrichtet. δ. OLG. 19 91 α (Hamburg). Kein unabwendbarer Zufall, wenn die Kontrolle im Bureau des Anwalts sich darauf beschränkte, den mit der Einreichung der Berufungsschrift beauftragten Schreiber über die Erfüllung des Auftrags zu befragen und seiner bestätigenden, aber wahrheitswidrigen Antwort ohne weiteres Glauben zu schenken. Durch die Handakten hätte sich die Unrichtigkeit ohne Mühe feststellen lassen. ε. RG. (StrafS.) WarnE. 2 Ziff. 546. Kein unabwendbarer Zufall liegt vor, wenn die Fristversäumnis dadurch herbeigeführt ist, daß der 14jährige Bureaulehrling des Anwalts die in der Kanzlei hergestellte Reinschrift der Revisionsrechtfertigung statt — auftragsgemäß — in die Unterschriftsmappe zur Unterzeichnung, alsbald in die Gerichtsmappe zur Abtragung gelegt und so am nächsten Morgen — ununterschireben — nach dem Gerichte gebracht hat. — Umgekehrt bei fast ganz gleichem Tatbestande derselbe Strafsenat: ζ. RG. (StrafS.) BayRpflZ. 09 378. Unabwendbarer Zufall liegt vor, wenn der Anwalt die Rechtsmittelschrift dem Bureaugehilfen mit dem Hinweise darauf übergeben hat, es handle sich um eine Fristsache und der Schriftsatz müsse sofort dem Gericht eingereicht werden, und der Gehilfe am anderen Tage dem Anwalte versichert hat, der Schriftsatz sei eingereicht, während in Wahrheit der von dem Gehilfen weiter beauftragte Lehrling den Schriftsatz in eine Schublade gelegt und vergessen hatte, Diese Verschleppung des Lehrlinges ist ein Zufall, der auch bei Beobachtung der größten Vorsicht, wie sie hier befolgt ist, nicht auszuschließen ist. b) RG. JW. 09 315, DJZ. 09 825, R. 09 Ziff. 1787. Unterlassung der Beglaubigung der Terminsbestimmung durch den Gerichtsvollzieher ist ein unabwendbarer Zufall für die Partei. c) RG. R. 09 Ziff. 104, RheinA. 106 II 271. Verzögerungen der Postbehörde bilden dann keinen unabwendbaren Zufall, wenn es auf einem Verschulden der Partei oder ihres Anwalts beruht, daß zur Vornahme der an die Notfrist gebundenen Handlung nur eine kurze Spanne Zeit zur Verfügung stand (RG. 2 427, 4 385). d) RG. JW. 09 462, GruchotsBeitr. 53 1102, R. 09 Ziff. 2458. Kein Wiedereinsetzungsgrund ist gegeben, wenn der Kläger im Vertrauen darauf, daß ein zu dem Berufungsurteile gemäß § 319 ergangener Berichtigungsbeschluß bestehen bleiben werde, keine Revision eingelegt hat, der Berichtigungsbeschluß aber doch im Wege des Beschwerdeverfahrens aufgehoben ist, dieser Aufhebungsbeschluß dem Kläger aber erst am letzten Tage der Revisionsfrist zugestellt worden ist, so daß es jetzt zur Revisionseinlegung zu spät geworden war. Die Aufhebung des Berichtigungsbeschlusses ist, zumal die Möglichkeit einer Abänderung von vornherein in Betracht zu ziehen war, kein unabwendbarer Zufall, sondern hat nur zur Folge gehabt, daß sich die Annahme des Klägers, das Urteil werde in der berich-

tigten Form bestehen bleiben, als irrig erwies. — Das Rechtsmittel und die Beschwerde stehen sich mit den für sie bestimmten Fristen selbständig gegenüber.

§ 234. 1. **RG.** JW. **09** 728, R. **09** Ziff. 3805. Bei Bewilligung des Armenrechts ist der Partei hinsichtlich der Berechnung der Frist nur die unverschuldete Anwaltlosigkeit zugute zu bringen. Ein Verschulden ist verneint worden in einem Falle, wo die Bestellung des Anwalts 6 Wochen nach Zustellung des nur das Armenrecht bewilligenden Beschlusses beantragt wurde. Da die Anwaltbestellung, nachdem das Armenrecht bewilligt war, ohne weiteren Antrag zu erfolgen hatte (vgl. oben zu § 115 Ziff. 4), durfte die Partei, ohne schuldhaft zu handeln, zunächst die weitere Anordnung des Gerichts abwarten.

2. ElsLothJZ. **09** 574 (Colmar). Ist das Armenrecht für die zweite Instanz rechtzeitig (d. h. innerhalb eines angemessenen Zeitraums zur Entschließung über Einlegung des Rechtsmittels und zur Beschaffung der Grundlagen des Gesuchs) nachgesucht worden und hat sich die Bewilligung ohne Schuld der Partei durch die erforderlichen Ermittlungen verzögert, so ist das der Einlegung der Berufung entgegenstehende Hindernis frühestens am Tage der Bewilligung gehoben.

§ 236. Abs. 1 Ziff. 2. **RG.** JW. **09** 315. Der Vorschrift wird genügt durch die Bezeichnung der nach § 294 zulässigen Beweismittel. Die Vorlegung braucht erst in der mündlichen Verhandlung zu geschehen.

§ 238. 1. ElsLothJZ. **09** 574 (Colmar). Wird die Entscheidung über die Wiedereinsetzung mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung verbunden, so genügt über die Wiedereinsetzung Entscheidung in den Gründen.

2. Abs. 3. SächsOLG. **3** 494 (Dresden). § 238 Abs. 3 gilt auch im Falle der Klagerücknahme nach erfolgter Wiedereinsetzung (vgl. § 344).

3. Abs. 4. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 238 Bem. II 1 b. Das Urteil, welches den Antrag auf Wiedereinsetzung im Falle des § 238 Abs. 4 verwirft, ist ein Zwischenurteil nach § 303, wenn der Rechtsstreit vor dem Prozeßgerichte noch anhängig ist; liegt dagegen schon ein Endurteil vor, so hat das verwerfende Urteil ebenfalls den Charakter eines anfechtbaren Endurteils.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 48. Die Unterbrechung von Prozessen, die der Gemeinschuldner führt, durch dessen Tod hat auf das Konkursverfahren keinen Einfluß. Denn es kann sich dabei entweder nur um Prozesse über das konkursfreie Vermögen oder um solche Prozesse über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen handeln, die für den Gemeinschuldner anhängig sind und deren Aufnahme der Verwalter gemäß § 10 KO. abgelehnt hat. Aber auch im letzteren Falle handelt es sich nur scheinbar um Ansprüche, die die Masse betreffen, denn eben durch die Ablehnung hat der Verwalter den Anspruch dem Gemeinschuldner zur selbständigen Verfügung überlassen und dadurch aus der Masse freigegeben.

2. *Hörle, ZBlFG. **9** 716. Wird der Erbe zur Aufnahme eines bereits gegen den Erblasser anhängig gemachten Rechtsstreits geladen, so ist vor der Annahme der Erbschaft das in der Ladung liegende Aufnahmebegehren durch Urteil als zur Zeit unzulässig abzuweisen (vgl. weiter zu § 331).

3. Erben der verstorbenen Partei als notwendige Streitgenossen s. oben zu § 62 Ziff. 1.

4. OLG. **19** 92 b, R. **09** Ziff. 1340 (Colmar). Der Fall, daß die beklagte Gemeinde im Laufe des Rechtsstreits sich infolge ihrer Einverleibung in eine andere Gemeinde auflöst und diese dadurch die allgemeine Rechtsnachfolgerin der Beklagten wird, ist wie der Tod einer physischen Person zu behandeln.

§ 240. 1. OLG. **19** 137 γ, LeipzZ. **1910** 92, R. **09** Ziff. 2461 (Cassel). Ein gegen den Erben anhängiger Rechtsstreit wird auch dann durch den Nachlaßkonkurs unterbrochen, wenn es sich nur noch um die Kosten handelt, obwohl für diese der Erbe unbeschränkt haftet und sonst bei unbeschränkter Haftung der Gläubiger seinen Anspruch weiterverfolgen kann. Es handelt sich aber vorliegend nicht um einen selbständig geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch.

2. OLG. **19** 138 δ, SächsOLG. **30** 327 (Dresden). Wenn auch in Sachsen die Übereinkunft zwischen Sachsen und Österreich von 1854 gilt (EGKO. § 4), wonach auch während eines in Österreich eröffneten Konkurses das in Sachsen befindliche Vermögen des Gemeinschuldners der Zwangsvollstreckung entzogen ist, tritt doch keine Unterbrechung ein. Denn der Staatsvertrag hat nur für Sachsen, nicht auch für das im übrigen Reichsgebiete befindliche Vermögen Wirksamkeit.

3. OLG. **19** 135, R. **09** Ziff. 3109 (KG.). Wird nach Verkündung, aber vor Zustellung des Urteils das Verfahren unterbrochen, so sind Anträge auf Änderung des Urteils nur durch Rechtsmittel geltend zu machen.

§ 241. *Hörle, ZBlFG. **9** 770. Bei Beendigung der Nachlaßpflegschaft tritt der Erbe mit der Annahme der Erbschaft ohne weiteres in den vom Nachlaßpfleger geführten Prozeß ein.

§ 244. Eidesleistung während der Unterbrechung. Wiederholung nötig? S. unten zu § 463 Ziff. 1.

§ 246. 1. **RG.** (VerZivils.) **71** 155. Wenn nach Einlegung eines Rechtsmittels die Partei, welche in der bisherigen Instanz durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, stirbt, ohne einen Vertreter für die neue Instanz bestellt zu haben, so wird das Verfahren unterbrochen. § 246 findet nicht Anwendung, da bei dieser Bestimmung lediglich an die Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten der betreffenden Instanz gedacht ist. — So bereits in diesem Sinne **RG. 44** 358, während Sen. I in Sachen 480/00 (3. 4. 01) entgegengesetzter Meinung ist.

2. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 48. Der Tod des Gemeinschuldners hat prozeßrechtlich auf den Fortgang von Prozessen keinen Einfluß. Der Konkursverwalter kann, soweit Prozesse in Frage kommen, die er führt, im Falle des Todes des Gemeinschuldners nicht die Aussetzung des Verfahrens beantragen, da er als Partei, nicht als Bevollmächtigter des Gemeinschuldners den Prozeß führt.

3. RheinA. **106** I 72 (Cöln). Das Recht des Gegners, im Falle des Todes einer Partei die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen, wird nicht dadurch hinfällig, daß der Bevollmächtigte der verstorbenen Partei die Aufnahme des Verfahrens durch den angeblichen Alleinerben erklärt hat. Diese Erklärung hat keine prozessuale Bedeutung, da weder eine Unterbrechung des Verfahrens eingetreten, noch eine Aussetzung bisher angeordnet war. — Anders SächsAnn. **13** 252 (Dresden).

4. Nichtexistenz der beklagten Partei als Aussetzungsgrund? Hierüber s. oben vor § 50 Ziff. 1—4.

§ 249. **RG.** JW. **09** 167. Die Klägerin hat durch den Schriftsatz, mit dem sie das Verfahren aufgenommen hat, sowie durch den darin angekündigten Schriftsatz zur Genüge kundgegeben, daß sie die Revision weiterverfolge, sich dieserhalb auf die — während der Unterbrechung des Verfahrens eingereichte — Revisionsbegründung beziehe und sie genehmige. Eine nochmalige Einreichung der Begründung erschien unter diesen Umständen nicht unerläßlich.

§ 250. 1. **RG.** JW. **09** 22 betrifft einen Rechtsstreit, der durch Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des verstorbenen Beklagten unterbrochen war. Der Kläger beantragte, auszusprechen, daß das Verfahren aufgenommen

sei, nachdem er einen Aufnahmeschriftsatz zugestellt hatte mit dem im gegebenen Falle nicht notwendigen, unzulässigen und zu Mißverständnissen Anlaß gebenden Zusatze, daß der Konkursverwalter zu dem Termine zum Zwecke der erwähnten Antragstellung des Klägers geladen werde. Das RG. hat den Antrag abgelehnt, da schon aus diesem Grunde eine gerichtliche Entscheidung, daß das Verfahren aufgenommen sei, nicht erfolgen könne. Durch eine in Zukunft erfolgende Zustellung eines ordnungsmäßigen Aufnahmeschriftsatzes würde die Aufnahme kraft Gesetzes geschehen und auch dann für den beantragten gerichtlichen Ausspruch kein Raum sein.

2. OLG. **19** 136, R. **09** Ziff. 3108 (KG.). Die Aufnahme einer nach Verkündung, aber vor Zustellung des Urteils unterbrochenen Aussonderungsklage kann vom Anwalte der Berufungsinstanz gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils und der Berufungsschrift erklärt werden.

§ 251. FrankfRundsch. **43** 135 (Frankfurt). Wenn trotz Vereinbarung über das vorläufige Ruhen des Rechtsstreits dieser von einer Partei wieder aufgenommen wird, so darf eine Entscheidung in der Sache selbst nicht erfolgen, solange nicht über die Vorfrage der Zulässigkeit der Prozeßfortsetzung entschieden ist. Die Entscheidung, daß das Verfahren noch ruhe, darf nicht in einem die Klage abweisenden Urteile, sondern nur in einem die Vorfrage betreffenden Beschlusse oder Zwischenurteil erfolgen.

§ 252. **RG.** JDR. **7** § 252 jetzt auch **70** 88 (91).

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: Hervorgehoben seien die Entscheidungen des RG. zu § 256 Ziff. 2 n und o über den Wegfall des Feststellungsinteresses infolge Erhebung der Leistungsklage. Insbesondere die erste Entscheidung macht hier einen interessanten und wichtigen Unterschied zwischen negativer und positiver Feststellungsklage.

Vor § 253. Rechtsschutzvoraussetzungen. a) Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung. München 1909 (FischersAbh. **18** Heft 1), richtet sich gegen die einseitige Betonung des publizistischen, zwischen Parteien und Gericht bestehenden Prozeßrechtsverhältnisses und gegen die Negierung aller unter den Prozeßparteien bestehenden Rechtsbeziehungen. Er will den natürlichen Zusammenhang zwischen Klag- und Vollstreckungsrecht einerseits und dem materiellen Anspruch andererseits wiederherstellen, der infolge der modernen einseitigen Betonung der öffentlich-rechtlichen Seite des Klage- und Vollstreckungsbegehrens vielfach verkannt wird. Sein Ausgangspunkt ist der Satz: Das prozessuale, an den Staat adressierte Rechtsschutzbegehren ist zugleich die Ausübung des materiellen Rechtsanspruchs dem Prozeßgegner gegenüber (10). Dies gilt sowohl für Leistungs- wie für Feststellungs- und Gestaltungsklagen. Auf diese Betätigung des materiellen Anspruchs findet daher § 242 BGB. in vollem Umfang Anwendung (55). Jedoch ist das Vorhandensein eines zivilistischen Anspruchs des Klägers keine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Rechtsschutzbegehrens (aM. die Wach-Hellwigsche Theorie vom konkreten Rechtsschutzanspruche, wonach das Rechtsschutzbegehren immer nur dann begründet und rechtmäßig ist, wenn es zu einem dem Antragsteller günstigen staatlichen Entscheidungsakte geführt hat). Es kann sich also die materielle außerprozessuale Rechtslage in direktem Widerspruche zum Klage- und Vollstreckungsrechte befinden (44—46). S. ferner oben vor § 1 Ziff. 5 d, § 81 Ziff. 1, § 138 Ziff. 1. **b)** Gleichfalls gegen die Theorie des

publizistischen Rechtsschutzanspruchs wendet sich Hölder in seiner Rektoratsrede „Über das Privatrecht als Objekt gerichtlicher Geltendmachung", Leipzig 1909. Nach ihm ist das Klagerecht eine „besondere Privatrechtslage". **c)** Sächs. RpflA. **09** 371 (LG. Zwickau). Da dem Kläger zwecks Beitreibung der ihm als Nebenkläger entstandenen Kosten der Veröffentlichung eines Strafurteils (§§ 19 Abs. 2 WarenZG., 437, 503 StPO.) statt der Klage der kürzere und billigere Weg des Kostenfestsetzungsverfahrens vor dem Strafrichter offen stand, so fehlt es für die Klage an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisse. Dieser auch von Amts wegen zu beachtende Mangel hat die Klagabweisung zur Folge.

§ 253. 1. Abs. 2 Ziff. 1. Berichtigung der Parteibezeichnung. **RG. 71** 229. Wird in einer ursprünglich gegen den preuß. Fiskus, vertreten durch das Provinzialschulkollegium, gerichteten Klage später aus Rechtsirrtum als Beklagter ein bestimmtes Gymnasium bezeichnet und fährt das Provinzialschulkollegium fort, als gesetzlich berufener Vertreter des jetzt nur anders bezeichneten Beklagten zu verhandeln, so liegt darin kein wirklicher Parteiwechsel.

2. Abs. 2 Ziff. 2. **a)** Bezeichnung des Anspruchs. α. **RG.** R. **09** Ziff. 1549. Daß der Kläger als Klagegrund Bereicherung angibt, hindert nicht, auf Grund des vorgebrachten Sachverhalts einen Vertragsanspruch als gegeben anzunehmen. β. **RG.** JW. **10** 26. Die Bezeichnung des Anspruchs auf Werklohn (unter gleichzeitiger Anrechnung der ersparten Aufwendungen) als Schadensersatzanspruch, obwohl er rechtlich der Erfüllungsanspruch aus § 649 BGB. ist, hindert das Gericht nicht, ihn richtig gemäß § 649 zu beurteilen. **b)** Bestimmter Antrag. α. **RG.** JW. **09** 364 Ziff. 11, SeuffA. **64** 331, LeipzZ. **09** 546 wiederholt, daß eine ziffermäßige Angabe des geforderten Betrags nicht unbedingtes Erfordernis für einen Antrag auf Schadensersatz ist, sondern daß es genügt, wenn nach dem Antrag, in Verbindung mit den über Gegenstand und Grund des Anspruchs gemachten Angaben, der erhobene Anspruch so gekennzeichnet ist, daß über seine Wesenheit kein Zweifel besteht und der Betrag durch richterliches Ermessen, auf Grund der gegebenen tatsächlichen Unterlagen, festgestellt werden kann. (So genügte bei einer Klage auf Ersatz des dem Erwerber durch Hausschwamm entstandenen Schadens der Antrag auf Verurteilung zum Ersatze des richterlich festzusetzenden Schadensbetrags oder doch mindestens zur Zahlung von 3000 M.) Wegen Vorabscheidung in diesem Falle vgl. zu § 304. β. **RG.** JW. **09** 140, R. **09** Ziff. 705. Nicht genügend bestimmt ist der Antrag, zu verurteilen, eine der Höhe nach in richterliches Ermessen gestellte Entschädigung in Geld und eine Geldrente zu zahlen. Geldentschädigung und Rente werden anscheinend nebeneinander gefordert, ohne daß auch nur angedeutet ist, wieviel der Kläger beansprucht; die Abmessung des Betrags hat er ganz dem Ermessen überlassen, aber ohne irgendwelche Grundlage für die Abschätzung zu geben. γ. WürttJ. **21** 192 (Stuttgart). Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses bei Feststellungsklagen s. zu § 256 Ziff. 2 l.

§ 254. Hoevelmann, JW. **09** 97, erörtert die prozessuale Behandlung des Anspruchs des Provisionsagenten auf Erteilung eines Buchauszugs.

§ 256. 1. Rechtsverhältnis. **a)** *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 228. Dem Erfinder steht die Klage auf Feststellung des Erfinderrechts (d. i. des unmittelbar aus der Hervorbringung der Erfindung für den Erfinder entspringenden Rechtes) zu, sowie die Klage auf Feststellung, daß einem anderen, der es in Anspruch nimmt, dieses Recht nicht zustehe; letztere Klage jedoch dann nicht, wenn der Gegner das Erfinderrecht dadurch in Anspruch genommen hat, daß er die Erfindung für sich zu Patent angemeldet hat. **b)** **RG.** JW. **09** 497, R. **09** Ziff. 2462. Es ist nicht erforderlich, daß schon die gesamten rechtlichen Beziehungen wirklich vorliegen, für welche die gerichtliche Entscheidung begehrt wird, da, wenn diese Be-

ziehungen vollständig vorliegen, es in der Regel nicht weiter in Frage kommen kann, daß der Kläger sein Verhalten nach der von ihm erst durch die Feststellungsklage zu erwirkenden Entscheidung einrichte. Vielmehr können auch künftige rechtliche Beziehungen mit in Betracht gezogen werden. In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsverhältnisse selbst, das allerdings schon vorliegen muß, z. B. das Vertragsverhältnis im allgemeinen, und den einzelnen streitigen Rechtsbeziehungen, z. B. vertragliche Ansprüche des Gegners, die Ausflüsse dieses Rechtsverhältnisses oder dadurch beeinflußt sind, und die zur Zeit der Erhebung der Feststellungsklage noch nicht vorzuliegen brauchen (z. B. Kläger klagt auf Feststellung, daß er trotz des vereinbarten Konkurrenzverbots zu gewissen Handlungen berechtigt sei). **c) RG.** LeipzZ. **09** 777. Zulässig ist die Klage auf Feststellung, daß die Parteien einig waren, daß das Tauschobjekt auf 27 000 M. Tauschwert anzuschlagen sei und daß die Kläger bei Zugrundelegung einer Hypothekenbelastung von 15 000 M. den Beklagten nichts als das Darlehen von 2800 M. schuldig sein sollten. **d) RG.** JW. **1910** 66 Ziff. 17. Bei Feststellungsklagen hinsichtlich vergangener Rechtsverhältnisse bilden die aus dem erledigten Rechtsverhältnisse hergeleiteten Ansprüche den eigentlichen Gegenstand des Feststellungsinteresses (vgl. Hellwig, Zivilprozeß I 383, der überhaupt nur die Feststellung der Rechtsfolgen zuläßt). Das vergangene Rechtsverhältnis hat für den Kläger nur die Bedeutung eines Elements des anspruchbegründenden Tatbestandes. **e)** OLG. Colmar JDR. **7** § 256 Ziff. 1 e jetzt auch ElsLothJZ. **09** 13.

2. Feststellungsinteresse. **a) RG.** JW. **09** 222, LeipzZ. **09** 392 Ziff. 19 vermißt in dem Berufungsurteile die konkrete Begründung, wonach die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags den Kläger (Käufer) rascher und leichter zum Ziele geführt hätte, als die auf Rückgängigmachung der Folgen des angeblich nichtigen Kaufes gerichtete Leistungsklage. Grundsätzlich ist der Vervielfältigung der Prozesse, wie sie durch Spaltung des Rechtsstreits in Feststellungs- und Leistungsklage geschieht, entgegenzutreten und die Feststellungsklage auf die Fälle eines wirklich besonderen, in der konkreten Sachlage begründeten Bedürfnisses zu beschränken. **b) RG.** JW. **09** 664, R. **09** Ziff. 3111, LeipzZ. **09** 932 erachtet die auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags gerichtete, auf angebliche Geschäftsunfähigkeit der Vertragsgegner gestützte Klage wegen mangelnden Interesses für unzulässig. Denn die Beklagten wollen an den Vertrag, der auch von beiden Seiten erfüllt ist, gebunden sein, der Kläger ist im Besitze des Grundstücks und hat bereits ein Jahr vergehen lassen. Seine Ansprüche sind daher in keiner Weise gefährdet. **c) RG.** JW. **09** 463, R. **09** Ziff. 2463. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß die Wandelungsbeklagten hinsichtlich der infolge der Wandelung ihnen obliegenden Verpflichtung zur Entgegennahme der Rückauflassung und zur Rücknahme des Inventars im Annahmeverzuge seien. Denn durch diese Feststellung wird er in den Stand gesetzt, das Urteil hinsichtlich der von den Beklagten in Vollziehung der Wandelung zu zahlenden Summe zu vollstrecken, ohne den anderenfalls nach § 756 zu führenden Beweis des Annahmeverzugs erbringen zu müssen. Denn dieser Beweis ist auch dann geführt, wenn nachgewiesen wird, daß der Schuldner schon vor dem Urteil im Annahmeverzuge war. **d) RG.** R. **09** Ziff. 3584. Gegenüber dem Verkäufer, der die Kaufpreisforderung abgetreten hat, besteht für den Käufer kein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß der Preis zu mindern sei. **e) RG. 70** 371, JW. **09** 229 Ziff. 27, R. **09** Ziff. 1343. Der Inhaber einer Realkruggerechtigkeit hat insofern ein rechtliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung dieses seines Privatrechts, als das so festgestellte Recht in dem Verfahren über den Antrag auf Erteilung der Schankkonzession nicht mehr angezweifelt werden darf. Die entgegengesetzte Entscheidung des **RG.** V. JDR. **6** § 256 Ziff. 4 n (auch R. **07** 1087

abgedruckt) wird aufgegeben. **f)** **RG.** HansGZ. **09** 225, R. **09** Ziff. 1344. Ein Interesse an der Feststellungsklage besteht nicht bloß bei zweifelhaften, sondern auch bei grundlosen vom Gegner erhobenen Ansprüchen, wenigstens für den hiermit belästigten Verwalter fremden Vermögens. **g)** **RG.** JW. **09** 314 Ziff. 12. Bei der Schadensfeststellungsklage ist das rechtliche Feststellungsinteresse durch die Verjährungsbestimmung des § 852 BGB. gegeben. **h)** **RG.** JW. **09** 497, R. **09** Ziff. 2462 (Hamm). Als rechtliches Feststellungsinteresse kann z. B. die Gefährdung der Bewegungsfreiheit erscheinen. Eine solche Hinderung ist nicht nur unter der Voraussetzung anzunehmen, daß der Kläger genötigt gewesen sein sollte, ernstlich gehegte Pläne fallen zu lassen, sondern auch schon dann, wenn er infolge des streitigen Vertrags Bedenken tragen mußte, diese Pläne auszuführen. Hierbei ist nicht nötig, daß der Kläger das eventuell abzuschließende Rechtsgeschäft mit dem vermutlichen Kontrahenten in allen Teilen vorbereite oder gar schon im voraus eine Urkunde hierüber aufsetze; es genügt, wenn der Kläger vor Gericht solche Angaben über das beabsichtigte Geschäft macht, welche das Vorhandensein seines Interesses erkennen lassen. Einer vorherigen Verständigung mit dem vermutlichen Kontrahenten bedarf es hierzu in der Regel nicht (z. B. Kläger klagt auf Feststellung, daß er trotz des vereinbarten Konkurrenzverbots zu gewissen Handlungen berechtigt sei). **i)** SächsRpflA. **09** 45 (Dresden). Wenn der Kläger infolge der Eventualaufrechnung des Beklagten von der Leistungsklage zu der Klage auf Feststellung übergeht bloß dahin, daß ihm die Klageforderung zusteht, so fehlt es hierfür an rechtlichem Interesse. Dem berechtigten Interesse des Klägers würde nur durch Erhebung der Leistungsklage, wenn er die Gegenforderung bestreiten wollte, oder durch Klage auf Feststellung der Tilgung des Klaganspruchs durch Aufrechnung, wenn er die Gegenforderung anerkennen wollte, Rechnung getragen. **k)** WürttJ. **21** 192 (Stuttgart). Unzulässig ist die Klage, festzustellen, daß Klägerin den vom Beklagten in Rechnung gestellten Gewerbesteuerbetrag von 4926,79 M. nicht in dieser Höhe anzuerkennen habe. Es fehlt das Feststellungsinteresse, da unbestimmt bleibt, welchen Betrag die Klägerin sich anrechnen lassen muß. Auch kann nur ein bestimmter Umfang oder Inhalt eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden (§ 523 Abs. 2 Ziff. 2). **l)** **RG.** JW. **09** 223 Ziff. 16, GruchotsBeitr. **53** 1110, SeuffA. **64** 479, LeipzZ. **09** 392 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 1341. Maßgebend für das Bestehen des Interesses ist, wie bei allen Rechtsschutzvoraussetzungen, nicht der Zeitpunkt der Klagerhebung, sondern der der Urteilsfällung. Das Gegenteil folgt nicht aus den Urteilen **RG.** JW. **96** 21, 334, diese enthalten nur den Satz, daß der spätere Wegfall des zur Zeit der Klagerhebung vorhandenen Interesses unschädlich sei. **m)** **RG.** **71** 68, JW. **09** 316 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 1694. Während bei der positiven Schadensfeststellungsklage das Interesse an der einmal zulässig erhobenen Feststellungsklage mit der später eingetretenen Möglichkeit der Leistungsklage nicht wegfällt, entfällt bei der negativen Feststellungsklage ein des Rechtsschutzes fähiges und bedürftiges Interesse des Klägers an der Sachentscheidung, nachdem der Gegner die entsprechende positive Klage auf Leistung erhoben und, soweit fortgeführt hat, daß sie nicht mehr ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden kann. **n)** **RG.** I. JW. **09** 417, LeipzZ. **09** 676, BayRpflZ. **09** 374/5, R. **09** Ziff. 2670. Nachdem der Beklagte der negativen Feststellungsklage die dem Entscheidungsinteresse beider Parteien in gleicher Weise entsprechende Leistungsklage erhoben und soweit fortgeführt hat, daß sie nicht mehr ohne Einwilligung des Feststellungsklägers zurückgenommen werden kann, ist die negative Feststellungsklage wegen Wegfalls des Interesses abzuweisen. Anders wenn die Leistungsklage erst erhoben wird, nachdem der Feststellungsstreit bereits entscheidungsreif geworden oder nachdem bereits durch Zwischenurteil über einzelne Streitpunkte für den Feststellungskläger erkannt ist. Alsdann ist die Leistungsklage

gemäß § 148 auszusetzen. **o)** **RG.** JW. **09** 392 Ziff. 9, ZVersWes. **09** Ziff. 32 Beil. 1. Durch Urteil ist festgestellt worden, daß Beklagter dem — durch die Pferde des letzteren verletzten — Kläger für die Zeit nach Beendigung des zwischen den Parteien bestehenden Dienstverhältnisses allen Schaden zu ersetzen habe, der dem Kläger aus der $33^1/_3$ pCt. betragenden Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit erwachsen werde. Diese Entscheidung ist nach § 256 gerechtfertigt. Denn gerade die Unbestimmtheit der künftigen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse des Klägers schließt auf der einen Seite die Möglichkeit der Leistungsklage für die in Betracht kommende künftige Zeit aus und rechtfertigt auf der anderen Seite die Erhebung der Feststellungsklage, weil die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit und die angenommene Unmöglichkeit, die dem Kläger verbliebene verminderte Arbeitskraft späterhin mit gleichem Lohnertrage zu verwerten, wie die frühere volle Arbeitskraft, einen wirtschaftlichen Nachteil darstellen, der schon gegenwärtig eingetreten ist, der aber darum von der Verjährung betroffen werden würde, wenn er nicht rechtzeitig und alsbald mit der Klage geltend gemacht worden wäre. **p)** SchlHolstAnz. **09** 223 (Kiel). Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, durch welche die Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen der Partei und einem Dritten begehrt wird, ist davon abhängig, ob die geforderte Feststellung auch für den Dritten und nicht nur zwischen den Parteien wirksam sein würde.

3. Feststellungs- und Leistungsklage. **a)** Neben § 259: HessRspr. **10** 133 (LG. Darmstadt). Neben einer Klage auf künftige Leistung (§ 259) ist die Feststellungsklage wenigstens in dem Falle zuzulassen, wenn die Fälligkeit der künftigen Leistung zur Zeit des Urteilserlasses noch nicht eingetreten war. Solange ist auch die Klage aus § 259 nichts anderes als eine Feststellungsklage verbunden mit einer Klage auf Leistung von einem bestimmten späteren Zeitpunkt ab, s. hierzu SeuffA. **59** Ziff. 240. **b)** Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage. α. SeuffA. **64** 349 (Darmstadt). Trotz möglicher Leistungsklage ist die Feststellungsklage bei besonderem Feststellungsinteresse gegeben; so bei einem Leibgedingsvertrage, der verschiedene nebeneinander stehende Rechte umfaßt; hier besteht infolge des wirtschaftlichen Zusammenhanges ein Interesse an gemeinsamer Geltendmachung, so daß dem Kläger nicht zugemutet werden kann, bezüglich eines, insbesondere noch nebensächlichen, Teiles sich über den Leistungsanspruch schlüssig zu machen, wenn für einen weiteren Teil zunächst nur Feststellung veranlaßt erscheint. β. **RG.** JW. **09** 223 Ziff. 15, Gruchots Beitr. **53** 1107, SeuffBl. **09** 770, PosMSchr. **09** 79, R. **09** Ziff. 1342. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage bei Erbteilungen ((§ 95 FGG.) wird keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß die Leistungsklage zu Gebote steht. Auch wenn die Sache so liegt, daß der dem Kläger, falls der Streitpunkt in seinem Sinne zu entscheiden ist, zukommende Erbteil genau berechnet werden und somit ein vollständiger Teilungsplan aufgestellt werden kann, ist der Kläger nicht genötigt, die regelmäßig mit viel größeren Kosten und größeren Weitläuftigkeiten verbundene Erbteilungsklage durchzuführen und damit die ganze Teilungsangelegenheit der richterlichen Entscheidung zu unterbreiten, obgleich der eigentliche Streitpunkt nur ein beschränkter ist. Es können sich auch noch weitere Nachlaßschulden herausstellen, betreffs deren, wenn der Weg der Feststellungsklage verschlossen ist, eine weitere Leistungsklage notwendig werden würde. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2140. Einer Feststellungsklage dahin, daß eine zugunsten des Beklagten hypothekarisch gesicherte Forderung nicht in der Höhe der Eintragung bestehe, steht nicht entgegen, daß der Kläger die Leistungsklage auf teilweise Löschung der Eintragung erheben kann. Denn diese Klage läßt die persönliche Haftung des Klägers unberührt; auch eine auf Anerkennung des Nichtbestehens dieser persönlichen Haftung gerichtete Klage wäre wiederum nur eine Feststellungsklage. δ. SächsRpflA. **09** 168 (Dresden). Die Klage auf Feststellung des Nichtbe-

stehens der vom Beklagten behaupteten Grunddienstbarkeit ist zulässig, trotzdem auch schon die negatoria gegeben ist. ε. SchlHolstAnz. **09** 229 (Kiel). Da der Kläger mit Rücksicht auf die unklaren Bestimmungen der Versicherungsbedingungen berechtigte Zweifel haben konnte, ob er mit einer Leistungsklage durchdringen werde, ist ausnahmsweise die Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage zulässig. **c)** Zulässigkeit trotz anderer Rechtsbehelfe. PosMSchr. **09** 56 (Posen). Durch die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 wird die negative Feststellungsklage, daß der Anspruch nicht mehr bestehe, nicht ausgeschlossen. **d)** Unzulässigkeit wegen möglicher Leistungsklage. **RG.** R. **09** Ziff. 3110. Bei einer Sicherungshypothek besteht regelmäßig ein Feststellungsinteresse des Eigentümers, daß der Hypothekar sich die Aufrechnung mit einer Gegenforderung gefallen lassen müsse, nicht. Denn der Eigentümer kann durch Vornahme der Aufrechnung die Hypothekenforderung zum Erlöschen bringen und sodann mit der auf Erteilung der Löschungsbewilligung gerichteten Leistungsklage vorgehen.

4. Insbesondere: Die Begründung der negativen Feststellungsklage. **a)** Thiesing, JW. **09** 158. Zulässig ist die negative Feststellungsklage des Fiskus gegen eine Kirchengemeinde, die das Recht hat, ihre Mitglieder gelegentlich zu Hand- und Spanndiensten heranzuziehen, dahin, daß ihr diese Befugnis seinen Beamten gegenüber nicht zustehe. Denn es genügt, auch ohne daß zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis besteht, die Kollision zweier Ansprüche, die tatsächlich nicht nebeneinander ausgeübt werden können, sofern der Kläger ein genügendes Interesse an der Klärung der Rechtslage hat (hier z. B. Störung des Dienstbetriebs durch Geltendmachung des kirchlichen Rechtes). **b)** **RG.** WarnE. **2** Ziff. 169 hält an dem bereits in Sachen III 370/07 (7. 2. 08) ausgesprochenen Grundsatze fest, daß bei einem so allgemein gehaltenen Feststellungsantrage: „es stehe dem Gegner irgendein Anspruch nicht zu" der Beweis irgendeines Anspruchs die gewöhnliche Abweisung der Feststellungsklage zur Folge haben muß, solange nicht der Antrag in entsprechender Weise eingeschränkt ist. Dem unbegründeten allgemeinen Ausspruche einen für begründet erachteten, aber nicht geforderten engeren Ausspruch zu substituieren, ist prozessual unzulässig. **c)** Seuff. Bl. **09** 476 (Dresden). Die Erwirkung eines Pfändungs- und **Überweisungs**beschlusses enthält eine Berühmung der gepfändeten Forderung, da in dem Antrage die Forderung bestimmt bezeichnet und ihr Bestehen somit behauptet wird. Durch die Pfändung werden auch rechtliche Beziehungen zwischen dem Pfändungsgläubiger und dem Drittschuldner begründet (§§ 836 Abs. 1, 840, 843). Unterläßt der Pfändungsgläubiger trotz dem Widerspruche des Drittschuldners gegen das Bestehen der Forderung den Verzicht, so übernimmt er auch die Gefahr einer Feststellungsklage. **d)** OLG. **18** 5 β, BuschsZ. **39** 511 (Cassel). Obwohl der Gläubiger die Forderung zur Zeit der Klagerhebung abgetreten hatte, ist er passiv legitimiert, da der Schuldner gemäß § 407 BGB., solange er die Abtretung nicht kennt, den Zedenten in jeder Beziehung als Gläubiger behandeln kann. Dies gilt auch, wenn dem Kläger nur bekannt war, daß ein Teil der Forderung abgetreten war. **e)** OLG. **18** 5 β, BuschsZ. **39** 511 (Cassel). Ist die Forderung zur Zeit der Klagerhebung abgetreten, so kann ein rechtliches Interesse gegenüber dem Zedenten nur dann vorhanden sein, wenn ein zugunsten des Klägers ergehendes Urteil auch der Klage des Zessionars entgegengesetzt werden kann, also nach § 407 Abs. 2 BGB., wenn der Kläger zur Zeit der Klagerhebung die Abtretung nicht kannte. Dies Interesse ist jedoch nicht mehr vorhanden, wenn der Kläger im Laufe des Feststellungsprozesses auf die von dem Zessionar gegen ihn erhobene Klage rechtskräftig zur Zahlung verurteilt worden ist und auch bezahlt hat. **f)** BuschsZ. **39** 511 (513) (Cassel). Der Anspruch auf Feststellung, daß eine bestimmte For-

derung des Beklagten nie bestanden habe, ist nur zulässig, wenn die Forderung oder überhaupt das Rechtsverhältnis, das negiert werden soll, die Grundlage für einen Anspruch bildet, den der Beklagte zu haben behauptet. Ist aber zur Zeit der Klagerhebung die betreffende Forderung abgetreten, so ist hierdurch die rechtliche Beziehung zwischen den Parteien bereits gelöst und die verlangte Entscheidung ohne Bedeutung. Für die Rechtsbeziehungen des Klägers zu dem Zessionar aber reicht die Feststellung aus, daß die Forderung nicht bestehe. g) **RG.** LeipzZ. **09** 233. Ist eine einstweilige Verfügung zur Sicherung eines Anspruchs aus dem Anfechtungsgesetz ergangen, so kann der Verfügungsbeklagte nicht allein Widerspruch erheben und nach § 926 vorgehen, sondern er kann auch die negative Feststellungsklage erheben, daß ein Anfechtungsrecht nicht besteht. **h)** OLG. Stuttgart JDR. **6** § 256 Ziff. 4 l jetzt auch WürttJ. **21** 187.

5. Forderungsprätendentenstreit. **a) RG.** SeuffA. **64** 163, R. **09** Ziff. 318. Die Feststellungsklage für einen Streit unter mehreren Forderungsprätendenten ist immer nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung zugelassen worden, daß über die Identität der Forderung, insbesondere des Schuldgrundes kein Zweifel obwaltet und der Streit nur die Person des aus dem (unstreitigen) Vertrage Berechtigten betrifft. Dies trifft nicht zu, wenn der Vertrag, auf den der Kläger sich stützt, ein ganz anderer als der von ihm angefochtene ist. **b) RG.** RheinA. **106** II 277, R. **09** Ziff. 863. Der wahre Berechtigte kann gegen den unrechtmäßigen Prätendenten nicht nur die Feststellungsklage erheben, sondern auch darauf klagen, die Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner zu unterlassen. — Ebenso hatte OLG. Düsseldorf (RheinA. **106** 145 [19. 3. 08]) entschieden.

6. Klage eines Kindes auf Feststellung seiner Unehelichkeit vgl. unten §§ 640 ff.

7. **RG.** JW. **09** 663. Indem der Kläger beantragt, zu erkennen, daß der Beklagte schuldig sei, seine Schadensersatzpflicht anzuerkennen und demgemäß gewisse Summen zu zahlen, gibt er deutlich kund, daß der erste Teil des Antrags nur den rechtlichen Gesichtspunkt bezeichnet, unter dem die nachher begehrte Leistung gefordert wird. Es handelt sich um eine — freilich nicht in den Klagantrag gehörige — Begründung des eigentlichen Klagebegehrens, welche nicht die Bedeutung eines selbständigen Anspruchs hat.

§ 257. *Reuter, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (Leipzig) 56. Von einer Gegenleistung abhängige Geldforderungen, die nicht aus gegenseitigen Verträgen herrühren, können durch eine Verurteilung nach § 257 ZPO. geschützt werden. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts hindert also eine solche Verurteilung nicht.

§ 259. 1. **RG.** JW. **09** 393 Ziff. 10. Klage auf künftige Leistung liegt vor, wenn zwei Töchter gegen ihren Vater auf Gewährung je einer Aussteuer für den Fall der Verheiratung mit ihren Verlobten klagen (**RG. 58** 139).

2. **a) RG.** JW. **09** 393 Ziff. 10. Bei der Klage auf Aussteuer ist die Besorgnis gerechtfertigt, daß der Beklagte sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, da er sich, nachdem seine Ehe aus eigener Schuld geschieden worden, der Unterhaltspflicht gegenüber seinen aus der geschiedenen Ehe stammenden, von seiner geschiedenen Frau erzogenen und ihm völlig entfremdeten Töchtern fortgesetzt zu entziehen gesucht und langwierige, aussichtslose Prozesse nicht gescheut hat. **b)** MecklZ. **27** 257 (Rostock). § 259 ist nicht auf den Fall der Böswilligkeit des Schuldners zu beschränken, sondern auch dann anwendbar, wenn die Umstände die Besorgnis rechtfertigen, daß die rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers aus Gründen unterbleiben werde, die dem Schuldner zum Vorwurfe gereichen.

§ 260. **RG.** LeipzZ. **09** 777, R. **09** Ziff. 2012 u. 2139. Zulässig ist die Verbindung der Erfüllungsklage und der fürsorglich auf Nichtigerklärung erhobenen Klage (weil der Beklagte den Kauf wegen arglistiger Täuschung angefochten hatte), wenn die Klaganträge nur alternativ gestellt sind, Kläger also nur den einen oder den anderen zugesprochen haben wollte, so daß der Hauptantrag als nicht gestellt gelten soll, wenn dem Eventualantrag stattgegeben wird.

§ 263. HansGZ. **09** Beibl. 298 (Hamburg). Die früher erhobene Feststellungsklage begründet der später erhobenen Leistungsklage gegenüber nicht die Einrede der Rechtshängigkeit.

§ 264. 1. Wesentliche Erschwerung. **a)** R. **09** Ziff. 3586 (Braunschweig). Eine wesentliche Erschwerung liegt nicht schon darin, daß der Beklagte zu einer umfänglicheren Verteidigung gezwungen wird, sondern es kommt darauf an, ob er zu seiner Verteidigung gegen das neue Vorbringen eines erheblich größeren Aufwandes an Zeit und Mühe bedarf. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 167 (Hamburg). Eine wesentliche Erschwerung liegt nicht schon infolge nachträglicher Behauptung der Zession vor, besonders dann nicht, wenn der Kläger vor der ersten mündlichen Verhandlung auf die schriftliche Klagebeantwortung sich die Verteidigung des Beklagten zu eigen macht und derselben durch die geänderte Klage begegnet und der Beklagte auch gegen diese nichts anderes einwendet, als dasjenige, was er schon vorher gegen den persönlichen Anspruch geltend gemacht hat. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 217/219 (Hamburg). Durch den Übergang von dem auf § 767 ZPO. gestützten Antrage zu dem Antrag aus § 323, der eine Klagänderung bedeutet, wird die Verteidigung für den Beklagten in keiner Weise erschwert. **d)** HansGZ. **09** Beibl. 167 (Hamburg). Über die Frage, ob durch die Klagänderung die Verteidigung wesentlich erschwert werde, kann auch das Berufungsgericht nach seinem Ermessen befinden. Dies folgt aus § 525.

2. Keine Rechtskraft hinsichtlich des neuen Anspruchs bei unzulässiger Klagänderung s. u. zu § 322 Ziff. 3 c.

§ 265. Oppermann, SächsRpflA. **09** 609 ff. § 265 ist analog in dem Falle anzuwenden, daß der Pfand- oder Pfändungsgläubiger die ihm zur Einziehung überwiesene Forderung während des Prozesses freigibt. Es tritt der ursprüngliche Gläubiger wieder in die Gläubigerstellung. Gemäß § 727 ist ihm eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Beklagten zu geben.

§ 266. 1. OLG. Colmar FDR. **7** § 266 jetzt auch ElsLothJZ. **09** 133.

2. SeuffBl. **09** 477 (Dresden). Ein Rechtsstreit über die Frage, in welchem Umfange der Grundstückseigentümer von dem Nachbargrundstück aus gemäß § 906 BGB. Einwirkungen zu gestatten habe, betrifft Rechte und Verpflichtungen der im § 266 bestimmten Art. Das ergehende Urteil wirkt für und gegen die künftigen Eigentümer beider Grundstücke als der Rechtsnachfolger der Parteien im Sinne der §§ 325, 727 (vgl. **RG. 40** 337).

§ 268. 1. **a)** Keine Änderung des Klagegrundes. **α. RG.** LeipzZ. **09** 316. Ob ein und derselbe tatsächliche Vorgang als grundlose Entlassung des Klägers oder als dessen freiwilliger Austritt wegen wichtiger Vertragswidrigkeit rechtlich aufzufassen ist, betrifft die Prüfungspflicht des Richters. Keine Klagänderung, wenn der Kläger erst das eine und später das andere anführt. Klagegrund ist derselbe tatsächliche Vorgang. **β. RG. 71** 358, JW. **09** 499, R. **09** Ziff. 2468. Der Übergang des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten vom Schadensersatzanspruche zum Bereicherungsanspruch im Falle des § 852 Abs. 2 BGB. ist keine unzulässige Klagänderung; beiden Ansprüchen liegt derselbe Tatbestand der unerlaubten Handlung zugrunde; was der Ersatzpflichtige auf Kosten des Verletzten erlangt hat, hat er eben zu dessen Schaden erlangt. Eine etwa nötige Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens fällt unter

§ 268 Ziff. 1, eine Veränderung des Klagantrags unter § 268 Ziff. 2. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1018. Eine Klagänderung liegt nicht vor, wenn in einer aus einem erlittenen Unfalle gegen die Versicherungsgesellschaft erhobenen Entschädigungsklage in zweiter Instanz geltend gemacht wird, der behauptete Körperschaden sei eine Folge der Anordnung des Arztes, der der Versicherte sich vertragsmäßig habe fügen müssen; denn auch in dieser Gestaltung der Begründung behält der Anspruch insofern seine Grundlage in dem Versicherungsvertrag, als durch diesen der Beklagten und dem von ihr betrauten Arzte die Befugnis zu der fraglichen Anordnung eingeräumt worden ist. δ. OLG. **18** 257 δ (Naumburg). Übergang der vorher angestrengten Klage aus § 1360 zu der Klage aus § 1578 (nach Rechtskraft des Scheidungsurteils) ist keine Klagänderung. Die durch die Ehe geschaffene Grundlage des Anspruchs bleibt unberührt. **b)** Änderung des Klagegrundes. α. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 228. Der Übergang von der Wechselklage zur Kausalklage ist Klagänderung (aM. Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen 152 ff.). Wenn dagegen der Gläubiger von der Wechselklage erst zur Kausalklage übergeht, nachdem der Wechselbeklagte Einreden aus der causa vorgebracht hat, so dürfte die Klagänderung erlaubt sein, weil die Einwilligung des Beklagten zur Klagänderung in dem Vorbringen der kausalen Einrede implicite enthalten war. β. **RG.** R. **09** Ziff. 1548. Ist die Klage zunächst ausdrücklich auf Kauf gestützt, so ist die nachträgliche Begründung mit ungerechtfertigter Bereicherung Klagänderung. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1010. Wird neben dem ursprünglichen Antrag auf Zahlung einer Unfallrente nachträglich noch Fortbestand der Versicherung verlangt, so liegt Klagänderung vor. Denn für den Leistungsantrag ist Klagegrund das Bestehen des Versicherungsvertrags zur Zeit des Unfalls, der Feststellungsantrag dagegen betrifft die Zeit der Urteilsfällung. δ. **RG.** JW. **1910** 26, R. **09** Ziff. 3827. Eine Klagänderung liegt vor, wenn die ursprüngliche Klage lediglich die Scheinnatur des dinglichen Hypothekenrechts zum Gegenstande hatte, der Kläger später sich aber auf Hypothekentilgung beruft, also nicht mehr die Richtigkeit der Hypothek, sondern die Umwandlung der wirksam bestellten Hypothek in eine Eigentümergrundschuld geltend macht. Anders ist es, wenn mit der Klage die Feststellung des Nichtbestehens der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Forderung verfolgt wird. ε. **RG.** R. **09** Ziff. 1009. Das Vorbringen des Klägers, daß ein Konsignationsverhältnis zwischen den Parteien bestehe, stellt sich gegenüber der auf einen Kaufvertrag gestützten Klage als eine Klagänderung dar. ζ. HansGZ. **09** Beibl. 217, 219 (Hamburg). Der Übergang von dem auf § 767 ZPO. gestützten Antrag zu dem Antrag aus § 323 (über das Verhältnis beider Vorschriften s. ferner zu § 323 Ziff. 1) enthält eine Klagänderung, s. jedoch o. zu § 264 Ziff. 1 c.

2. Insbesondere Ziff. 1. **a) RG.** JW. **1910** 26, R. **09** Ziff. 3826. Es ist keine Änderung der negativen Feststellungsklage, wenn der streitige Anspruch oder das streitige Rechtsverhältnis unverändert gelassen und nur hinsichtlich der tatsächlichen Behauptungen, aus denen sich das Nichtbestehen des Anspruchs oder Rechtsverhältnisses ergeben soll, gewechselt wird, z. B. wenn statt Nichtigkeit der Forderung neuerdings Zahlung behauptet wird. **b) RG.** JW. **09** 498, R. **09** Ziff. 2465. Besteht unter den Parteien von vornherein Einigkeit darüber, was mit der Klage gefordert wird — nämlich Herausgabe derjenigen Wechsel, welche ein Dritter als Entgelt für eine Heiratsvermittelung gegeben hatte —, so liegt keine Klagänderung vor, wenn statt der ursprünglich geforderten großen Wechsel nachträglich eine größere Anzahl kleinerer Wechsel verlangt wird. **c)** OLG. **19** 96 f. (Hamburg). Keine Klagänderung, wenn der Kläger die vor Klagezustellung erfolgte Rückzession der Forderung auf ihn selbst nicht in der Klage, sondern erst, wenn der Beklagte die Abtretung eingewendet hat, in der Replik geltend macht.

3. Insbesondere Ziff. 2. a) **RG.** JW. **09** 418 Ziff. 19. Es ist zwar ein formeller Verstoß, wenn das Berufungsgericht sich über die Zulässigkeit der Erweiterung des Klaganspruchs nicht ausdrücklich ausspricht. Allein der Kläger wird dadurch dann nicht beschwert, wenn das Berufungsgericht sachlich die Frage zu seinen Gunsten entschieden hat. — Vgl. auch unten Ziff. 5. b) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 723 = JDR. **7** § 268 Ziff. 2 a.

4. Insbesondere Ziff. 3. a) **RG. 70** 337, JW. **09** 224, R. **09** Ziff. 1169. Das RG. erläutert — wie bereits früher in **RG. 26** 387 u. **39** 429 — den Ausdruck „später eingetretene Veränderung" dahin, daß der objektive Eintritt des betreffenden Ereignisses in Verbindung mit der davon erlangten Kenntnis des Klägers als entscheidend anzusehen, also maßgebend der Zeitpunkt ist, wo der Kläger von dem die Sachlage ändernden Ereignisse Kenntnis erlangt hat oder doch hätte erlangen müssen, d. h. durch eigenes Verschulden nicht erlangt hat. Hat also der Kläger, obwohl er schon vor der Klagerhebung imstande war, die später eingetretene Veränderung herbeizuführen (z. B. von § 326 BGB. Gebrauch zu machen), dies trotzdem unterlassen, so ist in seinem neuen, auf die von ihm später herbeigeführte Veränderung gestützten Antrag eine unzulässige Klagänderung zu finden. b) BuschsZ. **39** 514 (Cassel). War die Klage ursprünglich darauf gestützt, daß die Forderung dem Kläger durch Arrestbefehl gepfändet und zur Einziehung überwiesen sei (obwohl letzteres nicht der Fall war und auch nicht sein konnte), so liegt keine Klagänderung vor, wenn später behauptet wird, die Überweisung sei auf Grund eines inzwischen erwirkten Vollstreckungsbefehls erfolgt, sofern es sich um dieselbe Forderung handelt. Das Pfandrecht hat hierdurch nur eine Verstärkung erhalten.

5. Entscheidung über die Klagänderung. **RG.** JW. **09** 418 Ziff. 20. Ist das Gericht zur sachlichen Entscheidung über den klägerischen Anspruch auf Grund dessen gesamten Vorbringens nach Lage der Sache berechtigt, so enthält die sachliche — die Klage als unbegründet abweisende — Entscheidung ohne gleichzeitige Feststellung des Nichtvorliegens einer unzulässigen Klagänderung keine zur Aufhebung nötigende Beschwer des Klägers. Dies wäre nur dann der Fall, wenn das klägerische nachträgliche Vorbringen tatsächlich eine Klagänderung enthalten hätte und das Gericht infolgedessen zu einer materiellen Entscheidung über dieses Vorbringen gar nicht befugt gewesen wäre. — Vgl. auch oben Ziff. 3 a.

§ 269. **RG.** R. **09** Ziff. 512. Wenn der Beklagte einer Klagänderung widersprochen hat, in einer späteren vor einem anders besetzten Gerichte stattfindenden weiteren Verhandlung aber, ohne den Widerspruch zu wiederholen, sich auf die abgeänderte Klage einläßt, so ist seine Einwilligung in die Klagänderung anzunehmen.

§ 271. 1. Form der Zurücknahme. a) **RG.** JW. **1910** 28 Ziff. 49. Die im Vergleichstermine vor dem beauftragten Richter von den Parteien abgegebene Erklärung der Rücknahme von Klage und Widerklage macht die Zustellung und Hinterlegung eines Rücknahmeschriftsatzes nicht überflüssig. — Das Gegenteil hatte OLG. Colmar (OLG. **19** 96 α, ElsLothJZ. **09** 536, DJZ. **09** 1504, R. **09** Ziff. 1170 [18. 2. 09]) angenommen. b) SeuffA. **64** 481, OLG. **19** 104/5, HansGZ. **09** Beibl. 177 (Hamburg). Keine wirksame Zurücknahme, wenn der Termin, in welchem sie erklärt wird, nicht zur Verhandlung über die Hauptsache bestimmt war.

2. Wirkungen. OLG. **19** 96 α, ElsLothJZ. **09** 536, DJZ. **09** 1504 (Colmar). Die Rücknahme von Klage und Wiederklage hat die Außerkraftsetzung des ergangenen Urteils und die Zurücknahme von Berufung und Anschlußberufung von selbst zur Folge. Diese Rechtsfolge wird durch die Aufnahme rechtsungültiger Vereinbarungen in den Vergleich, in welchem die Zurücknahme erklärt ist, nicht berührt, mögen die Parteien auch das Bewußtsein der Rechtsunwirksamkeit dieser Vereinbarungen gehabt haben.

3. Insbesondere Kostenpflicht und Kostenurteil. a) Becker, R. **09** 594. Bei Zurücknahme der Klage ist der Kläger zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verpflichtet und ist diese Verpflichtung auf Antrag des Beklagten durch Urteil auszusprechen. Der Beklagte muß daher den Kläger nötigenfalls zur Verhandlung über den Kostenpunkt laden, er darf aber nicht eine neue Klage zur Beitreibung der Prozeßkosten erheben, will er sich nicht der Einrede der Rechtshängigkeit aussetzen. **b)** ElsLothJZ. **09** 526, R. **09** Ziff. 1011 (Colmar). Der Antrag auf Kostenentscheidung braucht nicht in der Sitzung, in welcher die Klage zurückgezogen wird, gestellt zu werden; es kann dies auch in einem später hierzu anberaumten Termine geschehen. Solange bleibt die Kostenfrage anhängig. **c)** OLG. **19** 98 γ (Kiel). Da das Kostenurteil nur über die Kostenlast ergeht, ist das Vorbringen des Klägers, soweit es sich auf die Höhe der Kosten bezieht, nicht zu beachten, es kann insoweit erst im Festsetzungsverfahren Berücksichtigung finden. **d)** OLG. **19** 97 β, R. **09** Ziff. 319 (Darmstadt). Der Antrag auf Verurteilung in die Kosten ist abzulehnen, wenn der Kläger alle Kosten bezahlt hat, denn es kann dann von einer weiteren Verpflichtung zur Zahlung der Kosten nicht mehr die Rede sein. Um diese Voraussetzung zu prüfen, muß das Gericht schon jetzt ausnahmsweise auf die Höhe der Kosten eingehen. Ergeht aber trotzdem Kostenurteil und wird es rechtskräftig, so kann der Beklagte Kostenfestsetzung und auch die Erstattung derjenigen Kosten verlangen, die infolge des Urteils erwachsen sind. **e)** OLG. **19** 98 γ (Kiel). Der Beklagte darf im Falle der Klagerücknahme ein Kostenurteil erwirken, auch wenn der Kläger die Pflicht der Kostentragung anerkannt hat. Der Kläger muß auch die Kosten dieses Urteils tragen, da § 93 sich nur auf das Anerkenntnis des Beklagten in der Hauptsache bezieht. **f)** R. **09** Ziff. 1346 (Hamburg). Wird über das Vermögen des Klägers nach Klagerücknahme der Konkurs eröffnet, so wird die Kostenforderung des Beklagten Konkursforderung, welche anzumelden und gemäß § 146 Abs. 3 KO. weiter zu verfolgen ist, nicht aber als Masseschuld. **g)** Sächs. OLG. **30** 494 (Dresden). Soweit der Beklagte nach §§ 344 und 238 Abs. 3 Kosten zu tragen hat, gilt dies auch im Falle der Klagerücknahme. **h)** Klagerücknahme infolge Befriedigung: Siehe die JDR. **6** § 271 Ziff. 1 b zit. Entsch. jetzt auch in WürttJ. **21** 30 (Stuttgart).

4. R. **09** Ziff. 3114 (Colmar). Die Vereinbarung des Widerrufs einer Klagerücknahme ist zulässig.

§ 274. 1. Über prozeßhindernde Einreden und Prozeßvoraussetzungen s. **RG.** zu § 538 Ziff. 2 a.

2. Reihenfolge. HansGZ. **09** Beibl. 214 (Hamburg). Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist vor der Einrede örtlicher Unzuständigkeit zu prüfen. Denn wenn der Rechtsweg unzulässig ist, ist überhaupt kein ordentliches Gericht zuständig.

3. Ziff. 2. a) SächsRpflA. **09** 363 (LG. Dresden). Die Bestimmung einer Vereinssatzung, daß den Mitgliedern wegen ihrer Ansprüche, wenn sie solche zunächst an den Vereinsvorstand gebracht und dort eine ablehnende „Entscheidung" erfahren hätten, „unter Ausschluß des Rechtswegs" nur die „Berufung" an den Vereinsausschuß zustehe, begründet nicht die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern die materielle Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache. Denn durch die Vereinssatzung ist der Ausschuß tatsächlich, wenn auch nicht dem Ausdrucke nach, zum Schiedsrichter bestellt. Über die Frage der Gültigkeit des Schiedsvertrags vgl. unten zu §§ 1025 ff. —— **b)** R. **09** Ziff. 2674 (BayObLG.). Ist eine Klage wegen Nichtbeachtung des Art. 2 BayAGZPO. (Erfordernis erfolgloser Verwaltungsbeschwerde vor Verklagung des bayer. Fiskus) abgewiesen, in der Berufungsinstanz aber dem Mangel nachträglich abgeholfen worden, so hat die weitere Sachverhandlung vor der ersten Instanz zu erfolgen. **c)** R. **09** Ziff. 3621 (BayObLG.). Die Vorschrift des Art. 2 BayAGZPO. enthält eine — durch Art. 4

EGZPO. nicht ausgeschlossene — zeitliche Einschränkung des Rechtswegs. — Ebenso Hellmann, BayRpflZ. **09** 381 ff., welcher darauf hinweist, daß es mehrere reichsrechtliche Beispiele solcher zeitweiligen Unzulässigkeit des Rechtswegs gibt, vgl. RayonG. §§ 39, 40, BeamtG. §§ 149 ff., TelWegeG. § 13 usw., während in BayObLG. **10** 269, R. **09** 2674 (BayObLG. 14. 6. 09) die Frage unentschieden gelassen ist. **d)** RheinZ. **1** 557 (Colmar). Die auf Grund des § 2 Elf. Loth AGZPO. vom Fiskus erhobene Einrede der mangelnden Denkschrift ist keine prozeßhindernde Einrede im Sinne von § 274, sondern es handelt sich um eine im materiellen Rechte begründete besondere Prozeß- bzw. Klagevoraussetzung.

4. Ziff. 3. **a)** *Westheimer, Der ausländische Schiedsspruch, BuschsZ. **39** 273 (vgl. §§ 1039, 1040 ZPO.). Während sich die materiell-rechtliche Gültigkeit des ausländischen Schiedsvertrags nach dem für ihn gemäß den Grundsätzen des internationalen Privatrechts in Betracht kommenden Rechte beurteilt, bestimmt sich die Zulässigkeit und Wirksamkeit der prozeßhindernden Einrede des Schiedsvertrags ausschließlich nach dem Rechte des Prozeßgerichts, selbst wenn das ausländische Recht diese Einrede als materiell-rechtliche exceptio compromissi auffassen sollte. Ist die Kompromißeinrede in rechtlich zulässiger Weise vorgebracht, so liegt es dem deutschen Richter nicht ob, zu prüfen, ob die Möglichkeit besteht, den ausländischen Schiedsspruch — gleichgültig, ob er schon perfekt ist oder nicht — zur Vollstreckung zu bringen. **b)** **RG.** FrankfRundsch. **43** 107. Bei dem Einwande des Bürgen, daß laut Vereinbarung zwischen Hauptschuldner und Gläubiger ein Schiedsvertrag vorgesehen sei, ist zu unterscheiden, ob der Einwand im Sinne der prozeßhindernden Einrede des Schiedsvertrags oder im Sinne eines rein sachlichen Einwandes vorgebracht wird. Letzterer hat nach Art einer geminderten Vorausklage die Bedeutung, daß der Gläubiger gegen den Bürgen nicht vorgehen könne, bevor in dem vom Schiedsrichter zu entscheidenden Rechtsstreite zwischen Gläubiger und Hauptschuldner die Forderung des ersteren festgestellt sei. **c)** OLG. **19** 99 (Stuttgart). Die Einrede des Schiedsvertrags ist auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger zulässig, um so mehr demjenigen gegenüber, der nur formell im eigenen Namen klagt, sachlich aber das Recht des durch die Schiedsgerichtsvereinbarung gebundenen wahren Berechtigten geltend macht, z. B. dem Inkassoindossatar. **d)** **RG.** **71** 14, JW. **09** 278, R. **09** Ziff. 1550 in Bestätigung von MecklZ. **27** 374 (Rostock). Die Einrede des Schiedsvertrags kann auch gegenüber der Klage im Wechselprozesse geltend gemacht werden.

5. Ziff. 6. R. **09** Ziff. 865 (Naumburg). Die prozeßhindernde Einrede kann der Kläger nicht dadurch beseitigen, daß er die Kostenforderung des Beklagten mit der streitigen Klageforderung aufrechnet. Denn dies setzt voraus, daß die Klageforderung mindestens in Höhe des aufzurechnenden Betrags materiell begründet ist, und um dies festzustellen, müßte über die Hauptsache verhandelt werden.

§ 275. **RG.** V JDR. **7** § 275 Ziff. 3 jetzt auch ausführlicher SeuffA. **64** 480, GruchotsBeitr. **53** 1091 (Naumburg). Stellt sich die Zwischenentscheidung über die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht als ein auf Grund des § 275 erlassenes Urteil dar (obwohl es sich als solches bezeichnet), weil weder die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, noch abgesonderte Verhandlung angeordnet war, so kann die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs durch Revision gegen das Endurteil zur Entscheidung des RG. gebracht werden.

§ 282. *Kuß, SeuffBl. **09** 268. Wer Präklusion eines Rechtes behauptet, hat lediglich den leeren Fristablauf seit dem den Fristbeginn bezeichnenden Ereignisse zu beweisen. Wer Verjährung behauptet, hat obendrein zu beweisen, daß diese Frist durch das Bestehen des Rechtes ausgefüllt wird, was anzunehmen ist, wenn das Recht zu Beginn der Frist bereits bestand oder entsteht. Näheres s. JDR. **4** § 194 Ziff. 2 und AcivPr. **101** 448.

§ 286. 1. Beweismittel und sonst zulässige Erkenntnisquellen. **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 320. Streiten die Parteien über die Auslegung eines Testaments, so ist der Richter bei der Auslegung an das Parteivorbringen über die Auslegung nicht gebunden. **b)** Lüge im Prozesse. ElsLothJZ. **09** 513 (Colmar). Aus der festgestellten Unwahrhaftigkeit einer Partei können Schlüsse auf die Unwahrheit ihrer sonstigen, noch nicht zum Gegenstand einer Beweiserhebung gewordenen Behauptungen gezogen werden. — Vgl. oben vor § 1 Ziff. 5.

2. Ablehnung von Beweisanträgen **a)** zulässig: α. **RG.** JW. **1910** 68. Das Gericht darf die Erhebung von Beweisen für die Wahrheit einer von ihm als widerlegt angesehenen Behauptung nur dann ablehnen, wenn die Beweiserhebung, möge sie ausfallen, wie sie wolle, außerstande wäre, die Überzeugung des Gerichts zu ändern, eine Auffassung, die das Gericht eingehend zu begründen hat. Vgl. ferner β. **RG.** R. **09** Ziff. 1013, 1171, 3808. Ebenso γ. **RG.** R. **09** Ziff. 2142. Ablehnung zulässig, wenn durch die beantragte Vernehmung des Zeugen ein Gegenbeweis gegen eine bereits für erwiesen erachtete Tatsache nach den besonderen Umständen des Falles, insbesondere, weil der Zeuge am Ausgange des Rechtsstreits beteiligt erscheint, nach der Überzeugung des Gerichts nicht würde erbracht werden können. **b)** unzulässig: α. **RG.** LeipzZ. **09** 932, R. **09** Ziff. 3116. Die Nichtvernehmung eines vorgeschlagenen Zeugen mit der Begründung, daß nach den beiderseitigen Parteierklärungen zwischen ihnen erbitterte Feindschaft bestehe, so daß die Darstellung des Zeugen unter allen Umständen ungeeignet sei, eine Grundlage für die richterliche Überzeugung zu bilden, verletzt den § 286. Ob eine als Zeuge vorgeschlagene Person Glauben verdient, kann, von ganz besonders gearteten — hier nicht gegebenen — Fällen abgesehen, erst nach der Vernehmung mit Sicherheit ermessen werden. β. **RG.** JW. **09** 224 Ziff. 19, GruchotsBeitr. **53** 1106, R. **09** Ziff. 2141. Unzulässig ist die Ablehnung, wenn die nochmalige Vernehmung der im Vorprozesse vernommenen Zeugen an Ort und Stelle beantragt wird, lediglich mit dem Hinweis auf die früheren Aussagen. Der Beweisantritt ist selbständig zu prüfen und nicht deshalb unerheblich, weil nicht zu erwarten sei, daß die Zeugen jetzt anders aussagen würden, als sie in dem früheren Prozeß ausgesagt haben. Ebenso γ. **RG.** JW. **1910** 28.

3. Beweiswürdigung. **a)** **RG.** WarnE. **2** Ziff. 274. Für Klagetatsachen sowohl, wie für Einredetatsachen gilt der Satz, daß der Richter bei der Beurteilung, ob eine Tatsache als wahr anzunehmen sei, sich mit einer Wahrscheinlichkeit zu begnügen hat, welche einen hohen Grad von Bestimmtheit und Sicherheit erreicht; denn ein mathematisch sicherer und Zweifel irgendwelcher Art unter keinen Umständen übrig lassender Beweis ist selten oder nie möglich. Vgl. ebenso **b)** **RG.** BayRpflZ. **09** 90. **c)** **RG.** JW. **09** 308. Eine unzureichende Begründung arglistiger Täuschung liegt vor, wenn mit den Wendungen: „das mußte sich der Beklagte sagen", „von denen er annehmen mußte" und „denn ihm mußte klar sein" dem natürlichen Wortsinn entsprechend nur zum Ausdrucke gebracht sein soll: daß der Beklagte verpflichtet gewesen sei, sich das zu sagen, klar zu machen oder es anzunehmen und daß er es bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch angenommen, sich gesagt oder klar gemacht haben würde. **d)** **RG.** LeipzZ. **09** 470, R. **09** Ziff. 2299. Die Rüge mangelnder Begründung kann auf § 286 gestützt werden, darf aber nicht in ihrem praktischen Ziele auf das unzulässige Verlangen einer Nachprüfung der tatsächlichen Richtigkeit der Erwägungen des Berufungsrichters hinauslaufen. Die Revision ist keine Oberberufung.

4. Begründung. **RG.** JW. **09** 463. In der Bezugnahme auf die — beiden Teilen bekannten — Gründe eines in derselben Sache früher ergangenen Urteils ist ein prozeßrechtlicher Verstoß nicht zu finden.

§ 287. 1. Kausalzusammenhang. a) **RG.** JW. **09** 692. Wenn feststeht, daß der Kahn infolge des Zusammenstoßes gesunken ist, so kann von einer Unterbrechung oder Ausschließung der Kausalität keine Rede sein. Es steht vielmehr nur in Frage, ob bei den obwaltenden Umständen durch den Zusammenstoß ein Schaden entstanden ist. Zur Verurteilung ist daher die Überzeugung des Gerichts erforderlich, daß ein Schaden entstanden ist. Es widerstreitet aber dem Prinzipe des § 287, wenn der Schadensersatz deshalb zugesprochen wird, weil nicht mit Gewißheit festzustellen sei, daß der Kahn auch ohnehin verloren gegangen sein würde. b) **RG.** WarnE. **2** Ziff. 46. Nach strengen Beweisregeln hätte der Berufungsrichter dazu kommen müssen, auf Grund seiner Feststellungen den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Durchgehen des Pferdes und dem Unfalle des Klägers zunächst als dargetan zu erachten und den Gegenbeweis des Beklagten dafür zu fordern, daß dieser Zusammenhang im letzten Augenblicke durch das Eingreifen der Klägers wieder unterbrochen worden sei. Allein gemäß § 287 ist der Richter berechtigt, schon mit Rücksicht auf die naheliegende Möglichkeit, daß der Kläger den ihm widerfahrenen Unfall selber verursacht habe, die Schadensersatzpflicht des Tierhalters zu verneinen. c) **RG.** JW. **09** 670, PosMSchr. **09** 176, R. **09** Ziff. 3398. Das freie Ermessen des Gerichts erstreckt sich auch auf den ursächlichen Zusammenhang eines Schadens mit der die Grundlage des Anspruchs bildenden angeblich schädigenden Tatsache. Ist das Gericht deshalb zu der Annahme gekommen, daß in einer behaupteten Richtung ein Schaden entstanden ist, so kann es sich der Schätzung nur dann entschlagen, wenn es an jeder Unterlage für eine solche gebricht. Steht von verschiedenen denkbaren Ursachen die eine, behauptete, als Ursache fest, so widerspricht es dem § 287, den Schadensersatzanspruch lediglich mit dem Hinweis auf unbestimmte andere Möglichkeiten für die Entstehung des Schadens zu verneinen.

2. Höhe des Schadens. a) **RG.** JW. **09** 141, LeipzZ. **09** 314, R. **09** Ziff. 3117, BayRpflZ. **09** 131, SächsRpflA. **09** 138. Wenn sich das Berufungsgericht nach seiner Kenntnis der Übungen und Gewohnheiten in der Landbevölkerung der Gegend des Wohnsitzes des Klägers den Schluß zutraut, daß dieser von einem bestimmten Alter an von seiner Erwerbsfähigkeit keinen Gebrauch mehr gemacht haben würde (Gutsübertragung an den Sohn), so daß ihm von da ab auch ein Schaden infolge Minderung der Erwerbsfähigkeit nicht mehr entstanden sein würde, so begegnet die Entscheidung hinsichtlich der Altersgrenze für die zugesprochene Rente keinem Bedenken. — Strenger jedoch: b) **RG.** JW. **09** 665. Die Bestimmung einer Altersgrenze bezüglich der Erwerbsfähigkeit des Schadensersatzberechtigten darf der Richter nur unter Berücksichtigung der besonderen persönlichen Verhältnisse des Verletzten, insbesondere der gesundheitlichen und beruflichen Verhältnisse treffen. Die Annahme, daß Kläger ohne den Unfall bis zum 70. Lebensjahre voll erwerbsfähig geblieben sein würde, bedarf der Begründung. c) **RG.** JW. **10** 27. Das Gericht ist berechtigt, trotzdem der Beklagte die Festsetzung eines Endtermins beantragt hatte, nach freier Überzeugung eine Durchschnittsrente für die ganze Lebenszeit des Klägers zuzusprechen. d) **RG.** WarnE. **2** Ziff. 540. Wenn die Festsetzung der geforderten Entschädigung von der Partei dem richterlichen Ermessen unterstellt wird, so geht sie dabei doch selbstverständlich von der Annahme aus, daß das Gericht bei Ausübung seines Ermessens die nach dem Gesetze für die Leistung des Schadensersatzes maßgebenden materiell-rechtlichen Vorschriften zum Ausgangspunkt und zur Richtschnur nehmen werde, und wenn das nicht geschehen ist, muß auch eine unter § 287 fallende Entscheidung der Aufhebung unterliegen. e) **RG.** PosMSchr. **09** 176. Zeitliche Begrenzung der Unfallrente, wenn angenommen wird, daß die Unfallsfolgen bei sachgemäßer Lebensweise des noch jugendlichen Rentenempfängers und bei Anwendung der erforderlichen Energie in einigen Jahren beseitigt werden, ist zulässig.

3. **RG.** JDR. **7** § 287 Ziff. 11 jetzt auch FischersZ. **36** 313.

§ 288. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1552. Die Bezeichnung des Sachverhalts als „unstreitig" im Tatbestand enthält nicht die Feststellung eines Geständnisses, da auch möglich ist, daß die Tatsachen nur nicht ausdrücklich bestritten sind.

2. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 376, R. **09** Ziff. 2144. Das gerichtliche Geständnis setzt seinem Begriffe nach die positive Erklärung voraus, daß eine vom Gegner behauptete Tatsache eingeräumt werde. Ergibt sich aus dem Tatbestande nur, daß die betreffende Behauptung in erster Instanz unbestritten war, so steht dem anderen Teile das Recht zu, sie in zweiter Instanz zu bestreiten.

3. **RG.** JW. **09** 729. Kein Geständnis im Sinne dieser Vorschrift, wenn die angeblich zugestandene Tatsache vom Gegner gar nicht behauptet, ja sogar ausdrücklich bestritten worden ist. — Ebenso

4. **RG.** R. **09** Ziff. 3399.

§ 290. 1. **RG.** JW. **09** 463. Nicht jede in der Klage enthaltene Behauptung darf ohne weiteres zum Nachteile des Klägers als ein Geständnis desselben behandelt werden. Soll sie als bindendes Geständnis gelten, so muß seitens des Gegners in bestimmter Weise seine Übereinstimmung mit diesem Vorbringen erklärt sein.

2. DJZ. **09** 1154, R. **09** Ziff. 3118 (Jena). Zur Erbringung des Beweises, daß das Geständnis durch einen Irrtum veranlaßt sei, hätte die Klägerin äußere scheinbare Tatsachen anführen müssen, welche geeignet waren, den Irrtum bei ihr hervorzurufen. Die Behauptung, ihr erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter habe die Erklärungen des Gegners für wahr gehalten, ist nicht ausreichend.

§ 295. 1. BuschsZ. **39** 509 (Breslau). Von einem Verzichte kann keine Rede sein, wenn die Vertagung gerade deshalb erfolgte, weil der Beklagte sich nicht gleich entscheiden mochte.

2. Unverzichtbar. **a)** Die in JDR. **7** Ziff. 5 zu § 295 zit. Entsch. s. jetzt auch SeuffA. **64** 118. **b)** OLG. **19** 202 b, R. **09** Ziff. 3107 (Rostock). Der Mangel, daß das Urteil nach Eröffnung des Konkurses dem Prozeßbevollmächtigten des Gemeinschuldners zugestellt ist (§ 240), ist unverzichtbar.

§ 299. 1. SeuffA. **64** 371 (München). Die Frage, ob der Partei Abschriften aus als Hilfsakten zugezogenen Akten einer anderen Behörde zu erteilen sind, ist der eigenen Entschließung dieser Behörde vorzubehalten, wenn im gegebenen Falle Gründe des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen sind (z. B. bei Verwaltungsgerichtsakten).

2. OLG. **19** 101 i (Breslau). Für Parteien ist in der Regel ein Interesse an Erteilung von Abschriften aus den Prozeßakten zu vermuten. Diese Vermutung kann aber widerlegt werden.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Von besonderem theoretischen Interesse ist die Entscheidung des RG. über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft (§ 325 Ziff. 1); bemerkenswert sind die Reformvorschläge Wolffsons zu § 328 Ziff. 1 b.

Vor § 300. Vossen, Leo, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie **2** 121, Das Referentensystem im Zivilprozesse, bespricht das bei den Gerichten bestehende Referentensystem und hält es für einen großen Mißstand, daß den Parteivertretern das Urteilsvotum („Vorurteil") nicht vorher bekannt gegeben wird. Vgl. auch Lobe, GVG. Neunter Titel Ziff. I 3.

§ 300. 1. R. **09** Ziff. 1173 (Breslau) spricht sich für Stölzels Ansicht aus, wonach bei Eventualaufrechnung die Klage ohne Beweiserhebung abzuweisen ist und die Frage, ob es zur Aufrechnung gekommen ist, unentschieden gelassen und einem neuen Rechtsstreite vorbehalten wird. — Dagegen

2. R. **09** Ziff. 1790 (Hamburg) entscheidet sich für den Fall der Eventualaufrechnung prinzipiell gegen Stölzels Ansicht, macht jedoch eine Ausnahme, wenn der Beklagte erklärt, er erkenne die Klageforderung für den Fall und unter der Bedingung an, daß die Aufrechnung für berechtigt erkannt werde. Hierin liegt ein zulässiges, bedingtes Anerkenntnis der Klageforderung, und es ist daher, wenn die Gegenforderung begründet ist, dem Aufrechnungseinwand ohne weitere Feststellung der Klageforderung stattzugeben.

3. RheinZ. **1** 557 (560) (Colmar). Der Mangel einer Prozeßvoraussetzung kann im Laufe des Rechtsstreits bis zum Erlasse des Urteils durch Nachholung geheilt werden.

4. **RG.** JDR. **7** § 300 Ziff. 3 jetzt auch SeuffA. **64** 79.

§ 302. 1. OLG. **19** 102 (KG.). Der Zweck des § 302 erfordert, den Begriff des rechtlichen Zusammenhanges enger zu fassen, als dies für das materiell-rechtliche Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. geschieht, für welches schon ein wirtschaftlicher Zusammenhang genügt. Nach § 302 erscheint der Vorbehalt der Entscheidung nur dann als unzulässig, wenn Klage- und Gegenforderung aus demselben rechtlichen Verhältnisse stammen oder zueinander in einem Bedingungsverhältnisse stehen.

2. Abs. 3. HansGZ. **09** Beibl. 112 (Hamburg). Das Vorbehaltsurteil beendet nicht die Instanz. Das Nachverfahren ist daher nicht als besondere Instanz im Sinne der Gebührenordnungen (§ 78 GKG., § 26 RAO.) anzusehen.

3. Reform. Schleyer, DJZ. **09** 542, schlägt zur Vermeidung der Prozeßverschleppung de lege ferenda die Ausdehnung des § 302 auf den Fall vor, daß der Beklagte die Gegenforderung teils durch Aufrechnung, teils durch Widerklage geltend macht. — Hierzu Grünebaum, ebenda 759.

§ 303. 1. **RG.** JW. **1910** 68. Die Natur eines Rechtsbehelfs als eines Verteidigungsmittels des Beklagten wird dadurch nicht berührt, daß der Kläger das Bestreiten vorweggenommen und der Beklagte sodann den Einwand erhoben hat.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 325. Bei Klage und Widerklage auf Scheidung ist über die Berechtigung eines Klagegrundes Zwischenurteil möglich.

3. Zwischen- oder Teilurteil? **RG.** JW. **09** 729, R. **09** Ziff. 3590. Der über die Verpflichtung des Klägers zur Vorlegung von Urkunden entstandene Streit ist ein Zwischenstreit im Sinne von § 303, wenn auch der Beklagte sein Editionsbegehren nicht als „Antrag" (im Sinne der §§ 421, 424), sondern als „Widerklage" bezeichnet hat. Das Urteil ist daher ein Zwischenurteil, kein Teilurteil nach § 301. — Ebenso hatte OLG. München (OLG. **1910** 1 k) entschieden.

4. § 303 oder § 304? a) **RG.** JW. **1910** 68. Da das Urteil ein Zwischenurteil nach § 303 sein soll (die Verweisung lautet zwar infolge eines Schreibfehlers bloß „gemäß § 30 ZPO.", es ist jedoch zur Weiterverhandlung von Amts wegen Termin anberaumt worden) und da es sachlich keine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs enthält, sondern eine einzelne rechtliche Tatsache für unwirksam erklärt, so ist ein Rechtsmittel nicht zulässig. b) **RG.** JW. **09** 112, R. **09** Ziff. 708. Der Richter kann über sämtliche einzelne den Grund des Anspruchs betreffende Angriffs- und Verteidigungsmittel durch Zwischenurteil nach § 303 entscheiden, ohne den Grund selbst festzustellen, selbst wenn er dazu in der Lage ist, und kann sich ohne weiteres der Erörterung des Betrags zuwenden.

§ 304. 1. Streit nach Grund und Betrag. a) **RG.** JW. **09** 364 Ziff. 11, SeuffA. **64** 331, LeipzZ. **09** 546, R. **09** Ziff. 2013. Das Fehlen einer bezifferten Schadensangabe steht einer Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nicht im Wege. Streitig kann ein Betrag auch sein, wenn seine Summe noch erst vom Richter festgestellt werden soll. Die Rechtskraft tritt im ganzen

Umfange des erhobenen Anspruchs ein, also wenn der Betrag ins richterliche Ermessen verstellt ist (vgl. § 253 Ziff. 2), höchstens wie mindestens in dem Umfange, wie er vom Richter festgestellt wird. Es ist daher auch nicht wenigstens die Angabe eines Mindestbetrags erforderlich. **b)** **RG.** JW. **09** 318, R. **09** Ziff. 1699. Bei der allgemeinen Schadensfeststellungsklage, welche neben einer Leistungsklage mit beziffertem Betrag erhoben wird, ist ein den Grund des Anspruchs für gerechtfertigt erklärendes Zwischenurteil unzulässig, da ein Verfahren über den Betrag des Anspruchs an dem Streitstoffe vollständig fehlt. Ein solches unzulässiges Urteil führt zur Anwendung des § 539. **c)** **RG.** JW. **09** 394. Wenn der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, a) an ihn 783,95 M. zu zahlen, b) anzuerkennen, daß sie verpflichtet sind, ihm auch den weiteren durch den Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen, so kann nicht über den Grund vorabentschieden werden, weil der Kläger hinsichtlich des Antrags b einen Betrag, den er fordert, garnicht angegeben hat.

2. Reife zur Vorabentscheidung. **a)** α. **RG.** JW. **09** 316 Ziff. 16. Bei der Vorabentscheidung genügt es nicht, auf die §§ 843, 845 BGB. hinzuweisen und alles übrige dem Nachverfahren über den Betrag des Schadens zu überlassen. Korrekterweise ist festzustellen, daß der Verletzten bzw. dem im eigenen Namen wie auch als Zessionar klagenden Ehemann ein Schaden überhaupt und ein solcher erwachsen sei, der einen Rentenanspruch rechtfertigen kann. β. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1018. Es ist rechtsirrig, daß die Feststellung einer irgendwie gearteten Körperverletzung genüge, Ansprüche auf Schmerzensgeld, Entschädigung für entgangenen Erwerb, für Sachschaden, Heilungs- und Pflegekosten dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Es muß vielmehr feststehen, daß das schädigende Ereignis nach den einzelnen Richtungen hin diejenigen Folgen nach sich gezogen hat, welche das Gericht von dem Vorhandensein eines Schadens in jeder einzelnen Richtung überzeugen. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 710. Die abstrakte Möglichkeit einer späteren Beseitigung der Unfallfolgen durch Operation schließt die Feststellung der Ersatzpflicht dem Grunde nach nicht aus. **b)** Insbesondere einzelne Posten einer Schadensrechnung. α. **RG.** JW. **09** 357 Ziff. 1, R. **09** Ziff. 2147. Ist die festgestellte Körperverletzung derart, daß sie, für jedermann von vornherein klar erkennbar, Kurkosten und Schmerzen verursacht und die Erwerbstätigkeit des Verletzten beeinträchtigt haben muß, so bedarf es in dem Urteil über den Grund des auf Ausgleichung dieser verschiedenen Nachteile gehenden Anspruchs keiner ausdrücklichen Erwähnung dieser Folgen, ihre Feststellung liegt in der Feststellung der Verletzung selbst. Gilt hiernach als festgestellt, daß die Erwerbsfähigkeit des Verletzten beeinträchtigt ist, so ist auch der Grund der Ansprüche auf Ersatz wegen des angenommenen Hilfspersonals und auf Rente als Ersatz der geschäftlichen Mindereinnahmen festgestellt. Beide Ansprüche sind nur Posten in der Rechnung, die über die Nachteile aufgestellt wird. Ihre einheitliche Grundlage bildet die Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit. β. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1112 = JDR. **7** § 304 Ziff. 2 f γ. **c)** Zahlungseinwand. α. **RG.** LeipzZ. **09** 932. Darüber, ob bei Berücksichtigung der für die Ausgleichung des Kontos maßgebenden Rechnungsposten überhaupt eine Forderung des Klägers besteht, ist nicht erst in dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs zu entscheiden. Hat der Kläger überhaupt nichts zu fordern, so ist sein Anspruch schon dem Grunde nach hinfällig und deshalb kein Raum für das Zwischenurteil, die Klage vielmehr abzuweisen. β. **RG.** R. **09** Ziff. 1553 (Cöln). Da die Höhe des Schadens streitig war, konnte das Gericht Zwischenurteil erlassen, ohne zuvor auf die eingewandten Teilzahlungen einzugehen. Dem Anspruch auf Schadensersatz gegenüber lag in der Behauptung der Zahlungen nicht die Behauptung einer teilweisen Tilgung dieses Anspruchs, sondern nur die Geltendmachung

von Tatsachen, die bei Berechnung des Schadens mit heranzuziehen waren. — Jedoch: γ. **RG.** JW. **09** 225 Ziff. 20, R. **09** Ziff. 1554. Einer auf Schuldübernahme gestützten Klage gegenüber gehört die Behauptung auch nur von Teilzahlungen durch den ursprünglichen Schuldner zum Grunde des Anspruchs. **d)** Aufrechnung. α. PosMSchr. **09** 86 (Königsberg). In der Regel ist die Aufrechnungseinrede bei dem Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erledigen, selbst wenn die Gegenforderung geringer ist. Anders β. R. **09** Ziff. 3121 (Colmar), wenn die Klageforderung so hoch ist, daß sie durch die Gegenforderung auch nicht annähernd würde aufgezehrt werden. γ. SeuffA. **64** 121 (Bamberg). Entscheidungsreife der Vorabentscheidung liegt nicht vor, wenn die Aufrechnungseinrede nicht erledigt ist, insbesondere dann nicht, wenn eine höhere Gegenforderung entgegengesetzt wird, bei deren Bestehen der Klaganspruch als erloschen gilt (§ 389 BGB.). Wird trotzdem eine Vorabentscheidung erlassen, über die Aufrechnungseinrede aber nicht erkannt, (unter der Begründung, daß über den Grund einer Aufrechnungseinrede ein Zwischenurteil nach § 304 nicht ergehen könne), so liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor (§ 539). **e)** Mitwirkendes Verschulden. α. **RG.** R. **09** Ziff. 2473. Die Entscheidung darüber, ob der Schadensersatzanspruch auf Grund von § 254 BGB. ganz oder zum Teil zurückzuweisen sei, gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs, es kann daher, wenn dieser rechtskräftig uneingeschränkt für dem Grunde nach berechtigt erklärt worden ist, nicht nachträglich im Verfahren über den Betrag ein Teil des Anspruchs aus § 254 aberkannt werden. β. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 128. Die Frage des mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB.) ist auch dann im Nachverfahren zu erledigen, wenn das Grundurteil zwar einen bezüglichen Vorbehalt nicht enthält, letzterer aber aus den mit zur Auslegung heranzuziehenden Entscheidungsgründen sich ergibt. **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 3591. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts steht der Erlassung eines Zwischenurteils über den Grund nicht entgegen und ist erst beim Endurteile zu berücksichtigen. **g)** Insbesondere bei Schadensrenten. α. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 226. Wenn der Kläger die Zahlung einer Rente „bis auf weiteres" gefordert hat, so bedeutet dies, daß er die Ermittlung der zeitlichen Begrenzung des Schadens und demzufolge die Festsetzung der Dauer der Rente dem richterlichen Ermessen unterbreiten will, seinerseits aber eine lebenslängliche Rente nicht fordert. Die Dauer der Rente kann unter diesen Umständen im Nachverfahren über den Betrag des Anspruchs festgesetzt werden. β. **RG.** JW. **09** 225 Ziff. 21. Sofern feststeht, daß jedenfalls für einen Teil des in dem Klagantrage bezeichneten Zeitraums eine Unfallrente beansprucht werden kann, darf die zeitliche Begrenzung auch dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden; es muß dann aber dieser Vorbehalt in dem Zwischenurteil unzweideutig zum Ausdrucke gebracht werden, so z. B. gemäß § 844 Abs. 2 BGB., daß die Rente nur für die Zeit, in welcher der klägerische Erblasser während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens den Klägern zur Gewährung ihres Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde, zugesprochen wird. γ. **RG.** JW. **09** 665, LeipzZ. **09** 933. Die Feststellung einer Altersgrenze, bis zu der die als Schadensersatz zu leistende Rente zu zahlen ist, kann bereits in dem Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs getroffen werden. δ. **RG.** R. **09** Ziff. 3120. Klagen beide Eheleute zu Händen des Mannes auf Zahlung einer Rente wegen Körperverletzung der Frau, so kann die Feststellung, ob es sich um den Ersatz für Dienste handelt, die die Frau im Hause geleistet hat (dann ist der Mann berechtigt, § 845 BGB.) oder um Ersatz für den Erwerb, den sie durch Arbeit bei Dritten gehabt hat (dann gilt § 1367), dem Nachverfahren vorbehalten bleiben.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3813. Ist das Urteil über den Anspruchsgrund durch Eid bedingt und für den Schwurfall die Abweisung der negativen Feststellungswider-

klage ausgesprochen, so ist damit nur gesagt, daß auch die nicht eingeklagten künftigen Ansprüche dem Grunde nach feststehen.

4. **RG.** SächsRpflA. **09** 17. Wird die angefochtene klagabweisende Vorentscheidung dahin abgeändert, daß der Anspruch dem Grunde nach festgestellt wird, so ist auch über die Kosten des Rechtsmittels erst im Endurteile zu entscheiden.

§ 307. 1. *Weismann, BayRpflZ. **09** 217 ff. (219—221), hält (➠ im Gegensatze zu **RG. 67** 154. Red. ⟵) ein vom Klagegrunde losgelöstes Anerkenntnis des Anspruchs für unmöglich. Jedes Anerkenntnis schließt vielmehr das Zugeständnis des Klagegrundes in sich. Dieses Zugeständnis ist aber nur im Rahmen des Anerkenntnisses wirksam, nicht darüber hinaus. Das Anerkenntnis eines Teiles des Anspruchs wirkt daher nicht als Zugeständnis des Anspruchsgrundes im ganzen, nicht für den nicht anerkannten Teil. Ferner: erkennt der beklagte Erbe den Anspruch mit der Maßgabe an, daß er nur mit dem Nachlasse dafür hafte, so kann er, wenn er durch das Urteil erster Instanz für unbeschränkt haftbar erklärt ist, noch in der Berufungsinstanz den Klagegrund bestreiten, ohne durch seine Erklärung gebunden zu sein. (Freilich kann der beklagte Erbe auch den Klagegrund schlechthin zugestehen, unter Hinzufügung des selbständigen Einwandes, daß er für den an sich begründeten Anspruch nur mit dem Nachlasse hafte. Ob die Erklärung im einen oder anderen Sinne gemeint sei, ist quaestio facti.)

2. *Weismann, BayRpflZ. **09** 217 ff. (220). Es gibt ein antizipiertes Anerkenntnis, wie es ein antizipiertes Geständnis gibt (so, wenn der Beklagte anerkennt, schuldig zu sein, aber aus einem anderen als dem in der Klage geltend gemachten Grunde); ein solches Anerkenntnis kommt aber nur zur Wirkung, wenn der entsprechende Klaganspruch erhoben wird.

3. Liegt Anerkenntnis vor? a) *Weismann, BayRpflZ. **09** 217 ff. (220). Wenn der Beklagte den Klaganspruch an sich anerkennt, aber unter Geltendmachung beschränkter Haftung (insbesondere beschränkter Erbenhaftung), so ist das kein Anerkenntnis im Sinne des § 307 ZPO., falls der Klagantrag auf unbeschränkte Verurteilung geht; wohl aber wird jene Erklärung des Beklagten zum Anerkenntnisse, wenn der Kläger seinen Antrag in entsprechender Weise beschränkt. ➠ Vgl. **RG. 67** 154, welches auf anderem Wege zu demselben Ergebnisse kommt. Red. ⟵ b) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 697. Ist gegenüber der Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung der Mann lediglich zur Herausgabe des Eingebrachten bereit, so ist für ein Urteil gemäß § 307 nicht ohne weiteres Raum. Denn damit unterwirft sich der Mann nicht schlechthin und unbedingt dem konstitutiven Urteile des § 1418 Abs. 2 BGB. c) BuschsZ. **39** 511. (Cassel). Erkennt der Beklagte gegenüber der negativen Feststellungsklage an, daß er keine Forderung gegen den Kläger habe, da er sie nämlich abgetreten hat, so liegt kein Anerkenntnis im Sinne von § 307 vor. Denn den Anspruch des Klägers auf Feststellung hat er damit nicht anerkennen wollen.

4. *Reichel, Schuldmitübernahme 528, hält an seiner im ACivPr. **104** 83 ff. entwickelten Ansicht fest, wonach im Falle des Anerkenntnisses die Schlüssigkeit des Klagevorbringens unter keinen Umständen zu prüfen sei.

5. **RG.** SeuffBl. **09** 733. Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird durch ein Anerkenntnis und ein hierauf ergehendes Anerkenntnisurteil nicht gültig. Die Nichtigkeit kann trotz des Urteils geltend gemacht werden, allerdings nicht von dem Verurteilten (§ 767 ZPO.), wohl aber von einem Dritten, gegen den das Urteil nicht erlassen ist und der auch nicht Rechtsnachfolger des Verurteilten ist.

6. Kondiktion eines Prozeßanerkenntnisses. SächsRpflA. **09** 365 (LG. Leipzig) läßt, weil das prozessuale Anerkenntnis jedenfalls Willenserklärung sei, die Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB. zu und hält auch die Kondiktion

in analoger Anwendung von § 812 Abs. 2 BGB. für möglich. In ausführlicher Begründung wird dargelegt, daß § 812 Abs. 2 trotz des Wortlauts nicht auf das vertragsmäßige Anerkenntnis beschränkt sei, daß der Begriff der Prozeßhandlung nicht entgegenstehe, wie § 290 ZPO. zeige und daß auch praktische Bedenken nicht erhoben werden könnten, da dem Anerkennenden die volle Beweislast auferlegt werde und die Anfechtung nur so lange zustände, als bis Rechtskraft eingetreten sei. Bei der Durchführung der Kondiktion (§§ 812 oder 817) hat der Anerkennende zu beweisen, daß der Anspruch nicht bestand, weil, wenn er bestand, der Gegner nicht bereichert ist.

7. BadRpr. **09** 25 (Karlsruhe). Gründet sich die Entscheidung lediglich auf ein Anerkenntnis des Beklagten, so liegt ein Anerkenntnisurteil vor, wenn das Urteil auch als solches nicht bezeichnet, ein besonderer hierauf gerichteter Antrag nicht gestellt und die vorläufige Vollstreckbarkeit nur auf § 709 Ziff. 4, nicht auch auf § 708 Ziff. 1 gegründet ist.

§ 308. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 853 Ziff. 14. Das Gericht darf nicht statt antragsgemäß den Vertrag für nichtig, ihn in dem Sinne für unverbindlich erklären, daß dem Kläger nicht die sich aus § 142 ergebenden Rechte, sondern die davon wesentlich verschiedenen Befugnisse der §§ 326, 327, 346—356 BGB. zustehen sollen. Hiermit ist über einen anderen Anspruch nicht bloß über ein minus des beantragten Anspruchs erkannt.

2. BayRpflZ. **09** 304/5 (München). Klage auf Lieferung nach Wahl des Klägers statt des Beklagten und zu einem früheren Fälligkeitsdatum ist nicht auf ein plus, sondern auf ein aliud gerichtet. Denn, wenn das Umgekehrte richtig wäre, so müßte auf das minus unter Umständen auch ein Teilurteil mit Beweisbeschluß über die Berechtigung des weitergehenden Antragsteils möglich sein. Dies ist undenkbar, wenn man erwägt, wie das Teilurteil rechtskräftig werden soll, ohne doch dem späteren Schlußurteile vorzugreifen.

§ 310. Nachholung unterbliebener Verkündung durch Berichtigung? S. unten zu § 319 Ziff. 3.

§ 313. 1. Abs. 1 Ziff. 1. Berichtigung einer Parteibezeichnung, die auf einem Irrtume der Partei beruht, s. unten zu § 319 Ziff. 2.

2. Abs. 1 Ziff. 3. **a) RG.** JW. **09** 418 hebt wegen mangelhaften Tatbestandes auf, weil das KG. ganz allgemein auf die Schriftsätze verweist und auf das erste Urteil Bezug nimmt, welches trotz eines ausführlichen Tatbestandes wiederum auf den Inhalt der Schriftsätze erster Instanz verweist. Denn die Bezugnahme ist nur unter der Voraussetzung zulässig, daß keine Unklarheit entsteht, welche Tatsachen und welche Beweismittel vorgetragen sind. **b) RG. 71** 131, JW. **09** 364, R. **09** Ziff. 1794 hebt auf, weil die Sachdarstellung des Berufungsurteils ein Aktenauszug ist, der sich aus einer Menge von Einzelbehauptungen zusammensetzt, die lose aneinandergereiht und zueinander nicht in Zusammenhang gesetzt sind und daneben zu den einzelnen Nummern in umfangreicher Weise auf den Inhalt der Schriftsätze verweist. — Ebenso **c) RG.** JW. **1910** 28. **d) RG.** LeipzZ. **09** 933. Durch die Bezugnahme im Tatbestand auf den Tatbestand des Zwischenurteils wird der — nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftbare — Beweis erbracht, daß der ganze Tatbestand des Zwischenurteils einschließlich der darin enthaltenen Anträge von den Parteien mündlich vorgetragen ist.

3. Abs. 1 Ziff. 4. Bezugnahme auf die Gründe eines früheren Urteils in derselben Sache s. zu § 286.

4. Abs. 3 Nov. Gaupp-Stein, Novelle § 313 Bem. III. Um ein Urteil in abgekürzter Form zu erhalten, ist Einreichung einer beglaubigten Abschrift der Klage bei Gericht erforderlich.

§ 317. Abs. 4 Nov. Gaupp-Stein Novelle § 317 Bem. III 1 a. Gemeint ist der Prozeßbevollmächtigte des Klägers („Rechtsanwalt").

§ 319. 1. a) ThürBl. **56** 237 (Jena). Die Berichtigung eines Schiedsspruchs, dem ein äußerlicher Mangel der im § 319 bezeichneten Art (z. B. Berichtigung des Rubrums) anhaftet, ist in analoger Anwendung des § 319 zulässig. — Anders b) PosMSchr. **09** 134 (Königsberg). Die §§ 319, 320 finden auf das schiedsrichterliche Verfahren keine Anwendung. Es ist ein neuer Schiedsspruch nötig.

2. SeuffA. **64** 481, OLG. **19** 104, HansGZ. **09** Beibl. 177, R. **09** Ziff. 1349 (Hamburg). § 319 ist auch auf den Fall anzuwenden, daß es sich um einen Irrtum der Partei in den Angaben der Schriftsätze handelt, den infolgedessen das Gericht in den Angaben im Urteile wiederholt hat, z. B. bei irrtümlicher Bezeichnung der verurteilten Partei. Vgl. Schultzenstein, BuschsZ. **15** 75, OLG. **9** 103, 105.

3. OLG. **19** 105 (KG.). Die unterbliebene Verkündung der Entscheidung über die Widerklage kann nicht durch Berichtigung nachgeholt werden, da § 319 Unrichtigkeiten in einem erlassenen Urteile voraussetzt.

§ 320. 1. Roth, BuschsZ. **38** 469 ff. Die Merkmale, die in dem eigenartigen Aufbaue des Berichtigungsverfahrens zum Ausdrucke kommen, lassen nach den allgemeinen Grundsätzen der Zivilprozeßordnung die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit in dem Berichtigungsverfahren nicht zu.

2. **RG.** LeipzZ. **1910** 77. Ablehnung der Tatbestandsberichtigung wegen Unerheblichkeit des Vorbringens ist unzulässig.

§ 321. 1. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 254. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rechtsmittels sind für das Ergänzungsurteil selbständig und unabhängig von dem Hauptturteile zu prüfen, so z. B. hinsichtlich des Wertes des Beschwerdegegenstandes. — Dagegen hinsichtlich eines nur über Kosten ergangenen Ergänzungsurteils s. zu § 99 Ziff. I 2.

2. Revisionssumme s. zu § 546.

§ 322. 1. Wesen der Rechtskraft. a) Goldschmidt, DJZ. **09** 1132, vergleicht die das materielle Strafrecht durch Ausübung tilgende Funktion des bejahenden Strafurteils mit der das Klagerecht durch Befriedigung tilgenden Funktion des bejahenden Zivilurteils und die hieraus folgende Unzulässigkeit einer Wiederholung der erfolgreichen Klage. b) *Hamburger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten (Berlin, Ebering) 65. Die Rechtskraft hat lediglich prozessuale Bedeutung: sie bedeutet Bindung des zweiten Richters und demzufolge Unbestreitbarkeit inter partes. Sie schafft weder ein privates noch ein prozessuales subjektives Recht. Ein Verzicht auf die Rechtskraftwirkung ist wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Rechtskraft weder vor noch nach Erlaß des Urteils möglich (73). c) **RG. 71** 199, JW. **09** 419, FrankfRundsch. **43** 59 s. unten zu § 325 Ziff. 1.

2. Feststellung der Rechtskraft bei Widerspruch zwischen Tenor und Gründen. OLG. **19** 106 ff. (Bamberg). Ein unklarer, unbestimmter oder lückenhafter Tenor kann durch Auslegung aus den Gründen ergänzt werden. Dagegen kann ein klarer und vollständiger Tenor nicht durch Heranziehung der Gründe widerlegt und geändert werden. Ist also der Klaganspruch im ganzen für begründet erklärt worden, so ist eine einschränkende Bemerkung in den Gründen bedeutungslos.

3. Rechtskraftwirkung, a) Im Wechselprozesse. *Adler, GoldschmidtsZ. **65** 228. Das im Wechselprozeß ergangene Urteil kann nicht auch hinsichtlich der dem Wechsel zugrunde liegenden Kausalforderung Rechtskraftwirkung äußern. AM. Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen 145.

b) Bei Abweisung auf Grund von Aufrechnung. **RG. 70** 158, DJZ. **09** 323. Das Urteil, welches die Klage auf Grund einer eventuell zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung abweist, enthält die Entscheidung, daß die Klageforderung nicht besteht; aus welchem Grunde diese Entscheidung getroffen ist, ist jedenfalls für diese Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Klageforderung ohne Belang. **c)** Bei unzulässiger Klagänderung. **RG.** R. **09** Ziff. 1168. Liegt eine unzulässige Klagänderung vor, so ist die trotzdem über den neuen Anspruch getroffene Entscheidung der Rechtskraft nicht fähig. **d)** Bei Abweisung der Interventionsklage. **RG. 70** 25. Durch rechtskräftige Abweisung der Interventionsklage wird nicht das Nichteigentum des Klägers, sondern nur die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung festgestellt. Das als die Veräußerung hindernd geltend gemachte Recht ist — analog wie das Eigentum bzw. die Kapitalschuld bei der actio confessoria bzw. der Zinsklage — nur ein Entscheidungsgrund, nicht der Gegenstand des Anspruchs. **e)** Bei Abweisung der negativen Feststellungsklage. α. **RG.** R. **09** Ziff. 3815. Wird das Bestehen eines Anspruchs durch Abweisung der negativen Feststellungsklage rechtskräftig festgestellt, so ist der Anspruch dem Beklagten endgültig zuerkannt. Die Gründe, auf denen die Zuerkennung beruht, nehmen jedoch an der Rechtskraft nicht teil. Selbst wenn daher die Entscheidung nur darauf gestützt war, daß das Rechtsgeschäft, aus dem der Anspruch hergeleitet wurde, kein Scheingeschäft, sondern vollwirksam sei, darf dennoch der unterlegene Kläger das Bestehen des Anspruchs nicht nochmals durch die neue Behauptung in Frage stellen, der Anspruch sei durch einen vor Erlaß des Urteils eingetretenen Tilgungsakt erloschen. β. **RG. 71** 432, 436, JW. **09** 683/4 Ziff. 2, R. **09** Ziff. 3403. Darüber, ob die Abweisung der negativen Feststellungsklage das Bestehen des Anspruchs rechtskräftig feststellt, entscheiden die Gründe der Abweisung. Wird die verneinende Feststellung abgelehnt, weil die entgegengesetzte positive Feststellung als gerechtfertigt erachtet wird, so hat das abweisende Urteil die Bedeutung dieser positiven Feststellung. Wird dagegen die Klage auf Feststellung, daß Kläger den Kaufpreis nicht verschulde, abgewiesen, weil der Kläger, solange er die Kaufsache nicht zurückgeben will, arglistig handelt, so hat das Urteil nicht die Wirkung, dem Beklagten einen Anspruch auf den Kaufpreis zu verleihen. **f)** **RG.** R. **09** Ziff. 3122. Ist aus demselben Mietvertrag in zwei gesonderten Klagen auf Herstellung bestimmter Einrichtungen in der Mietwohnung und auf Schadensersatz wegen Mängel der letzteren geklagt, so macht das Urteil in dem ersten Prozesse keine Rechtskraft hinsichtlich des anderen. **g)** SächsRpflA. **09** 546 (Dresden). Hat im Vorprozesse der Verkäufer ein obsiegendes rechtskräftiges Urteil auf Zahlung des Kaufpreises unter Zurückweisung der Einreden des Käufers erstritten, so steht der Klage des Käufers auf Rückzahlung des inzwischen — angeblich ohne Rechtsgrund — berichtigten Kaufpreises die Einrede der Rechtskraft entgegen. Diese gründet sich nicht darauf, daß im Vorprozesse die Einwendungen rechtskräftig verworfen seien, sondern auf die Feststellung des Zahlungsanspruchs. **h)** RheinA. **106** I 46 (Cöln). Die rechtskräftige Verurteilung zur Vertragserfüllung steht einer späteren Resiliationsklage (Art. 1184 Code civil, konstitutive Auflösung des Vertrags) nicht entgegen, sicherlich dann nicht, wenn die Resiliationsgründe im Vorprozesse nicht bekannt waren.

4. Ausbeutung der Rechtskraft. **a)** Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, s. oben vor § 1 Ziff. 5 d (letzter Satz). **b)** KGBl. **09** 82 (LG. I Berlin). Nicht gegen die guten Sitten verstößt der Beklagte, welcher im Vorprozesse ein mangels Einspruchs rechtkräftig gewordenes Versäumnisurteil erstritten hat und jetzt diesen Einwand erhebt. Daß der Kläger den Einspruch möglicherweise aus Unkenntnis der rechtlichen Folgen nicht eingelegt hat, ändert die Rechtslage nicht.

§ 323. 1. § 323 und § 767. **a)** *Oppermann, BuschsZ. **38** 445—460. Voraussetzung der Änderungsklage nach § 323 ist Wegfall einer Existenzvoraussetzung des Anspruchs (z. B. der Bedürftigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit des Unterhalts- oder Schadensersatzberechtigten) oder Eintritt von Veränderungen, die auf Höhe und Dauer der Leistungen von Einfluß sind. Dagegen nicht der nachträgliche Eintritt solcher Tatsachen, die den Anspruch tilgen oder seiner augenblicklichen Durchführung entgegenstehen (Erfüllung, Verzicht, Stundung); solche Tatsachen sind auch gegenüber der rechtskräftigen Entscheidung wirksam und jederzeit mit negativer Feststellungsklage geltend zu machen. Nur in der Vollstreckungsinstanz bedarf es hier eines besonderen Rechtsbehelfs, weil die Existenzbedingungen des Vollstreckungsanspruchs unabhängig sind von denen des materiellen Anspruchs: dies ist die Vollstreckungsgegenklage des § 767, deren Voraussetzungen also scharf zu scheiden sind von denen der Änderungsklage. Ebenso liegt der Zweck beider Klagen auf verschiedenen Gebieten: die Vollstreckungsgegenklage richtet sich auf Einschränkung oder Aufhebung formell zu Recht ergangener Vollstreckungsmaßregeln — die Änderungsklage will Rechtskraftwirkungen aufheben. Hiernach ist abzulehnen die besonders von Gaupp-Stein vertretene Ansicht, daß beide Klagen ihrem Zwecke nach identisch seien und unter Umständen konkurrieren könnten. Abgelehnt wird auch die Auffassung der Klage bei Schwartz, Billigkeitsurteil 105 ff. **b)** BadRpr. **09** 187 (Karlsruhe). Die beiden miteinander konkurrierenden Rechtsgestaltungsklagen aus § 323 und § 767 unterscheiden sich dadurch, daß die Änderungsklage Herabsetzung der Rente nur für die Zeit nach Erhebung der Klage verlangt, die Vollstreckungsgegenklage dagegen die Änderung auch für die Vergangenheit mit rückwirkender Kraft bezweckt. Auch wendet sich letztere nicht gegen das Urteil, sondern gegen die Vollstreckung. Welche Klage vorliegt, richtet sich nach dem Inhalte des Antrags. — Über den Unterschied s. auch **c)** BadRpr. **09** 73 (Karlsruhe). **d)** HansGZ. **09** Beibl. 217, R. **09** Ziff. 1559 (Hamburg). Eine Herabsetzung der Rente zugunsten des Verurteilten wegen Veränderung der Verhältnisse kann nur auf Grund einer Klage gemäß § 323 erreicht werden. Die Klage aus § 767 ist hierfür nicht gegeben, da eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Anspruch, von denen allein § 767 handelt, für diesen Fall nicht existiert, vielmehr § 323, also eine Vorschrift der ZPO., die einzige Grundlage bietet. Es erscheint aber nicht zulässig, einen durch eine prozeßrechtliche Spezialvorschrift gegebenen Rechtsbehelf nicht auf dem für ihn vorgeschriebenen Wege, sondern mittels einer ganz anderen prozeßrechtlichen Klage geltend zu machen.

2. **RG.** JW. **09** 194, R. **09** Ziff. 1015. Bei der Nachprüfung der früheren Entscheidung im Nachprozesse kommt es allein darauf an, welche Umstände früher für die Bestimmung des Betrags als maßgebend angesehen sind und welche Änderung in diesen Umständen eingetreten ist. Auf dieser durch Auslegung des früheren Urteils festzustellenden Grundlage hat alsdann eine neue Abmessung der Entschädigung zu erfolgen. Durch die Rechtskraft des früheren Urteils ist es aber ausgeschlossen, die Frage aufzuwerfen, ob einem früher als maßgebend angesehenen Umstande mit Recht diese Bedeutung beigelegt worden ist.

3. **RG.** JW. **09** 686/87 Ziff. 10. Soweit als diejenige künftige Gestaltung der Sachlage, welche ohne Dazwischenkommen des die Schadensersatzpflicht begründenden Ereignisses normalerweise eingetreten sein würde, sich schon jetzt übersehen und bestimmen läßt, darf der Ersatzpflichtige hiermit nicht auf den Weg des § 323 verwiesen werden.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 3404. Die Beweislast für die den Änderungsanspruch begründenden Tatsachen hat der Kläger.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2677 in Bestätigung des OLG. Cöln JDR. **7** § 323 Ziff. 16. Die Bestimmung ist auf Urteile, die vor 1879 erlassen sind, nicht anwendbar.

6. a) HansGZ. **09** Beibl. 288 (Hamburg). Eine einstweilige Verfügung zwecks Ermäßigung der zu zahlenden Beträge für die Dauer des gemäß § 323 erhobenen Prozesses ist — wenn die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen — zulässig. — Ebenso **b)** BadRpr. **09** 73 (Karlsruhe).

7. **RG.** R. **09** Ziff. 2678. Bei dem Anspruch auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge wegen Verfehlungen des Berechtigten gemäß § 1611 Abs. 2 BGB. sind auch solche früheren Tatsachen zu berücksichtigen, welche nicht mehr als selbständige Klagegründe, sondern gemäß § 1573 nur zur Unterstützung neuer Verfehlungen geltend gemacht werden können. Auch wenn in einem solchen Falle das Scheidungsrecht nur deshalb begründet ist, weil die früheren Verfehlungen als unterstützende Umstände mit ins Gewicht fielen, handelt es sich doch um eine nachfolgende wesentliche Veränderung der maßgebenden Verhältnisse.

§ 325. 1. Subjektive Beschränkung der Rechtskraft. **RG. 71** 199, JW. **09** 419, FrankfRundsch. **43** 59. Wird die Feststellung, daß bei einem der Kontrahenten ein Nichtigkeitsgrund bestehe, nicht allen Kontrahenten gegenüber wie in den Fällen des **RG. 59** 174 und **62** 184, sondern nur dem betreffenden Kontrahenten gegenüber getroffen, so steht dem anderen Kontrahenten gegenüber von einer Nichtigkeit des Vertrags nichts fest. Eine Vorschrift, die eine Erstreckung der Rechtskraft anordnet, fehlt für diesen Fall. Hierfür ist es gleichgültig, wie die subjektive Beschränkung der Rechtskraft näher gedacht werden muß, sei es, daß ihr nach Hellwig, Gaupp-Stein u. a. lediglich prozessuale Wirkungen zukommt, sei es, daß mit Wach, Mendelssohn-Bartholdy, Kohler und Pagenstecher das Urteil als materiell-rechtlicher Kausalvorgang aufzufassen ist, so daß der unrichtig erkannte Anspruch entsteht, der unrichtig abgewiesene erlischt. Denn auch nach dieser Lehre steht gegenüber dem anderen Kontrahenten nur fest, daß das Vertragsverhältnis seit der formellen Rechtskraft des Urteils zu existieren aufgehört hat, nicht aber, daß es infolge der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen sei.

2. Schuldübernahme. **a)** *Reichel, Schuldmitübernahme 533 ff. Die gegen den Urschuldner ergangene Rechtskraft schadet dem kumulativen Schuldübernehmer (Mitübernehmer) im Zweifel nicht. Denn Mitübernahme ist nicht Schuldnachfolge, und Schuldnachfolge ist nicht Rechtsnachfolge. Auch eine stillschweigende (rechtsgeschäftliche) Unterwerfung des Mitübernehmers unter die gegen den Urschuldner erflossene Rechtskraft ist nicht zu vermuten. Unbehelflich ist auch der Hinweis auf die Analogie des Bürgschaftsrechts: denn auch dem Bürgen schadet die gegen den Hauptschuldner erwachsene Rechtskraft nicht (arg. § 767 Abs. 1 Satz 3). Die für den Urschuldner erwachsene Rechtskraft kommt dem Mitübernehmer nur dann zustatten, wenn sie ergangen ist, bevor die Mitübernahme erfolgte. Ergeht sie später, so nützt sie im Zweifel dem Mitübernehmer nicht. Der Hinweis auf den Bürgen (dem Bürgen kommt sie jedenfalls zustatten) verschlägt hier nichts, denn der Mitübernehmer verschuldet nicht, wie der Bürge, akzessorisch, vielmehr vom Zeitpunkte der Mitübernahme ab selbständig. **b)** HansGZ. **09** Hauptbl. 183 (Hamburg). Weder der kumulative, noch der privative Schuldübernehmer sind Rechtsnachfolger im Sinne von § 325.

3. **RG.** JW. **09** 419, LeipzZ. **09** 77 Ziff. 18. Das gegen den Schuldner ergangene Urteil macht keine Rechtskraft gegen den Bürgen. Die Vorschrift des § 767 Abs. 1 BGB. greift hiergegen nicht durch und der Grundsatz des § 768 BGB. ist nur für, nicht gegen den Bürgen zu verwerten.

4. Ein Fall der Rechtsnachfolge gemäß § 266 s. oben zu § 266 Ziff. 2.

5. Abs. 3 Satz 2. OLG. **19** 192 l, HansGZ. **09** Beibl. 291, R. **09** Ziff. 3113 (Hamburg). Der Ersteher des Grundstücks, welcher als Rechtsnachfolger gemäß § 266 verpflichtet ist, einen anhängigen Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen,

kann sich nicht darauf berufen, daß Kläger den Rechtsstreit im Zwangsversteigerungsverfahren nicht angemeldet habe. Denn diese Vorschrift trifft nicht zu, wenn die Rechtskraft des Urteils noch gar nicht eingetreten ist.

§ 328. 1. Reform. a) Sperl, Die Vollstreckungsrechtshilfe zwischen Österreich und Deutschland, Wien 1909 (auch ÖstAGZ. **09** Ziff. 47—52), erörtert die Gesichtspunkte, welche für einen deutsch-österreichischen Staatsvertrag über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen maßgebend sein sollen. Vgl. hierzu das Referat von Sperl, DNotV. **09** 445, ferner Hachenburg, Die Wiener Rechtshilfekonferenz (Referat), JW. **1910** 101. b) Wolffson, RheinZ. **2** 187, schlägt vor, ausländische Urteile nur dann anzuerkennen, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist. Der bisherige Rechtszustand führt nach seiner Meinung zu einer großen Schädigung der deutschen Interessen. Denn ausländische, im Gerichtsstande des Vermögens erlassene Urteile werden in Deutschland nicht nur dann anerkannt, wenn der Beklagte keinen Wohnsitz im Auslande hat, sondern auch dann, wenn er an einem anderen Orte desselben ausländischen Staates einen Wohnsitz hat, obwohl in diesem Falle das Gericht nach deutschem Rechte unzuständig ist. So räumt das deutsche Gesetz den ausländischen Gerichten über den deutschen eine weit größere Macht ein, als es den deutschen Gerichten über Deutsche gibt.

2. Abs. 1 Ziff. 2. OLG. Breslau, JDR. **7** § 328 Ziff. 3 c jetzt auch Breslau AK. **09** 12.

3. Abs. 1 Ziff. 4. a) **RG.** JW. **09** 730, R. **09** Ziff. 3818, 3819. Das Gesetz hat nur den Fall im Auge, daß der Inhalt des ausländischen Urteils nach dem diesem zugrunde gelegten Tatbestande einen Verstoß gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes aufweist. Dagegen sind die tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen die Feststellung bezüglich des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses in dem ausländischen Urteile beruht, der Nachprüfung entzogen (Hellwig, Zivilprozeßrecht I 136 Note 30). Bei einem Versäumnisurteile nun ist durch den vorgetragenen und für wahr angenommenen Sachverhalt die tatsächliche Grundlage gegeben, die nach eingetretener formeller Rechtskraft des Urteils auch für den deutschen Richter maßgebend bleibt. Es kann dem aus § 722 belangten Schuldner nicht gestattet werden, gegenüber dem rechtskräftigen Versäumnisurteile nunmehr die im Hauptprozeß unterlassene Verteidigung gleichsam wie in einem Einspruchsverfahren nachzuholen und darzutun, daß der Anspruch auf einem nach deutscher Rechtsauffassung unsittlichen Grunde beruhe. b) OLG. **19** 106 q (KG.). Die Anerkennung eines nordamerikanischen Ehescheidungsurteils verstößt gegen den Zweck der deutschen, das Scheidungsverfahren regelnden Gesetze (Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, Einschränkung der Verhandlungsmaxime usw.).

4. Abs. 1 Ziff. 5. a) OLG. **19** 106 q (KG.). In Nordamerika ist die Gegenseitigkeit in bezug auf Ehescheidungsurteile nicht verbürgt. Denn dies ist unbedenklich nur bei den Vertragsstaaten des Haager Abkommens v. 12. Juni 1902 anzunehmen, zu denen Nordamerika nicht gehört. b) Verbürgung der Gegenseitigkeit in Kalifornien. **RG.** **70** 434, JW. **09** 278, RheinZ. **2** 77, DJZ. **09** 713, LeipzZ. **09** 393, R. **09** Ziff. 1351 in Bestätigung des OLG. Colmar (JDR. **7** § 328 Ziff. 5 b ζ). In bezug auf Kalifornien ist die Gegenseitigkeit nicht verbürgt, auch nicht nach der auf dem Gesetze vom 11. März 1907 beruhenden Neufassung des § 1915 der kalifornischen ZPO. Denn nach letzterer liegt dem kalifornischen Richter eine dem deutschen Rechte fremde Prüfung der Rechtmäßigkeit der ausländischen Entscheidung ob; sodann können gegen kalifornische, wie ausländische rechtskräftige Urteile im Equity-Verfahren über die deutschen Restitutionsgründe weit hinausgehende Anfechtungsgründe in der Sache selbst und mit dem Ziele anderweiter materieller Entscheidung geltend gemacht werden.

§ 329. 1. HansGZ. **09** Beibl. 24 (Naumburg). Zu dem neuen Verhandlungstermine, der nach Beendigung der Beweisaufnahme vom Vorsitzenden anberaumt wird, ist Parteiladung nicht erforderlich, da die betr. Verfügung des Vorsitzenden von Amts wegen zuzustellen ist.

2. BraunschwZ. **09** 85 (Braunschweig). Ein entgegen § 329 nicht verkündeter, aber von Amts wegen zugestellter Beschluß ist zwar nicht rechtsbeständig, kann aber nicht ignoriert werden. Die Partei kann seine Beseitigung durch gerichtliche Verfügung verlangen, entweder durch Widerruf und Einziehung der Ausfertigungen oder durch Aufhebung im Beschwerdewege.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§§ 330 ff. *Löhning, Die Voraussetzungen des Versäumnisverfahrens. Das Versäumnisurteil — abgesehen vom Versäumniszwischenurteile des § 347 Abs. 2 ZPO. — ist stets Sachurteil, niemals Prozeßurteil. Das Gericht hat, bevor es ein Versäumnisurteil erläßt, stets erst zu prüfen, ob die absoluten Prozeßvoraussetzungen der Sachverhandlung und Sachentscheidung gegeben sind. Fehlt es für deren Vorhandensein an irgendeinem Nachweis, und kann diesen die erschienene Partei nicht erbringen, so ist der Antrag auf Versäumnisurteil zurückzuweisen. Ist dagegen der Mangel zweifelsfrei festgestellt, so hat das Gericht es nicht bei der Ablehnung des Versäumnisurteils bewenden zu lassen, sondern die Klage wegen dieses Mangels ab instantia abzuweisen. Dieses Urteil ist unter allen Umständen ein kontradiktorisches, gestützt nicht auf die Totalversäumnis einer Partei, sondern auf die von dieser unabhängige Offizialprüfung. Dabei ist es gleichgültig, welche von den Parteien, ob der Kläger oder die Beklagte säumig ist. Was für die I. Instanz von den allgemeinen Prozeßvoraussetzungen gilt, das gilt für die Rechtsmittelinstanzen von deren besonderen Existenzbedingungen. An Stelle der absolutio ab instantia tritt hier die Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig.

§ 330. ElsLothJZ. **09** 561 (Colmar). Ein formeller Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils ist nicht erforderlich; es genügt der erkennbare Wille der Partei, daß nötigenfalls ein Versäumnisurteil erlassen werde. (So genügte es dem OLG., daß die Klägerin und Berufungsbeklagte den Gegner zur mündlichen Verhandlung unter Mitteilung des Antrags geladen hatte, den Beklagten, da er die Berufung zurückgezogen, sich aber geweigert habe, die Kosten zu zahlen, in diese zu verurteilen (§ 515 Abs. 3) und daß die Klägerin seine ordnungsmäßige Ladung zum Termine dargelegt hatte.)

§ 331. 1. Carl, DJZ. **09** 1381 ff. Gegen den nicht erschienenen Beklagten, der kurz vor der Sitzung den Prozeßrichter wegen Befangenheit ablehnt, kann Versäumnisurteil erlassen werden.

2. OLG. **19** 92 c (KG.). Nachdem zu Protokoll festgestellt war, daß für den Kläger niemand, der Beklagte in Person erschienen sei, war der Termin erledigt. Es durfte daher, als der Kläger 2 Stunden später erschien, kein VU. gegen den Beklagten ergehen, zumal nach dem Zusatzprotokolle die Sache jetzt nicht noch einmal aufgerufen wurde.

3. *Hörle, ZBlFG. **9** 715. Ist in der Klageschrift die Annahme der Erbschaft nicht behauptet, so darf gegen den nicht erschienenen Erben kein Versäumnisurteil ergehen. Dasselbe gilt für die Aufnahme des Prozesses, vgl. o. zu § 239 Ziff. 2.

4. Wechselversäumnisverfahren s. u. zu § 605.

5. WürttJ. **21** 194 (Stuttgart). Erklärt der Kläger zur Begründung seines auf Kostenversäumnisurteil gerichteten Antrags, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, so ist letzteres als zugestanden anzunehmen und das Kosten-

urteil zu erlassen, weil der Beklagte, wenn jene Erledigung nicht eingetreten wäre, unterlegen wäre. Ob der Beklagte aus der Art, in der die Erledigung erfolgt ist, einen Einwand gegen seine Verpflichtung zur Kostentragung hätte ableiten können, kommt bei seinem Nichterscheinen nicht in Betracht. — Vgl. JDR. 7 § 331 Ziff. 1.

§ 333. Hartmann, DJZ. **09** 430. Das Stellen von Anträgen gehört nicht unbedingt zum Begriffe des Verhandelns. Es genügt z. B., daß der Beklagte dem klägerischen Vorbringen widerspricht.

§ 335. 1. Abs. 1 Ziff. 1. SeuffBl. **09** 475 (München). Zurückweisung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils statt Klagabweisung gemäß § 597 Abs. 2 (z. B. im Falle der Entscheidung unten zu § 593) beschwert den Kläger nicht.

2. Abs. 1 Ziff. 2. OLG. **19** 108 r (München). Wenn die Klagerweiterung vor dem ersten Verhandlungstermine durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, sind an diesen dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Klageschrift: Ladung und Aufforderung nach § 215, nur fällt natürlich die Einreichung zur Terminsbestimmung fort. Nur bei Zustellung der Klage und des Nachtrags im gleichen Zustellungsvorgange — nicht auch bei bloß gleichzeitiger Zustellung — könnte in Frage kommen, ob nicht eine Zustellung eines Schriftstücks in zwei Teilen vorliegt, so daß die Ladung in der Klage genügen würde.

§ 342. **RG.** JW. **09** 419 Ziff. 24. Die Wirkung, daß infolge des Einspruchs der Rechtsstreit in die frühere Lage zurückversetzt wird, tritt durch die ordnungsmäßige Einlegung des Einspruchs von selbst ein und ist nicht erst an einen Ausspruch des Gerichts hierüber geknüpft. Unter der Voraussetzung, daß der Einspruch auch für zulässig werde erachtet werden, kann daher das Gericht sehr wohl auch vor der Verhandlung über den Einspruch zur Erledigung einer vor Erlaß des Versäumnisurteils beschlossenen Beweisaufnahme schreiten, namentlich wenn der urkundliche Nachweis frist- und formgerechter Einlegung des Einspruchs bereits vorgelegt ist. Vgl. **RG.** JDR. **1** 3 zu § 342 Ziff. 1.

§ 344. 1. Nachträgliche Berücksichtigung des § 344 im Kostenfestsetzungsverfahren s. o. zu § 91 Ziff. II 5.

2. SächsOLG. **30** 494 (Dresden). § 344 gilt auch im Falle der Klagerücknahme nach Erhebung des Einspruchs.

Fünfter Titel. Allgemeine Vorschriften über die Beweisaufnahme.

§§ 355 ff. 1. Scholtz, DJZ. **09** 299, macht Gesetzesvorschläge, um die unmittelbare Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder wenigstens dem Berichterstatter in den Regelfällen zu sichern. Vgl. hierzu Gumbinner, ebenda 595.

2. Amtliche Auskunft. a) **RG.** JW. **09** Ziff. 499, R. **09** Ziff. 2469. Auf eine der ZPO. nicht bekannte Beweiserhebung ist der Antrag gerichtet, die Kriminalpolizei um eine Auskunft darüber zu ersuchen, zu welcher Meinung sie bezüglich der Frage, wer die gegen den Kläger gerichteten Flugblätter verfaßt und verbreitet habe, auf Grund der hierüber von ihr angestellten Ermittelungen, insbesondere der ihr zugegangenen Berichte und Mitteilungen ihrer Beamten und anderer Personen gelangt sei. — Dagegen b) **RG.** WarnE. **2** Ziff. 329, R. **09** Ziff. 1560. Unbeeidigte schriftliche Auskunft einer amtlichen Stelle ist ein zulässiges Beweismittel. Es genügt, daß die Urkunde erst infolge Ersuchens des Prozeßgerichts durch Erteilung der amtlichen Auskunft geschaffen wird. Die betreffenden Auskunftspersonen brauchen nicht als Zeugen oder Sachverständige vernommen zu werden. ➸ Die Zulässigkeit der praktisch unentbehrlichen amtlichen Auskunft als Beweismittel wird u. E. auf Grund der Novelle 1909 nicht mehr bezweifelt werden können, vgl. § 501 Abs. 1 Ziff. 3 Novelle und hierzu Gaupp-Stein, Novelle § 501 Bem. III 3 und 57, ebenso Fitting, Neuerungen § 63 IV. Red. ⇽

§ 364. 1. BuschsZ. **39** 515 (LG. Darmstadt). Gegen den Beschluß, welcher den Antrag, statt nach § 364 Abs. 2 zu verfahren, die Beweisaufnahme gemäß § 363 erfolgen zu lassen, zurückweist, ist die Beschwerde zulässig. — Hiergegen Eise, HessRspr. **10** 150.

2. BuschsZ. **39** 515 (LG. Darmstadt). Eine Anordnung auf Grund des § 364 Abs. 2 wird nur ausnahmsweise zu treffen sein, wenn feststeht, daß die Partei in dem betreffenden Staate keinen größeren Schwierigkeiten begegnen wird, als das amtliche Ersuchen unausführbar erscheint. In Rußland stößt die Erledigung unmittelbarer Parteiersuchen um Beweisaufnahme aber erfahrungsgemäß auf große Schwierigkeiten.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

§ 371. *Kreß, Der Mensch als Gegenstand des Augenscheins im Zivilprozesse, BayRpflZ. **09** 10 ff., 39 ff., 63 ff., 85 ff. und 103 ff. Auch die Substanz des lebenden Menschen kann dem Augenscheine, der in jedem Falle „Beweismittel" im technischen Sinne der ZPO. ist, unterworfen werden, und zwar auf Parteiantrag und von Amts wegen, zu Informations- und zu Beweiszwecken (14). Was bisher an Gründen für — §§ 809 ff. BGB., 622, 640, 641 ZPO.; Pflicht, Zeugnis abzulegen, den „Streitgegenstand" vorzuzeigen; allgemein staatsrechtlich gebotene, der Justizhoheit erfließende Pflicht; Duldungspflicht = Korrelat des Besichtigungsrechts (39 ff.) — und gegen — persönliches Recht des Menschen auf körperliche und geistige Integrität und Betätigung (Persönlichkeits-, Individualitätsrecht); verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf freie Verfügung über das eigene Ich (Grundrecht) (42 f.) — die Pflicht, die Besichtigung der menschlichen Substanz zu dulden, geltend gemacht worden ist, hält nicht Stich. Diese Pflicht kann — außer aus speziellem Rechtstitel: Vertrag; Ausfluß der in §§ 1353, 1627 mit 1631, 1634, 1684 mit 1686, 1707, 1793, 1909 mit 1910, 1912 BGB. erteilten Berechtigungen und auferlegten Verpflichtungen — nur aus § 242 BGB. abgeleitet werden, besteht als allgemeine Pflicht nur in den Grenzen dieser Gesetzesbestimmung und ist dahin zu präzisieren: „Wenn in Schuldverhältnissen die Besichtigung der körperlichen oder geistigen Substanz einer Partei das unerläßliche Mittel zur Bestimmung des Inhalts der zu bewirkenden Leistung, wenn also die Besichtigung ein Element der Leistung ist, dann ist sie wie jede Leistung so zu verlangen und zu betätigen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242)." Dies ist z. B. der Fall, wenn die dem Mißhandelten nach § 843 BGB. gebührende Entschädigung sich auf keinem anderen Weg als dem körperlicher Untersuchung ermitteln läßt (86). Ein Anwendungsfall dieses Rechtsgrundsatzes ist die im § 254 BGB. vorgeschriebene Pflicht des Beschädigten zur Abwendung und Minderung des Schadens, z. B. im Falle körperlicher Mißhandlung durch Aufsuchung ärztlicher Behandlung, welche u. a. in der Besichtigung und Untersuchung der menschlichen Substanz besteht (87).

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: Für die Praxis wichtig ist die Entscheidung zu § 373 Ziff. 2b über die Zeugnisfähigkeit der Mitglieder einer oHG.

§§ 373 ff. Über den Unterschied zwischen Zeugen und Sachverständigen s. u. §§ 402 ff.

§ 373. 1. Antretung des Zeugenbeweises. a) **RG.** LeipzZ. **1910** 77. Benennung eines Zeugen allgemein dafür, daß die Beteiligten den von der Partei behaupteten Sinn mit dem Vertrage verbunden hätten, genügt dem § 373

nicht. b) **RG.** JW. **09** 666. Das allgemeine Verhalten einer Person im Erwerbsleben (geschäftsmäßige Darleihung von Baugeldern und Vermittelung von Baugelddarlehen in großem Umfange) ist eine auch ohne Angabe einzelner Fälle genügend substanziierte Tatsache im Sinne des § 373. c) SchlHolstAnz. **09** 220 (Kiel). Unzulässig ist eine Beweisantretung durch Benennung der Mitglieder eines Bezirksausschusses über die Behauptung, daß diese beim Vorliegen bestimmten Materials die Konzession zum Betrieb einer Gastwirtschaft erteilt haben würden. Es würde sich dabei nicht um eine Wiedergabe innerer Tatsachen, sondern um die Abgabe eines im Augenblicke der Vernehmung auf Grund der hierbei mitgeteilten Tatsachen durch umfassendere sachliche Erwägungen gebildeten Urteils handeln (anders im Falle von **RG. 32** 375).

2. Wer kann Zeuge sein? a) Strauß, JW. **09** 646. Ist der Mündelmutter gemäß § 1796 BGB. die Vertretung des Kindes für den Alimentationsprozeß entzogen und dem Armenanwalte die Pflegschaft mit dem beschränkten Wirkungskreise der Vertretung des Mündels in dem Prozeß übertragen, so kann die Mündelmutter als Zeugin vernommen werden. Dies Verfahren hat den Vorzug, daß die Fürsorge für das Kind im übrigen im vollen Umfang aufrechterhalten wird und dem Anwalte nicht unnötige Verpflichtungen auferlegt werden. b) **RG.** JW. **1910** 25 Ziff. 42. Teilhaber einer prozeßführenden offenen Handelsgesellschaft sind im Prozeß im allgemeinen untaugliche Zeugen, auch dann, wenn sie nicht vertretungsberechtigt sind. Denn die offene Handelsgesellschaft ist ebensowenig wie die Kommanditgesellschaft eine juristische Person. Der hiernach freilich bestehende Widerspruch mit der Praxis, wonach Parteieide nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern zu leisten sind, muß durch eine andere Regulierung der Schwurpflicht bei solchen Parteieiden beseitigt werden.

3. **RG.** JW. **09** 464, R. **09** Ziff. 2818. Die Vernehmung von Zeugen über innere bedingte Tatsachen ist zulässig. Wie weit die Aussage eines Zeugen darüber, was er in einem bestimmten, nicht eingetretenen Falle getan haben würde, für glaubwürdig zu erachten ist, ist Sache der Beweiswürdigung.

4. **RG.** JW. **09** 464. Die Aussage eines Zeugen, der erst während der Rechtshängigkeit aus seiner Stellung als Geschäftsführer der klagenden Gesellschaft ausgeschieden ist und zwar zum Schein und nur zu dem Zwecke, um seine Zeugenvernehmung zu ermöglichen, darf nicht berücksichtigt werden.

§ 376. RheinA. **106** I 53 (Cöln). Auch wenn die Parteien den Notar von der Schweigepflicht entbunden haben (Art. 90 PrFGG.), findet § 376 Anwendung, sofern es zu einer amtlichen Tätigkeit des Notars gekommen ist.

§ 379. ThürBl. **56** 255 (Jena). Die Partei kann Vorschuß (§ 84 GKG.) auf die Kosten einer Reise verlangen, die sie übernehmen muß, um sich einem auswärtigen Arzte zu der durch Beweisbeschluß angeordneten Untersuchung zu stellen.

§§ 383, 384, 385, 391, 393. Sauerlandt, DJZ. **09** 1491 f. Die uneheliche Mutter kann im Alimentationsprozesse des Kindes über die Frage, ob der Beklagte ihr innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe, ihr Zeugnis nicht verweigern, da die Vernehmung über Tatsachen erfolgt, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen (§ 385 Ziff. 3). Die Mutter muß ihrer Vernehmung gemäß § 391 vereidigt werden. Handelt es sich um die Frage, ob der Mutter innerhalb der Empfängniszeit noch andere Männer beigewohnt haben, so würde die bejahende Beantwortung der Mutter regelmäßig zur Unehre gereichen. Die Mutter ist daher zur Verweigerung des Zeugnisses über diese Frage berechtigt (§ 384 Ziff. 2). Macht sie von dem Zeugnisverweigerungsrechte keinen Gebrauch, so ist sie nach § 393 Halbsatz 2 unter Aussetzung der Beeidigung zu vernehmen. Fällt dann ihre Aussage bejahend aus, so ergibt sich, daß sie gemäß § 393 Ziff. 3 unbeeidigt zu vernehmen war.

Gemäß § 393 Abs. 2 würde es im Ermessen des Gerichts liegen, ob die Mutter nachträglich beeidigt werden soll oder nicht. Fällt die Aussage negativ aus, so kann ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht als vorliegend angesehen werden und muß die ausgesetzte Beeidigung nachgeholt werden.

§ 383. Ziff. 5. 1. KGBl. **09** 16, R. **09** Ziff. 1568 (KG.). Auch die Gehilfen der Notare, insbesondere der Bureauvorsteher, haben das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 90 PrFGG.).

2. Anvertrauen. **a)** KGBl. **09** 16 (KG.). Der Begriff „anvertraut" ist in weiterem Sinne so zu verstehen, daß die Tatsachen dem Betreffenden nicht direkt mitgeteilt worden zu sein brauchten. **b)** OLG. **19** 110 β, HansGZ. **09** Beibl. 185 (Hamburg). Anvertrauen bedeutet die Mitteilung einer Tatsache im Vertrauen darauf, daß der Empfänger der Mitteilung sie geheim halten werde. Anvertrauen liegt daher nicht vor, wenn der Mitteilende weiß, daß der Empfänger, z. B. der Arzt, im Auftrag eines Dritten kommt, um für diesen Dritten die Mitteilungen in Empfang zu nehmen, wie bei einer Untersuchung im Auftrage des Schadensersatzpflichtigen. — Vgl. hierzu v. Dassel, R. **09** 394.

3. **a)** OLG. **19** 110 β, HansGZ. **09** Beibl. 185 (Hamburg). Sobald ein Beweisbeschluß infolge seiner allgemeinen Fassung Fragen ermöglicht, welche sich auf Privatgeheimnisse oder der Natur nach geheim zu haltende Tatsachen beziehen, ist der Arzt berechtigt, seine Aussage zu verweigern. — Vgl. hierzu v. Dassel, R. **09** 394. **b)** OLG. **19** 109, HansGZ. **09** Beibl. 229, R. **09** Ziff. 2474 (Hamburg). Wenn der als Zeuge benannte Rechtsanwalt unter Berufung auf seinen Diensteid erklärt, daß er bei Ablegung seines Zeugnisses Tatsachen offenbaren müsse, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben geboten erscheine, so muß das als ausreichend angesehen werden, wenn nur die Möglichkeit nicht ausgeschlossen erscheint, daß die Bekanntgabe der Tatsachen bei der Zeugenvernehmung die Interessen seiner Auftraggeber verletzen würde. Das trifft zu, wenn es sich um die Tatsache einer Zession und Feststellung ihres Zeitpunkts handelt.

4. OLG. **19** 110 β, HansGZ. **09** Beibl. 185 (Hamburg). Die Erklärung, man entbinde den Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht, kann jederzeit widerrufen werden.

§ 384. Ziff. 2. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 875. Die Vorschrift ist auf Zeugen eines Ehebruchs anwendbar, wenn sie der Verleitung hierzu verdächtig sind (Detektiv und Kellnerin).

2. **RG.** SeuffA. **64** 428, R. **09** Ziff. 524. Zur Anrufung des Schutzes des § 384 Ziff. 2 genügt es, wenn der Zeuge durch die wahrheitsgemäße Beantwortung der Fragen genötigt wäre, Belastungsmaterial gegen sich vorzubringen. Weder braucht erst infolge der Aussage die Grundlage für ein sonst nicht mögliches strafgerichtliches Verfahren geschaffen, noch muß der Inhalt des Beweissatzes selbst für den Zeugen die Gefahr der Selbstbezichtigung herbeiführen.

§ 385. 1. **RG.** JW. **09** 464. Die Frage, ob die geschiedene Ehefrau des Klägers mit ihm geschlechtlich verkehrt habe, fällt unter keine der im § 385 ausgeführten Ausnahmefälle. Es findet deshalb § 393 Abs. 2 Anwendung.

2. Ziff. 3. **RG.** SeuffA. **64** 351. Die Einwilligung in die Fortführung der Firma beim Ausscheiden eines Gesellschafters ist keine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit. Sie wird es auch nicht dadurch, daß der Gesellschaftsvertrag zwischen nahen Verwandten abgeschlossen ist (vgl. **RG. 40** 347).

§ 392. Novelle. Seuffert, DJZ. **09** 519, bezeichnet die Einführung des Nacheides als einen Bruch mit der geschichtlichen Entwickelung des Zeugeneids und bekämpft die Neuerung aus psychologischen Erwägungen.

§ 393. Ziff. 4. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1698. Im Prozeß einer GmbH. ist der als Zeuge vernommene Gesellschafter zu beeidigen (trotz § 29 GmbHG.).

2. **RG.** JW. **10** 115. Im Prozesse der Gesellschaft mit ihren Liquidatoren sind die Bürgen von Gesellschaftsgläubigern, auch wenn sie Gesellschafter und Konkursgläubiger sind, als Zeugen zu beeidigen.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

Vorbemerkung: Den Unterschied zwischen Sachverständigen und Zeugen behandelt Hegler (§§ 402 ff. in einem sehr umfangreichen und gehaltvollen Aufsatze. Das übliche Unterscheidungsmerkmal: Bekundung von Erfahrungssätzen — Bekundung von Tatsachen wird von ihm nicht anerkannt. Aus dem fast unübersehbaren Inhalt interessieren im einzelnen vor allem die Ausführungen über die Frage, ob Rechtssätze den Gegenstand des Beweises bilden können (186) und die Bemerkungen über den Dolmetscher (203).

§§ 402 ff. *Hegler, AZivPr. **104** 151 ff. Der Unterschied des Sachverständigen vom Zeugen liegt nicht in einer Verschiedenheit dieser Aussagepersonen nach ihrem Besitze bzw. Nichtbesitz besonderer Fähigkeiten (dagegen spricht die Existenz sachverständiger Zeugen einerseits, die nicht sachkundiger „Quasisachverständiger", z. B. zur Besichtigung des Körpers weiblicher Personen und zum Bericht darüber zugezogener Frauenspersonen andererseits), nicht in einer Verschiedenheit der Aussage (insbesondere nicht darin, daß der Zeuge Tatsachen bekundet, der Sachverständige „Erfahrungssätze" darbietet: Sachverständige der Geschichtswissenschaft tradieren Tatsachen als Ergebniß der Sachkunde, der mit Besichtigung und Befundbericht beauftragte Sachverständige kann konkrete Einzeltatsachen wiedergeben), sondern in der Verschiedenheit des Grundes, warum die betr. Person als Aussageperson in den Prozeß eingeführt wird, liegend in einer Verschiedenheit der Beziehung dieser Aussageperson zum Inhalt ihrer künftigen Aussage. Bei den Zeugen (einschließlich der sachverständigen) ist es eine spezielle, individuelle, d. h. auf individuell bestimmte Personen hinweisende, historische Beziehung, die des Wahrgenommenhabens einer bestimmten, konkreten, im Prozesse festzustellenden, weil irgendwie für ihn erheblichen Tatsache. Bei den Sachverständigen (und Quasisachverständigen) ist es eine generelle, d. h. nur für die Zugehörigkeit zu einer allgemeinen Klasse, auf eine unbestimmte Zahl nicht individuell bestimmter Personen hinweisende, rationale, d. h. nicht historische, nicht auf das Wahrgenommenhaben bestimmter konkreter für den Prozeß bedeutsamer Tatsachen seitens des Betr. abstellende Beziehung: die Fähigkeit, kraft des Besitzes besonderer Sachkunde auf einem bestimmten Gebiete für den Prozeß in Betracht kommende Resultate der Sachkunde zu tradieren, bzw. bestimmte in Betracht kommende Schlußfolgerungen zu deponieren, bzw. bestimmte in Betracht kommende Wahrnehmungen zu machen und über den Befund zu berichten, bei Quasisachverständigen die Fähigkeit, kraft des Besitzes einer nach der gegebenen Sachlage erforderlichen Tauglichkeit in Betracht kommende Wahrnehmungen zu machen und über den Befund zu berichten. Aus diesem primären Unterscheidungsmerkmale folgt als sekundäres, daß es sich bei den Sachverständigen um Personen handelt, die ihrem Begriffe nach fungibel sind, bei den Zeugen um Personen, die nicht ihrem Begriffe nach fungibel sind.

§ 402. **RG.** JW. **09** 692, R. **09** Ziff. 3407. Keine genügende Unterlage für das Gutachten bildet eine Vernehmung der Zeugen durch den Sachverständigen selbst, auch wenn sie mit Zustimmung des Prozeßgerichts oder eines beauftragten oder ersuchten Richters geschieht. Nötig ist gerichtliche Zeugenvernehmung.

§ 406. 1. Ablehnung unbegründet. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3578. Mangelnde Sachkunde ist kein Ablehnungsgrund. b) OLG. **19** 114 β

(Breslau). Der Umstand, daß auf Veranlassung des Beklagten ein von ihm eingereichtes Gegengutachten dem Sachverständigen bei dessen erster Vernehmung vorgehalten worden ist, rechtfertigt nicht die Annahme, daß der Sachverständige durch das Vorgehen des Beklagten zu dessen Ungunsten voreingenommen sei.

2. Ablehnung begründet. a) **RG.** WarnE. **2** Ziff. 49. Ablehnung ist berechtigt, wenn der Sachverständige mit der Beklagten wegen des den Gegenstand des Prozesses und des Gutachtens bildenden Baues in Verbindung getreten ist und der Klägerin auf Grund der eingezogenen Erkundigungen einen Vergleichsvorschlag gemacht hat, wonach sie, ehe sie einen Prozeß bekomme, auf ihr Resthonorar verzichten möge. **b) RG.** LeipzZ. **09** 778. Begründet ist die Ablehnung, weil der Sachverständige Mitglied des beklagten Vereins ist und schon die Höhe der eingeklagten Forderung (21 000 M.) ein natürliches Interesse eines jeden Mitglieds an dem Obsiegen des Vereins nahe legt. (Das OLG. hatte mit Rücksicht auf die große Mitgliederzahl verneint.) **c) RG.** WarnE. **2** Ziff. 51. Geschäftsverbindung einer Partei mit dem Sachverständigen kann unter Umständen einen Ablehnungsgrund bilden. **d)** OLG. **19** 113 α (KG.). Ablehnung begründet, weil der Sachverständige bei seiner Vernehmung indirekt auch die Angemessenheit seiner eigenen Ausbesserungsarbeiten zu beurteilen haben würde. **e)** OLG. **19** 114 γ (KG.). Ablehnung begründet, weil der Sachverständige seit Jahren behandelnder Arzt des Klägers ist. **f)** SeuffA. **64** 124 (Bamberg). Zur Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit genügt der Verdacht einer unbewußten, durch irgendwelche politische, persönliche oder sonstige Differenzen hervorgerufenen Voreingenommenheit des Sachverständigen. Daher ist die Ablehnung eines jüdischen Sachverständigen durch eine antisemitische Partei begründet.

§ 408. HansGZ. **09** Beibl. 64 (Hamburg). Wenn das Gericht an Stelle eines Sachverständigen einen anderen ernennt, so kann keine Entscheidung mehr darüber erfolgen, ob in dem Verhalten des ersten Sachverständigen eine Weigerung zu erblicken ist und — wenn ja — ob dieselbe unberechtigt war.

§ 410. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 410 Bem. I. Die Ausnahme des § 393 gilt jetzt auch für den Sachverständigen.

§ 411. RG. JW. **09** 22. Ob das Gericht schriftliche Begutachtung anordnen will, steht allein in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Hieraus folgt, daß das AG. nicht berechtigt ist, das Ersuchen um mündliche Vernehmung eines Sachverständigen unter Bezugnahme auf den Bundesratsbeschluß und die Verfügungen des PrJM. (zitiert zu GVG. § 159 Ziff. 3), welche die Anordnung schriftlicher Begutachtung empfehlen, abzulehnen.

§ 414. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3823. Die Vernehmung sachverständiger Zeugen zur Auslegung eines Vertrags darf nicht abgelehnt werden.

2. BadRpr. **09** 250 (Karlsruhe). Eine Ablehnung von sachverständigen Zeugen ist unzulässig.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§§ 415 ff. Über Amtliche Auskunft als Urkundenbeweis s. oben §§ 355 ff. Ziff. 2.

§ 416. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1561. Ist die Auslegung einer Urkunde nicht zweifelsfrei, so liegt die Beschaffung weiterer Beweismittel demjenigen ob, der Rechte aus ihr herleitet; daß der Gegner die Urkunde einschränkend auslegt, begründet für sich allein nicht dessen Beweispflicht.

2. SeuffA. **64** 294 (Hamburg). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte (Pole) die von ihm unterschriebene gedruckte Bestimmung auf dem Bestellschein „Erfüllungsort für Lieferung und Zahlung: Hamburg", wie er behauptet, nicht gelesen und ihre Bedeutung nicht verstanden hat. Es genügt, daß er

den Auftrag in dem Bewußtsein unterschrieben hat, daß sich darin noch Bestimmungen befanden, um deren Inhalt und Bedeutung er sich nicht bekümmerte. Außerdem enthält die Bestimmung nichts Ungewöhnliches oder den Beklagten unerwartet Beschwerendes, so daß weder letzterer berechtigt erscheint, jene Klausel als durch seine Unterschrift nicht gedeckt zu erachten, noch dem Kläger eine Arglist um deswillen zuzurechnen, weil er den Beklagten nicht über die Bedeutung der Klausel aufgeklärt hat. Auch steht nicht fest, daß die Kenntnis ihrer Bedeutung den Beklagten vom Abschlusse des Geschäfts abgehalten haben würde.

3. WürttJ. **21** 26, R. **09** Ziff. 716 (Stuttgart). Die im § 416 geregelte formelle Beweiskraft erstreckt sich nicht auf die Orts- und Zeitangabe.

§ 419. **RG.** LeipzZ. **09** 546, R. **09** Ziff. 2014. Im Falle von § 419 hat das Gericht über alles das, was durch die Urkunde bewiesen werden soll — nicht etwa nur über den Einfluß der Durchstreichung auf die Beweiskraft der Urkunde — gemäß § 286 nach freier Überzeugung zu entscheiden, mithin auch das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme zu berücksichtigen.

§ 426. 1. S. Hörle zu § 473.

2. **RG.** JDR. **7** jetzt auch **RG. 70** 69.

§ 427. **RG.** JW. **1910** 68. Hat der Beweisführer Behauptungen über den urkundlichen Inhalt der Handelsbücher nicht aufgestellt, sondern nur Schlußfolgerungen daraus vorgetragen (daß ein bestimmter Reingewinn erzielt sei), so können diese Schlußfolgerungen nicht im Wege der Versäumnisfolge des § 427 als bewiesen angenommen werden, sondern sie unterliegen der gewöhnlichen materiellen Beweiswürdigung.

§ 440. HansGZ. **1910** Beibl. 1 (Hamburg). Der Beweis der Echtheit der gemäß § 16 Ziff. 1 ScheckG. auf den Scheck gesetzten Erklärung kann für geführt erachtet werden, wenn der Beklagte die Echtheit ohne Motivierung bestreitet.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. 1. Wem kann der Eid zugeschoben werden? *Reichel, Schuldmitübernahme 525. Obschon nicht Rechtsnachfolger des Urschuldners, hat der privative Schuldübernehmer („Nachübernehmer") Parteieide über facta aut visa des Urschuldners zu leisten; desgleichen der kumulative Schuldübernehmer („Mitübernehmer") hinsichtlich der vor der Mitübernahme stattgehabten Wahrnehmungen 2c. des Urschuldners. Die ratio legis läßt diese Analogie zu.

2. Worüber kann der Eid zugeschoben werden? **a)** Nicht über Rechtsbegriffe. α. **RG.** R. **09** Ziff. 1356. Das Zugehen einer schriftlichen Willenserklärung im Sinne von § 130 BGB. ist ein Rechtsbegriff. Eine Eideszuschiebung hierüber unterliegt Bedenken. β. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1113. Die Eideszuschiebung über die Kenntnis der Notlage im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. ist unzulässig, da Notlage ein Rechtsbegriff ist. γ. WürttJ. **21** 197 (Stuttgart). Gegenwert (bei Wechseln) als Rechtsbegriff. **b)** Über innere Tatsachen. α. **RG.** R. **09** Ziff. 1355. Ist der Eid nicht allgemein über die Kenntnis einer Äußerung zugeschoben, sondern über einen speziellen Fall der Kenntnis, der zugleich die Tatsache enthält, daß die Äußerung selbst Gegenstand der Wahrnehmung des Eidespflichtigen gewesen ist, nämlich darüber, daß er diese selbst gehört hat, so bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit; sonst allerdings ist die Eideszuschiebung über die Kenntnis einer nicht feststehenden Tatsache unstatthaft. β. **RG.** R. **09** Ziff. 2819. Eine Eideszuschiebung darüber, ob eine Sache Eigentum des Zuschiebenden ist, ist unzulässig. Nur die Eideszuschiebung über die Kenntnis vom Eigentum ist nach den Umständen des Falles als statthaft angesehen worden (**RG. 21** 402). γ. **RG.** JDR.

7 § 445 Ziff. 2 b d jetzt auch SeuffA. **64** 164. **c)** OLG. **19** 116 (Hamburg). Die Tatsachen müssen Gegenstand der Wahrnehmung gewesen sein. Es genügt nicht, daß sie es möglicherweise — bei größerer Sorgfalt — hätten sein können. **d)** **RG.** JW. **09** 141 Ziff. 22. Ist die bestimmte (positive) Absicht des Stellvertreters, einen Gegenstand nicht mitzuveräußern, festgestellt, so ist dessen beschränkter Veräußerungswille allein maßgebend, und es kommt auf den etwa weitergehenden Willen des Geschäftsherrn nicht an. Eine Eideszuschiebung über letzteren ist daher nicht beweiserheblich und unzulässig.

§ 451. 1. **a)** OLG. **18** 250 b (Königsberg). Zu allgemein und daher unzulässig ist die Eideszuschiebung darüber, daß die Verlobte (die aus § 1300 BGB. klagt) seit 1903 mit anderen Männern den Beischlaf vollzogen habe. **b)** WürttJ. **21** 197 (Stuttgart). Zu unbestimmt ist der Eid, der Gemeinschuldner habe für die Klagewechsel keinen Gegenwert erhalten, vielmehr habe dem Kläger bei Hingabe der Wechsel eine Forderung gleichen Betrags gegen den Gemeinschuldner zugestanden, diese Forderung sei auch nicht durch Zahlung seitens des Gemeinschuldners oder in sonstiger Weise inzwischen erloschen. **c)** **RG.** JW. **09** 465, R. **09** Ziff. 2476. Die Eidesauflage an „den oder die Geschäftsführer" der klagenden Firma ist unzulässig, weil unverständlich und nicht nachprüfbar. Nur der Person oder den Personen konnte der Eid auferlegt werden, welche zur Zeit der Erlassung des Berufungsurteils Geschäftsführer war bzw. waren. Dies hätte gemäß §§ 56 Abs. 1, 313 Ziff. 1 festgestellt werden müssen.

2. ElsLothZ. **09** 298 (Colmar). Das Gericht folgert aus den mehrfach wechselnden Aufstellungen der Kläger (Erben) über den Verbleib gewisser Gelder, daß es sich bei der zum Eide gestellten Behauptung, die Beklagte habe diese Gelder, sei es mit, sei ohne Zustimmung ihres Ehemanns, zu ihrem eigenen Vorteile verwendet, lediglich um eine Vermutung handele und um den unzulässigen Versuch, die Beklagte über die Verwendung des Geldes, über die die Kläger selbst Bestimmtes nicht wissen und die Beklagte ihnen Auskunft zu erteilen nicht verpflichtet ist, auszuforschen. Die Eideszuschiebung ist daher unzulässig. — Ebenso **b)** OLG. **19** 114 (Jena).

3. ThürBl. **56** 230 (Jena). Die Eideszuschiebung ist unzulässig, wenn die Partei selbst erklärt hat, sie könne bezüglich des Eidesthemas etwas Bestimmtes nicht behaupten und die Richtigkeit der abweichenden Darstellung des Gegners für möglich erklärt hat. Das Gericht weist auf den Streit über die Lüge im Prozesse" ➻ vgl. oben vor § 1 Ziff. 5. Red. ➻) und auf die behauptete Berechtigung der Partei hin, Behauptungen als solche aufzustellen, obwohl sie selbst an ihrer Richtigkeit zweifelt oder sogar von ihrer Unrichtigkeit überzeugt ist. Allein mag es sich hiermit so oder so verhalten, keinesfalls wäre die Folgerung berechtigt, daß der Richter ein Parteivorbringen berücksichtigen müsse, das dahin geht, man könne etwas zwar nicht behaupten, aber man behaupte es eben.

§ 452. 1. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 159. Lehnt das Gericht den Antrag auf Änderung der Eidesnorm ab, so bedarf es nunmehr erst der Feststellung, ob die Partei den Eid in der aufrechterhaltenen Form verweigern oder ob sie ihn, ganz oder beschränkt, leisten wolle.

2. Notwendigkeit der Feststellung des Zeitpunkts, wann der Eid angenommen oder zurückgeschoben ist, s. zu § 539.

§ 453. OLG. Stuttgart, JDR. **6** § 453 Ziff. 1 jetzt auch WürttJ. **21** 195.

§ 459. 1. **RG.** JW. **09** 693, R. **09** Ziff. 3409 erörtert die Formulierung des Eides, den der Beklagte darüber zugeschoben hat, daß dem der Klage zugrunde liegenden Anerkenntnisse nebst Abrechnung nur Wettaufträge zugrunde gelegen haben. Das RG. normiert den Eid genau dieser Fassung entsprechend und verwirft die Formulierung der Vorinstanzen: es ist nicht wahr, daß

der Beklagte die von ihm anerkannte Summe aus Wettaufträgen schuldig geworden ist; falls der Kläger nur einen geringeren Betrag beschwören würde, wird der Beklagte nur zur Zahlung dieses geringeren Betrags verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Da der Beklagte behauptet, daß er vom Kläger bare Darlehen überhaupt nicht erhalten habe, daß vielmehr nur Wettaufträge der Abrechnung zugrunde gelegen hätten, muß auch der Eid dahin lauten: es ist nicht wahr, daß der Beklagte die anerkannte Summe nur aus Wettaufträgen schuldig geworden ist. Diesen Eid kann der Kläger auch dann leisten, wenn zum Teil Wettaufträge vorlagen. Wenn der Beklagte seinen Einwand auf einen Teil des Betrags beschränkt hätte, würde zur schlüssigen Begründung vor allen Dingen die ziffernmäßige Angabe dieses Teiles gehört haben.

2. Eid über Negativa. OLG. Posen, JDR. **7** § 459 Ziff. 1, jetzt auch OLG. **19** 116, SeuffA. **64** 125, mit Hinweis auf die abweichende Ansicht von SeuffA. **57** Ziff. 254.

§ 462. R. **09** Ziff. 717 (Braunschweig). Ein Urteil, das nur für den Fall der Eidesleistung eine Entscheidung gibt, für den Fall der Eidesweigerung aber nur über den einen Klagegrund erkennt und über den anderen Klagegrund die Entscheidung vorbehält, verstößt gegen das Gesetz. Denn für den Fall der Eidesweigerung trifft das Urteil eine Entscheidung, wie sie nur durch ein Zwischenurteil getroffen werden kann.

§ 463. 1. Abs. 1. BuschsZ. **39** 509 (Breslau). In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des **RG.** (**9** 346, JW. **93** 347, **95** 8, **99** 356, **02** 313) ist von einer nochmaligen Eidesabnahme Abstand zu nehmen, wenn nur ein formaler Fehler zu der Eidesabnahme geführt hat. Dies muß im vorliegenden Falle, wo der Eid während der gemäß § 244 eingetretenen Verfahrensunterbrechung geleistet war, um so mehr gelten, weil der Eid eine ganz einfache Tatsache betrifft und die Beklagten selbst im Schwurtermine gegenwärtig gewesen sind, also Gelegenheit zu Vorhalten gehabt haben.

2. Abs. 2. a) Die in JDR. **7** § 463 Ziff. 2 zit. Entsch. s. jetzt ausführlich in SeuffA. **64** 126. b) BayObLG. **9** 552, DJZ. **09** 1392 (BayObLG.). Ist die schwurpflichtige Partei wegen Verletzung der Eidespflicht, deren sie sich durch die Leistung eines über mehrere selbständige Tatsachen auferlegten Eides schuldig gemacht hat, rechtskräftig verurteilt, so kann der Gegenbeweis gegen die Wahrheit jeder durch die Eidesleistung beschworenen Tatsache ohne Rücksicht darauf angetreten werden, ob die strafbare Handlung gerade durch eidliche Versicherung der Tatsache begangen worden ist, deren Gegenteil bewiesen werden soll.

§ 465. Wegen des Antrags s. oben zu § 164 Ziff. 1.

§ 466. 1. OLG. **19** 117, HansGZ. **09** Beibl. 205, R. **09** Ziff. 1562 (Hamburg). § 466 enthält, abgesehen von der Notfrist, keine genau einzuhaltende Formvorschriften. Es ist kein formeller „Antrag" nötig, sondern es genügt jede Mitteilung an das Gericht, aus der unzweideutig erhellt, daß der Schwurpflichtige die nachträgliche Abnahme des Eides wünscht. Diesen Erfordernissen entspricht es, wenn der Anwalt des Säumigen alsbald den Gegner „zur Beiwohnung des nachträglich zu leistenden Eides und zur Läuterung des Urteils" auf den anzuberaumenden Termin ladet.

2. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 236 Bem. III. Wenn der Eidestermin vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, so ist der Antrag auf nachträgliche Abnahme des Eides an diesen, nicht an das Prozeßgericht zu richten, was zwar vielfach bestritten, jetzt aber durch § 236 Abs. 2 bestätigt wird. Denn die Vorschrift, daß der Antrag auf Wiedereinsetzung bei dem Prozeßgericht einzurichten ist, wäre mindestens dann überflüssig, wenn schon der erste Antrag nur an das

Prozeßgericht ginge. — AM. — wohl mit Recht — Samter, Änderungen § 236 Bem. 3 Abs. 3.

§ 473. * Hörle, ZBlFG. **9** 755. In dem von dem Nachlaßpfleger geführten Rechtsstreit kann dem Erben, solange er die Erbschaft nicht angenommen hat, weder der Eid zugeschoben noch nach §§ 475, 477 der richterliche Eid oder nach § 426 Abs. 3 der Editionseid auferlegt werden.

§ 475. 1. **RG.** SeuffA. **64** 166. Bei zweifelhaftem Gegenbeweis ist trotz Eideszuschiebung die Möglichkeit eines richterlichen Eides zu erwägen.

2. **RG.** JW. **09** 325, ZVersWes. **09** 329. Der Eid darf nicht so gefaßt sein, daß Entscheidungen, die das Gericht nach Feststellung des Sachverhalts zu treffen hat, der unkontrollierbaren eigenen Prüfung des Klägers überlassen werden.

§ 477. S. Hörle zu § 473.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. 1. OLG. **19** 118 α (Hamburg). Der Umstand, daß die zu vernehmenden Zeugen Prostituierte, Hotelbedienstete und Ausländer sind, rechtfertigt auch in Anbetracht der angeblich notorischen Gewohnheit derartiger Leute, ihre Stellung oft zu verändern, für sich nicht die Besorgnis, daß demnächst deren Vernehmung erschwert sein wird.

2. OLG. **19** 118 (München). Der Antrag, behufs Sicherung des Beweises dafür, daß der Erblasser beim Testieren geisteskrank war, die Leiche ausgraben und öffnen zu lassen, ist unzulässig, da er die Zustimmung der verfügungsberechtigten Erben voraussetzt.

3. Wegen Vernehmung der Sachverständigen s. zu § 487 Ziff. 2.

§ 487. Ziff. 3. 1. v. Dassel, R. **09** 802 f. Wenn im § 487 Ziff. 3 ZPO. die Benennung von Sachverständigen durch die Worte „das Gesuch muß enthalten" vorgeschrieben ist, so ist das zwar eine Formvorschrift, deren Beobachtung für die Gültigkeit des Antrags Voraussetzung ist; im übrigen bedeutet die Benennung der Sachverständigen nicht mehr als ein Vorschlagsrecht des Antragstellers, durch welches das richterliche Recht der Auswahl der Sachverständigen nicht eingeschränkt wird.

2. OLG. **19** 118 γ, HansGZ. **09** Beibl. 219 (Hamburg). Ist die Beweisaufnahme auf Grund des § 485 angeordnet, so ist es nicht erforderlich, daß die vom Antragsteller benannten Sachverständigen sämtlich vernommen werden, sondern das Gericht hat darüber nach verständigem Ermessen zu entscheiden. Ob dies auch für eine auf Grund von § 488 angeordnete Beweisaufnahme zu gelten hat, wie das OLG. im Gegensatze zu **RG. 49** 388 annehmen möchte, bleibt dahingestellt.

§ 488. **RG.** SeuffA. **64** 429, BayRpflZ. **09** 299. Wenn bereits eine ordentliche Beweisaufnahme stattgefunden hat, so sind gegenüber dieser Feststellung Anträge auf Beweissicherung durch Vernehmung von anderen Sachverständigen unzulässig, vgl. **RG.** JW. **03** 49[15]. Im Falle des **RG. 49** 388 war eine Beweisaufnahme noch nicht erfolgt.

§ 489. Wegen Vernehmung der Sachverständigen s. oben zu § 487 Ziff. 2.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Vorbemerkung: Über die Reformliteratur s. GVG. § 23 Ziff. 1.

§ 495. Novelle. 1. a) Neumiller, SeuffBl. **09** 529 f., 588 f., und b) Kreß, BayRpflZ. **09** 361 ff., 384 ff., 403 ff., geben eine Übersicht über die Änderungen der Novelle.

2. Striemer, Schriftsätze, Zustellungen und Ladungen im künftigen Amtsgerichtsprozesse, JW. **10** 133 ff.

3. Hellmann, R. **09** 493, erörtert Rechtsmittel, Einspruch und Wiedereinsetzung im Zivilprozesse nach der Novelle.

§ 496. Novelle. 1. Übergang. Gaupp-Stein, Novelle § 496 Bem. IX. Wird eine Klage oder Ladung vor dem 1. April 1910 eingereicht, so entscheidet über die Anwendung des neuen Rechtes der Zeitpunkt der Terminsbestimmung.

2. Abs. 1. Gaupp-Stein, Novelle § 496 Bem. III. Nichtordnungsmäßige Zustellungen von Ladungen und Terminsbekanntmachungen muß der Gerichtsschreiber unverzüglich nach Eingang der Zustellungsurkunde wiederholen, ohne erst einen Parteiantrag abzuwarten. Nach Samter, Änderungen § 496 Bem. 3 b, liegt die Prüfung der Rechtzeitigkeit und Gültigkeit der Zustellung dem Amtsrichter ob.

3. Abs. 2. a) Gaupp-Stein, Novelle § 496 Bem. II 2. Die Prüfung der Notwendigkeit der Zustellung, welche dem Gerichtsschreiber obliegt (nicht dem Gerichte, wie die Begr. 32, Samter, Änderungen § 496 Bem. 4, und Rieß, JW. **1910** 99, annehmen), hat sich nur darauf zu erstrecken, ob das von der Partei ausgehende Schriftstück nach dem Gesetze der Gegenpartei durch Zustellung mitzuteilen ist. Zu einer Ablehnung der Zustellung, weil er den Schriftsatz selbst für überflüssig oder seine Voraussetzungen nicht für gegeben erachtet, ist der Gerichtsschreiber nicht berechtigt. Ebenso Striemer, JW. **1910** 135. AM. Rieß aaO. b) Gaupp-Stein, Novelle § 496 Bem. II 3. Die Beglaubigung der einzureichenden Abschriften kann auch durch den Prozeßbevollmächtigten erfolgen. — AM. Striemer, JW. **1910** 134.

4. Abs. 3. Gaupp-Stein, Novelle § 496 Bem. IV 2. „Demnächst" bedeutet: „während der Rechtsstreit beim Amtsgericht anhängig ist".

§ 501. Novelle. 1. Gaupp-Stein, Novelle § 501 Bem. V. Sollen die vorbereiteten Beweise erhoben werden, so ist der Erlaß eines Beweisbeschlusses nicht nötig. Es genügt die formlose Anordnung. Auf die Gebühren der Anwälte nach § 13 Ziff. 4 GO. und die Gerichtskosten nach § 18 Ziff. 2 GKG. (Gaupp-Stein Bem. VII) hat dies jedoch keinen Einfluß. — AM. Die Begründung 5, KommBer. 58, Samter, Änderungen § 501 Bem. 3 d, und Fitting, Neuerungen 29.

2. Gaupp-Stein, Novelle § 501 Bem. V. Erscheinen die Parteien in dem Verhandlungstermine nicht, so kann die Aufnahme der vorbereiteten Beweise gar nicht, beim Ausbleiben einer Partei nur hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte erfolgen. Vgl. Samter, Änderungen § 501 Bem. 3 d.

3. Abs. 3. Gaupp-Stein, Nov. § 501 Bem. IV. Ist gemäß § 501 I Ziff. 5 das persönliche Erscheinen angeordnet, so ist davon der Prozeßbevollmächtigte zu benachrichtigen, unabhängig von der persönlichen Ladung der Partei (§ 176). Mit Unrecht wird dies von Rieß, JW. **1910** 100, bezweifelt.

§ 504. Novelle. Übergang. Gaupp-Stein, Novelle § 504 Bem. IV. Der Verlust der Einrede des Schiedsvertrags tritt in anhängigen Sachen erst mit der ersten Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ein, die nach dem Inkrafttreten der Novelle stattfindet.

§ 505. Novelle. 1. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. II. § 505 gilt auch für die Fälle ausschließlicher Zuständigkeit des Landgerichts. — AM. Samter, Änderungen § 505 Bem. 2, welcher für diesen Fall §§ 38, 40 Abs. 2 anwendet.

2. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. II. § 505 ist nicht anwendbar, wenn der Rechtsweg unzulässig oder ein Schiedsgericht zuständig ist.

3. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. IV 4. Jetzt ist auch im Falle des § 505 das weitere Verfahren vor dem für zuständig erklärten Gericht eine Fortsetzung des amtsgerichtlichen Verfahrens, so daß nicht nur die Klagerhebung mit ihren Wirkungen fortdauert, sondern auch alle sonstigen Prozeßhandlungen des Gerichts und der Parteien wirksam bleiben.

4. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. V. Die Verweisung an die Kammer für Handelssachen ist insoweit nicht bindend, als sie die Kammer für Handelssachen als solche für zuständig erklärt, also das Vorliegen einer Handelssache im Sinne des § 101 GVG. bejaht.

5. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. VI. Jetzt ist auch eine Verweisung an besondere Gerichte, namentlich an das GewG. oder KaufmG. zulässig. — AM. Die Begründung 37.

6. Gaupp-Stein, Novelle § 505 Bem. VII. Ergibt sich die Unzuständigkeit des Amtsgerichts erst in der Berufungsinstanz, so hat das Landgericht, wenn es selbst sachlich zuständig ist, die Sache an sich selbst als Gericht erster Instanz durch Urteil zu verweisen. Ist aber ein besonderes Gericht sachlich oder ein anderes Amtsgericht örtlich zuständig, so muß die Klage wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden, da § 505 in der Berufungsinstanz nicht gilt.

§ 506. 1. KGBl. **09** 111 (KG.). Die Verweisung des Rechtsstreits an ein anderes als das örtlich übergeordnete Landgericht ist zulässig, wenn die Parteien es gemeinsam beantragen.

2. BuschsZ. **39** 504 (507) (Colmar). Durch die Verweisung ist die Klage beim LG. rechtshängig geworden, und zwar selbst dann, wenn der Verweisungsbeschluß etwa aus dem Grunde zu Unrecht erfolgt sein sollte, daß über den Klaganspruch durch die Urteile des AG. rechtskräftig zur Zeit seines Erlasses entschieden sei. Das hindert aber den Beklagten nicht, nun seinerseits vor dem LG. den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache zu erheben.

3. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 506 Bem. I 4. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts für die Klage ist jetzt nicht mehr Voraussetzung der Verweisung. Es ist daher Verbindung der beiden Verweisungen nach §§ 505 und 506 möglich.

§ 508. Novelle. 1. Übergang. S. Art. IX Abs. 2 der Novelle.

2. Gaupp-Stein, Novelle § 508 Bem. II, Samter, Änderungen § 508 Bem. 2. Die Zustellung erfolgt nach wie vor im Parteibetriebe, nur soll die Vermittelung des Gerichtsschreibers auch ohne Antrag der Partei erfolgen.

3. Abs. 3. **a)** Ob es genügt, wenn das Amtsgericht sich über die Zulässigkeit des Einspruchs nur in dem Verweisungsbeschluß ausspricht, ist streitig. Dafür sprechen sich aus die Begr. 38, Samter, Änderungen § 508 Bem. 4a, c und 5, und Fitting, Neuerungen 33. Dagegen prinzipiell Gaupp-Stein, Novelle § 508 Bem. IV, welcher ein Zwischenurteil nach § 303 verlangt. Auf jeden Fall kann der Beschluß nach §§ 512, 548 angefochten werden. **b)** wenn das Gericht verweist, ohne über den Einspruch ausdrücklich zu entscheiden, so soll nach der Begründung 38 und Fitting, Neuerungen 33, das zweite Gericht an diese stillschweigende Entscheidung ebenfalls gebunden sein. Hiergegen energisch Gaupp-Stein, Novelle § 508 Bem. IV.

§ 510. BadRpr. **09** 148 (LG. Mannheim). Wird der unzulässigerweise gegen den im Sühnetermine nicht erschienenen Beklagten gestellte Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils vor der Verkündung der Entscheidung zurückgezogen, so kann der Antrag auch nicht mehr zurückgewiesen werden.

§ 510 b. 1. Wird der Antrag schon in der Klage gestellt, so liegt keine Klagenhäufung nach § 260 vor und es findet keine Zusammenrechnung nach § 5 statt. Gaupp-Stein, Novelle § 510 b Bem. II a.

2. Gaupp-Stein, Novelle § 510 b Bem. III. Beweisaufnahme über die Entschädigung ist nicht unzulässig. AM. Samter, Änderungen § 510 b Bem. 3, weil die Bestimmung, welche § 287 Satz 1 wiederholt, § 287 Satz 2 und 3 nicht zitierte.

3. Gaupp-Stein, Novelle § 510 b Bem. IV 1 u. 2. Der Schadensersatzanspruch richtet sich nach dem materiellen Rechte (Vermögensschaden!). Aufrechnung ist nicht zulässig.

4. Gaupp-Stein, Novelle § 510 b Bem. V. Das Urteil, welches die Verurteilung zur Vornahme der Handlung, die Fristsetzung und die Verurteilung zur Zahlung enthält, kann als Ganzes für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, obwohl die Verurteilung zur Vornahme der Handlung gemäß § 888 a nicht vollstreckbar ist. — Über Erteilung der Klausel ohne Anwendung des § 726 s. ebenda V 3.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vorbemerkung: Die Vereinigten Zivilsenate haben sich zu § 538 Abs. 1 Nr. 2 (Ziff. 2 a) dahin entschieden, daß diese Bestimmung auch dann anzuwenden ist, wenn die erste Instanz von Amts wegen abgewiesen hat. Sehr bemerkenswert sind die Entscheidungsgründe.

§ 511. 1. a) **RG. 71** 24, JW. **09** 321. Gegen ein Urteil des LG., durch welches nach vorgängiger mündlicher Verhandlung über eine Beschwerde gegen einen den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abweisenden Beschluß des AG. entschieden wird, findet keine Berufung statt. Das LG. hat nicht in erster Instanz entschieden. **b)** OLG. Stuttgart JDR. **6** § 511 Ziff. c jetzt auch WürttJ. **21** 189. **c)** Anfechtbarkeit des Urteils im Nachverfahren s. zu § 600. **d)** Anfechtbarkeit des Vorbehaltsurteils s. zu § 600.

2. Beschwer. a) Bei Erledigung des Rechtsstreits. **RG.** JW. **09** 693 Ziff. 27. Bei dem Streite über die Rechtmäßigkeit einer erlassenen einstweiligen Verfügung gemäß § 942 ist der Gegenstand des Rechtsstreits nicht dadurch weggefallen, daß die Klägerin die Anordnung der Zwangsverwaltung, die sie mittels der einstweiligen Verfügung erstrebt hatte, inzwischen auf Grund des in der Hauptsache ergangenen, ihr günstigen landgerichtlichen, noch nicht rechtskräftigen Urteils erreicht hat. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 6 (Hamburg). Wenn feststeht, daß überhaupt die Ehe, wenn auch nur mit einem Unbekannten, gebrochen ist, so berechtigt die Feststellung, daß der schuldige Teil die Ehe mit mehreren Unbekannten gebrochen habe, letzteren nicht zur selbständigen Einlegung der Berufung, obwohl die Feststellung zu Unrecht erfolgt ist.

3. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle Vorbem. vor § 511 I 2, Stein, LeipzZ. **09** 653. Die Berufung geht auch dann an die K. f. HS., wenn das AG. als Prozeßgericht erster Instanz (§§ 767 f.) entschieden hat, obwohl hier kein Anspruch im Sinne des § 101 GVG. geltend gemacht wird, bei Arrest und einstweiliger Verfügung nur, wenn es Gericht der Hauptsache war.

§ 514. 1. **RG.** JDR. **7** § 514 Ziff. 1 jetzt auch **RG. 70** 59.

2. a) **RG.** LeipzZ. **09** 481, SeuffBl. **09** 668, R. **09** Ziff. 1017. Die Anzeige, daß die Parteien sich verglichen hätten, enthält die Erklärung, daß der Beklagte auf das Rechtsmittel verzichte. **b)** SeuffA. **64** 371, HansGZ. **09** Beibl. 413 (Hamburg). Der Verzicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Die Folgerung der Verzichtserklärung aus schlüssigen Handlungen ist nach allgemeinen Rechtsregeln zulässig. Eine solche ist darin zu finden, wenn der Beklagte schreibt, er wolle dem Urteile Folge leisten.

3. OLG. **19** 63 (KG.). Für den Rechtsmittelverzicht besteht Anwaltszwang. Natürlich können die Anwälte ihn auch durch konkludente Handlungen erklären.

§ 515. 1. Anfechtung wegen Irrtums? s. vor § 1 Ziff. 4 b.

2. Über analoge Anwendung bei der Beschwerde s. unten zu § 573.

3. Abs. 3. ElsLothJZ. **09** 561 (Colmar). Auch im Ehescheidungsprozeß ist beim Ausbleiben des Berufungsklägers ein Versäumnisurteil zu erlassen, das entweder die beiden im § 515 Abs. 3 bezeichneten Wirkungen oder nur die eine oder die andere ausspricht. § 618 Abs. 5 steht nicht entgegen, da es dem Beklagten unbenommen war, sich bei der gegen ihn ausgesprochenen Scheidung zu beruhigen. — Wegen des Antrags vgl. zu § 330.

§ 518. DJZ. **09** 1156, R. **09** Ziff. 3124 (Obergericht von Kiautschau in Tsingtau). Die Bestimmung des § 518 Abs. 2 Ziff. 3 gilt auch für das Verfahren vor den Schutzgebietsgerichten.

§ 520. Novelle. 1. Gaupp-Stein, Novelle § 520 Bem. I 4, Samter, Änderungen § 520 Bem. 2. Die Zustellung der Terminsbekanntmachung und der Berufungsschrift richtet sich nach § 210 a.

2. Gaupp-Stein, Novelle § 520 Bem. IV. Mit der Zustellung nach § 520 endet der Amtsbetrieb für die Berufungsinstanz. Für das weitere Verfahren gilt § 523 (vgl. Samter, Änderungen § 520 Bem. 5).

§ 521. 1. **RG.** JW. **10** 115. Richtet sich die Berufung des Beklagten gegen das ihn verurteilende Teilurteil und gegen die im Teilurteile vorbehaltene Kostenentscheidung des Endurteils, so kann die Klägerin mit der Anschlußberufung nicht die sachliche zugunsten des Beklagten ergangene (die Klägerin auf die Widerklage verurteilende) Entscheidung des Endurteils angreifen. Denn es fehlt hinsichtlich des Endurteils an einem Hauptrechtsmittel, dem Klägerin sich anschließen kann (vgl. **RG.** JDR. **3** § 521 Ziff. 3).

2. **RG.** JW. **09** 195. Erweist sich bei Geltendmachung eines neuen Einwandes des Beklagten und Berufungsklägers der Hauptantrag des Klägers als unbegründet, so braucht, wenn bereits in I. Instanz ein entsprechender Hilfsantrag (z. B. auf Schadensersatz gemäß § 26 GewO. statt der prinzipal verlangten Beseitigung gemäß § 906 BGB.) gestellt war, der Kläger nicht vorsorglich einen solchen Antrag im Wege der Anschlußberufung zu stellen; denn über den ebenfalls der gerichtlichen Entscheidung unterbreiteten Hilfsantrag muß von Amts wegen befunden werden.

3. PosMSchr. **09** 55 (Posen). Die Kosten einer bloß vorbereiteten, in der mündlichen Verhandlung nicht erklärten Anschlußberufung hat der die Berufung Zurücknehmende nicht zu tragen, so jetzt auch Gaupp-Stein (8/9) § 521 Note I 6.

§ 522. Abs. 2. OLG. **19** 123 (KG.). Die Zurücknahme der Berufung beseitigt auch die selbständige Anschlußberufung, die nur die Kostenentscheidung betrifft. Denn es müssen für sie die gleichen Grundsätze gelten, welche für eine selbständig eingelegte Berufung gelten, also hier § 99 Abs. 1. Anders Gaupp-Stein § 522 II, § 556 V.

§ 525. **RG.** SeuffA. **64** 79. Die in erster Instanz getroffene Anordnung aus § 146 ist für das Berufungsgericht belanglos.

§ 527. **RG.** R. **09** Ziff. 1175. Ist das Berufungsgericht prozeßordnungswidrig auf eine unzulässige Klagänderung sachlich eingegangen und hat über den neuen Anspruch entschieden, so hat durch das Revisionsgericht eine Richtigstellung dahin zu erfolgen, daß der betreffende Teil des Berufungsurteils als nicht geschrieben zu gelten habe.

§ 528. Abs. 1 Satz 2. 1. **RG.** JW. **1910** 67. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die örtliche, nicht zugleich auf die sachliche Zuständigkeit.

2. SchlHolstAnz. **09** 206 (Kiel). Nach der in Wissenschaft und Rechtsprechung überwiegenden Ansicht, der sich das OLG. — ohne Begründung — anschließt, ist unter ausschließlichem Gerichtsstande hier nur die ausschließliche örtliche Zuständigkeit zu verstehen. Demnach kann, wenn ein ausschließlich sachlicher Gerichtsstand, z. B. des Gewerbegerichts, begründet ist, die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des ordentlichen Gerichts ohne die Beschränkung des § 528 noch in der Berufungsinstanz erhoben werden. AM. Gaupp-Stein Note III zu § 528 und dort Zitierte. — Ebenso

3. OLG. **19** 43 γ (Düsseldorf).

§ 529. 1. Abs. 2. **a) RG. 71** 358, JW. **09** 499, R. **09** Ziff. 2478. Der Bereicherungsanspruch an Stelle des ursprünglich erhobenen Schadensersatzanspruchs im Falle des § 852 Abs. 2 BGB. ist kein neuer Anspruch im Sinne des § 529. **b) RG.** JW. **09** 729. Die Klage, mit welcher Unterhalt „auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen" gefordert wird, kann — auch in der Berufungsinstanz — durch die erforderlichen tatsächlichen Anführungen ergänzt werden (§ 268 Ziff. 1). Es ist eine unzulässige Beschränkung, wenn das Gericht diese von ihm selbst erst angeregte Vervollständigung des Vorbringens der Partei durch Ablehnung ihres Vertagungsantrags abschneidet. **c) RG.** R. **09** Ziff. 3125 (12. 10. 09) in Bestätigung von OLG. **19** 96 zu f. Wird ursprünglich aus dem Wechsel geklagt, den der Aussteller B. auch mit dem Namen des Beklagten und, wie Kläger behauptet, mit dessen Ermächtigung angenommen hat, so liegt ein durchaus neuer Anspruch vor, wenn Kläger jetzt, allerdings auf Grund derselben Tatsachen, den Beklagten dafür schadensersatzpflichtig macht, daß er einen wechselmäßigen Anspruch nicht erlangt hat.

2. Abs. 3. **a) RG.** R. **09** Ziff. 2155. Die Vorschrift findet keine Anwendung auf den Fall, daß seitens des Klägers und Widerbeklagten gegenüber den mit der Widerklage erhobenen Ansprüchen der Aufrechnungseinwand erhoben wird. **b) RG.** JDR. **7** § 529 Ziff. 2 e jetzt auch WarnE. **2** Ziff. 160. OLGRat Meyer-Breslau bespricht in SeuffBl. **09** 494 diese Entsch. zustimmend. Er empfiehlt de lege ferenda im § 529 Abs. 3 einen Zusatz dahin, daß die auf die Aufrechnung gegründete Einwendung nur dann zurückzuweisen ist, wenn bezüglich ihrer noch eine Beweisaufnahme geboten ist.

§ 536. RG. R. **09** Ziff. 3127. Hat der erste Richter einen Grundstückskaufvertrag wegen Rücktritts des Verkäufers gemäß § 326 BGB. für aufgehoben erklärt und deshalb den Beklagten zur Räumung verurteilt, erachtet dagegen der Berufungsrichter den Vertrag gemäß § 313 als formnichtig, so kann er, wenn der Räumungsanspruch nicht auf diese Nichtigkeit gestützt wurde, nicht die Berufung des Beklagten zurückweisen, sondern er muß die Klage abweisen.

§ 539. 1. ElsLothJZ. **09** 520 (Colmar). Wegen ungerechtfertigter Abweisung einer Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft ist Zurückverweisung unzulässig, da § 538 eine ausdehnende Auslegung nicht zuläßt.

2. Ziff. 2. **a) RG.** (VerZS.) **70** 179. Das BerG. hat in Anwendung des § 538 Abs. 1 Ziff. 2 die Sache auch dann an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, wenn dieses von Amts wegen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen hat, das BerG. dagegen den Rechtsweg für zulässig erklärt. Die Frage, ob § 558 Abs. 1 Ziff. 2 nur dann Anwendung findet, wenn der Beklagte die Unzulässigkeit des Rechtswegs als prozeßhindernde Einrede vorgeschützt hatte, ist von **RG.** IV GruchotsBeitr. **30** 161, **RG.** III **27** 347, **RG.** II JW. **92** 14 und **RG.** V im bejahenden Sinne, von **RG.** I **19** 67 (77) und **RG.** II **12** 377 im verneinenden Sinne beantwortet worden. Die VerZS. schließen

sich jetzt der letzteren Ansicht an, hauptsächlich aus folgenden Gründen: 1. Während es sich im Falle der Ziff. 3 allerdings um eine wahre Ausnahme von der Regel des § 537 handelt, erscheint die Zurückverweisung im Falle der Ziff. 2 gerade als eine zur Durchführung der Regel notwendige Anordnung; denn da das angefochtene Urteil ein reines Prozeßurteil ist, würde die Entscheidung des Berufungsgerichts über den erhobenen Anspruch erstmalig entscheiden. Daher unterliegt eine ausdehnende Auslegung hier keinem Bedenken. 2. Unter „prozeßhindernden Einreden" versteht die ZPO. nur zum Teil wahre Einreden, zum anderen Teile von Amts wegen zu prüfende Prozeßvoraussetzungen (Ziff. 1, 2 und 7 § 274). Da das auf Grund einer von Amts wegen berücksichtigten, prozeßhindernden Einrede ergangene Urteil ebenfalls ein reines Prozeßurteil ist, muß auch der gesetzgeberische Grund für die Zurückverweisung hier mit gleicher, aus der Rechtslogik fließender Kraft wirken, wie bei der vorgeschützten Einrede. 3. Daß „Einrede" nach der ZPO. stets gleichbedeutend sei mit „vorgeschützter Einrede", ist nicht richtig. — Dieser Entscheidung schließt sich an **b)** SchlHolstAnz. **09** 354 (Kiel). — Dagegen noch auf dem anderen Standpunkte steht **c)** R. **09** Ziff. 1357 (Frankfurt). — **d) RG.** R. **09** Ziff. 3601. Ist von zwei Posten einer Werklohnforderung nur der eine nach Grund und Betrag unstreitig, so muß das Berufungsgericht hinsichtlich des zweiten Postens den Grund des Anspruchs feststellen und darf nur wegen dieses Betrags die Sache zurückverweisen. **e) RG.** SeuffA. **64** 79. Wenn das Gericht erster Instanz auf Grund einer Einrede, auf welche es die Verhandlung beschränkt hatte, die Klage abgewiesen hatte und das BerG. den Grund des Anspruchs für gerechtfertigt erachtet, so erfolgt die Zurückverweisung nur über den Betrag des Anspruchs. Daß das BerG. gemäß § 539 unter Verwerfung der Einrede die Sache in vollem Umfange hätte zurückweisen müssen, ist unrichtig. **f) RG.** JW. **09** 394, R. **09** Ziff. 2015. Wenn nur der Betrag, nicht auch der Grund des Anspruchs streitig ist, ist Zurückverweisung unzulässig. Vorliegend ist auch der Grund des Anspruchs streitig, da der Beklagte einen gegen den Grund gerichteten Einwand erhoben hat, wenn er auch den Einwand nicht erheben durfte, weil ihm die Replik der Rechtskraft des Urteils eines Vorprozesses entgegenstand.

§ 540. 1. **RG.** JW. **09** 318 Ziff. 18. Zuerst hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob ein prozeßgerechtes Urteil der Vorinstanz vorliegt, mit dem es sich überhaupt zu befassen verpflichtet ist. So ist bei einer Schadensfeststellungsklage zuerst zu prüfen, ob das erlassene Zwischenurteil gemäß § 304 zulässig ist (vgl. oben zu § 304 Ziff. 1 b), nicht dagegen, ob die Feststellungsklage zulässig ist.

2. ElsLothJZ. **09** 520 (Colmar). Zurückverweisung, wenn der Zeitpunkt, in welchem eine Partei den ihr zugeschobenen erheblichen Eid angenommen oder zurückgeschoben hat, sich aus den Sitzungsprotokollen und dem Urteilstatbestande nicht feststellen läßt.

3. SeuffA. **64** 121 (Bamberg). Bei unzulässiger Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs ohne Entscheidung über die Aufrechnungseinrede liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor (vgl. zu § 304 Ziff. 2 d γ). (Das Berufungsgericht hat zurückverwiesen, obwohl es über die Aufrechnungseinrede hätte entscheiden können. In diesem Falle hätte es aber, wenn es über den allein in die zweite Instanz erwachsenen Grund des Klaganspruchs sachlich entscheiden wollte, bezüglich der Aufrechnungsforderung nach Grund und Betrag und bezüglich des Betrags des Klaganspruchs als erste Instanz erkannt.)

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Die Vorschläge zur Umgestaltung der Revision sind im Zusammenhange mit der allgemeinen Frage der Entlastung des Reichsgerichts (oben GVG. Neunter Titel. S. 705) behandelt.

§ 546. 1. Vermögensrechtlicher Anspruch. **RG.** JW. **09** 499, R. **09** Ziff. 2450. Entscheidend für die Frage, ob eine Rechtsstreitigkeit über einen vermögensrechtlichen Anspruch vorliegt, ist die Natur desjenigen Rechtes, für welches die Klagepartei richterlichen Schutz verlangt; ist dieses ein Vermögensrecht, so kommt es für die Anwendung des § 546 darauf nicht an, welche Zwecke die beklagte Partei bei den Handlungen, in denen der Eingriff in das Vermögensrecht des Klägers gefunden wird, verfolgt, und ob sie diese Handlungen zur Wahrnehmung von Interessen nicht vermögensrechtlicher Natur vorgenommen hat. So ist der Anspruch des Klägers auf Aufhebung der gegen ihn verhängten Sperre und Aushändigung des Handscheins, durch welche Maßregeln der Kläger in seinem Erwerb und Fortkommen gehindert und geschädigt sein will, ein vermögensrechtlicher.

2. Streit- und Beschwerdegegenstand. a) **RG.** JW. **09** 727, R. **09** Ziff. 3602. Die Zusammenrechnung des Klage- und Widerklagebetrags findet dann nicht statt, wenn der Widerklaganspruch nur das Widerspiel des Klaganspruchs ist, so daß nicht mehrere selbständige Ansprüche einander gegenüberstehen (mit der Klage wurde die Feststellung verlangt, daß die zwischen den Grundstücken der Parteien errichtete Mauer je zur Hälfte auf diesen Grundstücken steht, mit der Widerklage die Feststellung, daß die Mauer ausschließlich auf dem Grundstücke der Beklagten steht). b) **RG. 71** 68. Der Wert des Streitgegenstandes richtet sich bei negativen Feststellungsklagen nach dem Betrage des Anspruchs, dessen sich der Beklagte berühmt hat. Damit deckt sich der Wert des Beschwerdegegenstandes der Revision, wenn der abgewiesene Feststellungskläger das Rechtsmittel einlegt. c) **RG.** JW. **09** 395, R. **09** Ziff. 1912. Die Vorschrift des § 7 beseitigt und berührt nicht den sich aus dem Wesen des Beschwerdegegenstandes ergebenden Grundsatz, daß dieser an dem eigenen Interesse des Revisionsklägers seine Grenze findet, so daß, wenn mit der Revision das Interesse des Eigentümers am Nichtbestehen der an seinem Grundstücke vom anderen Teile beanspruchten Grunddienstbarkeit verfolgt wird, der höhere Wert, den diese für das herrschende Grundstück hat, unberücksichtigt bleiben muß (vgl. **RG. 16** 342, **45** 402, **63** 98). Ebenso **d) RG.** JW. **09** 319, SächsRpflA. **09** 262. **e) RG.** LeipzZ. **09** 933. Ist die Verurteilung ohne Berücksichtigung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts, also vorbehaltlos, erfolgt, so ist Beschwerdewert nicht der Betrag der zuerkannten Forderung, sondern der nach § 3 frei zu schätzende Wert, d. h. hier entscheidet das Interesse des Beklagten an der Verurteilung Zug um Zug. **f) RG.** R. **09** Ziff. 882. Für die Revisionssumme eines Ergänzungsurteils (§ 321) kommt der Streitgegenstand des Hauptturteils grundsätzlich nicht in Betracht.

3. Einzelfälle. a) **RG.** JW. **09** 730, R. **09** Ziff. 3388. Bei einer Interventionsklage, mit welcher die Beseitigung von Pfändungen rücksichtlich vier untereinander verschiedener Gruppen von Pfandstücken verlangt wird, ist für die Berechnung des Wertes des Beschwerdegegenstandes davon auszugehen, daß vier verschiedene, selbständige Ansprüche geltend gemacht werden und daß hinsichtlich jedes Anspruchs nicht der Wert der einzelnen Pfandstücke, sondern der Gesamtwert aller für dieselbe Forderung gepfändeten Stücke in Rechnung zu ziehen ist (§ 6). **b) RG.** WarnE. **2** Ziff. 41. Der Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung und der Anspruch auf Zahlung haben jeder ihren besonderen Streitwert. Der Wert des vorbereitenden Anspruchs wird nicht dadurch erhöht, daß der Anspruch mit einer Begründung abgewiesen wird, die zugleich den Zahlungsanspruch als hinfällig erscheinen läßt. **c) RG.** R. **09** Ziff. 3828. Die Revision ist trotz eines 2500 M. übersteigenden Betrags der zuerkannten Forderung unzulässig, wenn der Beklagte nur eine Verurteilung Zug um Zug gegen Herausgabe von Dividendenscheinen erstrebt, deren Wert die Revisionssumme nicht er-

reicht. **d)** **RG.** SeuffA. **64** 332, R. **09** Ziff. 3603. Bei einem Streite über eine Grunddienstbarkeit richtet sich der Wert des Beschwerdegegenstandes nach dem Interesse des Revisionsklägers (vorliegend nach dem Werte der Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück). Die §§ 3—9, mithin auch die Bestimmung des § 7 können auf die Wertfestsetzung des Beschwerdegegenstandes keine wörtliche, sondern nur eine entsprechende Anwendung finden, entsprechend der Verschiedenheit des Beschwerde- und des Streitgegenstandes (vgl. **RG. 16** 343). **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1093. Der Wert des Streitgegenstandes für die Revisionsinstanz, wenn die auf Erteilung von Abtretungserklärung für Hypotheken belangten Beklagten und Revisionskläger geltend machen, daß die Hypotheken zwischen ihnen und der Klägerin als Erben des eingetragenen Gläubigers zur Teilung zu bringen seien, bestimmt sich nach dem Interesse der Beklagten an der Teilung; hierfür ist, obwohl Klägerin die Erteilung der Erklärung bezüglich der ganzen Hypotheken verlangt, allein maßgebend, daß die von den Beklagten abzugebenden Erklärungen sachlich nur ihr anteiliges Recht an den Hypotheken betreffen.

§ 549. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2017. Nach Artt. 77, 109 EGBGB. als Landesrecht weiterbestehende Rechtsnormen sind revisibel.

2. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 469. Aus dem Umstande, daß ein Landesgesetz zur Definition eines Begriffs auf ein Reichsgesetz verweist, ist nicht herzuleiten, daß für die Entscheidung über die in dem Landesgesetze geregelte Materie reichsgesetzliche Rechtsnormen in Frage kommen. Ist in der angefochtenen Entscheidung jener Begriff verkannt, so ist deshalb als verletztes Gesetz auch nicht das Reichsgesetz, sondern das Landesgesetz zu erachten.

3. **RG. 70** 291, R. **09** Ziff. 1176. Die Statuten der Knappschaftsvereine sind partikuläre, nicht revisible Rechtsnormen (vgl. **RG. 38** 126, **66** 433).

4. **RG.** JW. **09** 319. Im Bezirke des OLG. Cöln gilt das ALR. nicht mehr, nachdem die Gemeinde Langenberg bereits vor Erlaß des jetzt angefochtenen Urteils vom OLGBezirk Cöln abgezweigt und dem OLGBezirk Düsseldorf zugeteilt worden ist.

§ 551. Ziff. 7. **RG.** JW. **09** 500. Folgendes, auf Grund eigener Erfahrungen des Gerichts gewonnene Ergebnis: „Darin, daß man das Backbordruder für das richtige gehalten habe, könne keinesfalls eine Fahrlässigkeit erblickt werden," ist eine tatsächliche Feststellung, deren knappe Begründung die Grenze des Zulässigen erreichen mag, in der sich jedoch ein Rechtsirrtum nicht nachweisen läßt.

§ 554. 1. **RG. 71** 16, JW. **09** 319, R. **09** Ziff. 1796. Seit Geltung der Novelle 1905 ist der schriftliche Revisionsantrag nicht nur vorbereitender Natur; Revisionsantrag und -begründung sind wesentliche Erfordernisse des Rechtsmittels. Wegen Rücknahme s. zu § 566 .

2. Begründung. **RG.** JW. **09** 465. Allgemeine Bezugnahme auf die Schriftsätze statt genauer und bestimmter Bezeichnung der nicht berücksichtigten Tatsachen genügt nicht.

3. **a)** BayObLG. **10** 269, R. **09** Ziff. 2680 (BayObLG.). Auch hinsichtlich der vorangegangenen Entscheidungen (§ 548) muß die Revision selbständig Antrag und Begründung enthalten. — Hiergegen wendet sich: **b)** Hellmann, BayRpflZ. **09** 381 ff. Ein unselbständiges Zwischenurteil ist ein integrierender Bestandteil des Endurteils. Die gegen letzteres angeführten Revisionsgründe und gestellten Anträge ergreifen von selbst auch diesen Bestandteil.

§ 556. **RG.** LeipzZ. **1910** 77. Der Anschließungsantrag kann noch in der mündlichen Verhandlung, wie eingeschränkt, so auch erweitert werden.

§ 559. **RG.** JW. **1910** 27. Falsche Beurteilung der Rechtskraft ist ein materieller Verstoß, wenn es sich um ein in einem anderen Prozeß ergangenes Endurteil handelt, dagegen ein Verstoß im Verfahren, wenn es sich um ein Zwischenurteil desselben Prozesses handelt.

§ 561. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 883. Ist erst während der Revisionsinstanz der Beklagte in Konkurs geraten, so ist der Antrag des Klägers auf Feststellung der angemeldeten, aber bestrittenen Forderung nicht zu beachten. Das Revisionsurteil hat so zu ergehen, wie es das Berufungsgericht auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts hätte erlassen sollen.

2. **RG. 70** 405 (408), R. **09** Ziff. 1567. Der nicht gemäß § 320 berichtigte, auch nicht mit einer Bekundung des Sitzungsprotokolls in Widerspruch stehende (§ 314) Tatbestand ist für das Revisionsgericht maßgebend, auch wenn vor dem Revisionsgerichte beide Parteien übereinstimmend erklären, daß der Tatbestand in einem bestimmten Punkte unrichtig sei.

§ 565. **RG.** R. **09** Ziff. 534. An die frühere tatsächliche Beurteilung ist das Berufungsgericht nicht gebunden.

§ 566. **RG. 71** 16, JW. **09** 319, R. **09** Ziff. 1796. Seit Geltung der Novelle 1905 ist der schriftliche Revisionsantrag nicht nur vorbereitender Natur (s. zu § 554 Ziff. 1). Daher sind gehörig gestellte und begründete, aber nach der Terminsbestimmung durch Schriftsatz zurückgenommene selbständige Revisionsanträge nicht mehr als überhaupt nicht gestellt zu behandeln. Die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Zurücknahme der Berufung (§ 515) bedeutet demnach jetzt, daß bei Rücknahme auf Antrag auf Verlusterklärung zu erkennen ist.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

Vor § 567. Über Zurücknahme der Beschwerde s. zu § 573.

§ 567. 1. OLG. **19** 125 (Hamburg). Der Antrag des Klägers, ihn bei der Beweisaufnahme (Besichtigung der Ware durch den Sachverständigen) zuzulassen, ist ein das Verfahren betreffendes Gesuch.

2. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle Vorb. vor § 567 I, *Stein, LeipzZ. **09** 654. Beschwerden im Aufgebotsverfahren gehen nicht an die K. f. HS., in der Zwangsvollstreckung nur dann, wenn das AG. als Prozeßgericht (§§ 887 f.) entschieden hat.

§ 568. Selbständiger Beschwerdegrund. 1. KGBl. **09** 70 (KG.). Allein in einer vermeintlich unrichtigen Würdigung kann kein neuer selbständiger Beschwerdegrund gefunden werden: Solcher läge nur vor, wenn ein Beschwerdegrund völlig übergangen und damit dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör versagt wäre. So aber weicht die 2. Instanz nur in ihrer Begründung von der Entscheidung des 1. Richters ab.

2. OLG. **19** 126 (KG.). Wenn das Beschwerdegericht einen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, den bereits der erste Richter nicht berücksichtigt hatte, gleichfalls unbeachtet gelassen hat, so liegen auch hinsichtlich der Verneinung dieses Mangels zwei übereinstimmende Entscheidungen der Vorinstanzen vor.

§ 569. 1. Erfordernisse des Protokolls. **RG.** LeipzZ. **09** 546 bemängelt das Verfahren des Gerichtsschreibers, der einer ihm überreichten Parteibeschwerdeschrift äußerlich derart die Gestalt eines Protokolls gegeben hat, daß er an ihre Spitze unter gleichzeitiger Durchstreichung einzelner Worte den Eingang setzte: Es erscheint X. und erklärt: „Gegen den Beschluß ... lege ich Beschwerde ein und will zur Begründung noch bemerken", daß er ferner über der Unterschrift des Klägers die Worte einfügte „selbst gelesen, genehmigt, unterschrieben" und unter die Unterschrift das Wort „geschlossen" sowie seinen Namen und Amtsbezeichnung setzte. Eine solche Beschwerde ist nicht einmal eine Beschwerde ohne Gründe, sondern sie verstößt überhaupt gegen den Zweck des Gesetzes, welcher die Einlegung verworrener Beschwerden durch Erklärung zu Protokoll verhüten will. ➛ Diese Entscheidung ist nicht recht verständlich. Es kommt doch auf den Inhalt der Beschwerdeschrift an! Red. ⟵

2. Abs. 2. a) **RG.** JW. **19** 115. Das Formerfordernis erstreckt sich nicht nur auf die Beschwerdeeinlegung, sondern auch auf die Begründung. Ist daher zwar die Einlegung formgerecht geschehen, nicht aber die bereits vorher eingereichte Begründung, so ist die Beschwerde unzulässig. Vgl. JDR. **7** § 569 Ziff. 2 a. **b**) SeuffBl. **09** 213, BayRpflZ. **09** 72 (BayOLG.) Die Formvorschrift des § 569 Abs. 2 gilt auch für die Beschwerde nach § 35 RAO.

§ 573. OLG. **19** 127 (KG.). § 515, insbesondere § 515 Abs. 3 findet auf die Zurücknahme der Beschwerde keine Annahme. Sonst hätte der Gesetzgeber ebenso wie in §§ 346, 566 darauf verwiesen. Anders Gaupp-Stein § 573 I 5, Petersen-Anger vor § 567, Seuffert § 867 Ziff. 4. Ebenso Struckmann-Koch § 569 Note 6.

§ 574. Abs. 2. BayObLG. **9** 442 (BayObLG.). Der Antrag, daß über die vom Oberlandesgericht als unzulässig verworfene Beschwerde das Beschwerdegericht entscheide, unterliegt derselben Formvorschrift wie die Beschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts.

§ 575. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1361. Hat das angegangene Gericht eine sachliche Entscheidung wegen Unzuständigkeit abgelehnt, wird von dem Beschwerdegericht aber die Zuständigkeit angenommen, so kann das Beschwerdegericht die sachliche Entscheidung dem ersten Gerichte nach Analogie von § 38 Abs. 1 Ziff. 2 überlassen.

2. OLG. **19** 128 η (KG.). Bei der Aufhebung und Zurückverweisung der Sache gemäß § 575 ist § 565 Abs. 2 analog anzuwenden. Auch das Beschwerdegericht kann von der Rechtsansicht, wenn die Sache abermals in die Beschwerdeinstanz gelangt, nicht mehr abweichen.

§ 576. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle zu § 576, vertritt jetzt (anders Kommentar) die Ansicht, daß die Erinnerung gegen Entscheidungen des Gerichtsschreibers dem Anwaltszwang in keinem Falle unterliegt. Vgl. o. zu § 104 Ziff. 3.

§ 577. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 314. Das OLG. hat gemäß § 574 Abs. 2 auch hier die Zulässigkeit der Beschwerde zu prüfen, die gegen eine von ihm erlassene Entscheidung eingelegt wird.

2. OLG. **19** 126 (Dresden). Die Vollmacht, deren Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen ist, muß bei sofortigen Beschwerden innerhalb der Beschwerdefrist beigebracht werden.

3. OLG. **19** 125 (KG.). Eine für das LG. III bestimmte, bei der gemeinschaftlichen Briefannahme der Berliner Gerichte in Alt-Moabit vor dem Ablaufe der Frist eingehende Beschwerdeschrift ist rechtzeitig eingegangen, auch wenn sie die innere Aufschrift „An das LG. I" trug und erst nach Ablauf der Frist bei dem LG. III einging. Denn die Beamten der gemeinschaftlichen Briefannahme sind nach der Geschäftsordnung des KG.-Präsidenten vom 9. April 1906 zu Gerichtsschreibern für die sämtlichen Gerichte bestellt.

§ 578. Wegen des Wertes des Streitgegenstandes s. zu § 3 Ziff. 3 f.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 580. Ziff. 7 b. 1. Jahn, JW. **09** 187, schlägt vor, die Bestimmung des § 580 Ziff. 7 b auf die Auffindung anderer Beweismittel auszudehnen, da z. B. in dem Falle, daß nach Erlaß des rechtskräftigen Urteils ein Zeuge für einen vor der mündlichen Verhandlung liegenden Vorgang aufgefunden wird, alle Rechtsbehelfe, auch § 767, versagen. ➺ Hier könnte wohl schon dadurch geholfen werden, daß es für § 767 genügt, wenn der Schuldner von dem der Einwendung zugrunde liegenden Vorgang im maßgebenden Zeitpunkte keine Kenntnis gehabt hat, wie dies bei § 268 Ziff. 3 angenommen wird. Anders allerdings die herrschende Meinung zu § 767 Red. ⇐

2. BadRpr. **09** 83 (VerwGH.). Keine Urkunde im Sinne von Ziff. 7 b und von §§ 415—418 ist der Abdruck eines Ortsstatuts oder eines Kassenstatuts. Beide sind Rechtsnormen und als solche nicht Gegenstand eines prozessualen Beweises.

3. ElsLothJZ. **09** 310 (312) (Colmar). Weitere Beweise zum Verständnisse der vorgelegten Urkunden durch noch aufzufindende andere Urkunden, durch Sachverständige und Zeugen sind ausgeschlossen. Andere Beweismittel, als Urkunden, sind nur statthaft, soweit es sich um die Echtheit der Urkunden oder die Richtigkeit ihres Datums handelt.

§ 581. 1. OLG. **19** 129 η, SeuffA. **64** 167 (Kiel). Die „anderen Gründe" als Mangel an Beweis sind rein äußere, die Einleitung oder Durchführung des Strafverfahrens unmöglich machende Umstände, wie z. B. Abwesenheit oder Tod des Angeklagten, nach Begehung der Tat eingetretene Unzurechnungsfähigkeit, Verjährung, nicht aber gehört hierher die Freisprechung wegen Unzurechnungsfähigkeit zur Zeit der Tat.

2. OLG. **19** 129 y, SeuffA. **64** 167 (Kiel). Unter Mangel an Beweis ist nicht nur der Mangel an Beweis des objektiven Tatbestandes, sondern auch des subjektiven Tatbestandes zu verstehen. Daher ist die Restitutionsklage unzulässig, wenn das Strafverfahren wegen Falscheides des Gegners an dessen Unzurechnungsfähigkeit scheiterte.

§ 582. 1. a) **RG.** JW. **09** 464. Die auf § 580 Ziff. 7 b gestützte Restitutionsklage ist unzulässig, wenn der Restitutionskläger es in dem früheren Verfahren unterlassen hat, sich gemäß § 428 die Urkunde zu verschaffen. b) ElsLothJZ. **09** 311 (Colmar). Die Restitutionsklage ist unzulässig, wenn die Partei nicht rechtzeitig ernstliche Nachforschungen vorgenommen hat und die Urkunde (§ 580 Ziff. 7 b) durch ihr Verschulden zu spät aufgefunden hat. —

2. ElsLothJZ. **09** 311 (Colmar). Beweispflichtig für das Vorhandensein der Voraussetzung des § 582, als eines Erfordernisses der Zulässigkeit der Klage, ist der Restitutionskläger.

§ 586. Abs. 2. ElsLothJZ. **09** 310 (Colmar). Ist Anfechtungsgrund die Auffindung von Urkunden, so ist die Kenntnis erlangt, sobald der Kläger in der Lage ist, den Urkundenbeweis anzutreten, d. h. entweder die Urkunden dem Gerichte vorzulegen oder die Anträge zu bezeichnen, welche er zu ihrer Herbeischaffung zu stellen beabsichtigt.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 593. Abs. 2 Satz 1. SeuffBl. **09** 475 (München). Die Erfüllung des im § 593 Abs. 2 Satz 1 aufgestellten Erfordernisses ist durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. Die nachträgliche Ergänzung einer Postübergabeurkunde aus dem Gedächtnisse genügt nicht, da sie nicht zur Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers gehört und der Mangel der öffentlichen Urkunde nicht durch eine nachträgliche private Urkunde geheilt werden kann. ➵ Diese Entscheidung steht im Widerspruche mit dem allgemein anerkannten und zu billigenden Grundsatze, daß Zustellungen auch durch andere Beweismittel als durch Zustellungsurkunden nachgewiesen werden können. Vgl. Gaupp-Stein § 190 Note I. Im übrigen dürfte, sofern der Gerichtsvollzieher die nachträgliche Beurkundung vornimmt, der Nachweis durch öffentliche Urkunde erbracht sein. Red. ⇜ Zurückweisung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils oder Klagabweisung gemäß § 597 Abs. 2 in diesem Falle? Darüber vgl. zu § 597.

§ 596. 1. WürttJ. **21** 20 (Stuttgart). Abstandnahme vom Urkunden- und Wechselprozeß in der Berufungsinstanz ist zulässig, wenn der Beklagte zustimmt (s. schon diese Entsch. JDR. **7** § 596 Ziff. 2).

2. SchlHolstAnz. **09** 362 (Kiel). Der Übergang vom Wechselprozesse zum gewöhnlichen Urkundenprozeß ist gemäß analoger Anwendung von § 596 zulässig.

§ 597. Abs. 2. SeuffBl. **09** 475 (München). Zurückweisung des Antrags auf Erlaß des Versäumnisurteils statt Klagabweisung gemäß § 597 Abs. 2 (z. B. im Falle der Entscheidung oben zu § 593) beschwert den Kläger nicht.

§ 600. 1. OLG. **19** 120 γ (Kiel). Die Berufung gegen das Vorbehaltsurteil ist an sich statthaft, obwohl bereits im Nachverfahren zur Zeit der Zustellung des Berufungsschriftsatzes ein dasselbe bestätigendes Urteil ergangen war. Denn letzteres hängt von dem Bestande des Vorbehaltsurteils ab.

2. Nachverfahren. **a)** OLG. **19** 120 β, R. **09** Ziff. 1911 (Hamburg). Das im Nachverfahren ergangene Urteil verliert nicht den Charakter eines nach § 511 anfechtbaren Endurteils dadurch, daß das Vorbehaltsurteil durch die höhere Instanz aufgehoben wird. **b)** OLG. **19** 120 β (Hamburg). Das Nachverfahren wird unzulässig, sobald durch die höhere Instanz das Vorbehaltsurteil rechtskräftig aufgehoben ist. Gleichgültig ist, ob diese Aufhebung vor oder nach Erlassung des erstinstanzlichen Urteils im Nachverfahren erfolgt ist. **c)** OLG. Hamburg, JDR. **7** § 600 Ziff. 3 b jetzt auch SeuffA. **64** 168 (Hamburg), HansGZ. **09** (Beibl.) 14.

§ 603. SeuffA. **64** 429, LeipzZ. **09** 702, R. **09** Ziff. 1569 (Hamburg). Neben den Gerichtsständen des § 603 stehen dem Wechselkläger die besonderen Gerichtsstände der §§ 20—23, 28, 29, 30, 31 nicht zur Wahl. Die im engsten Anschluß an Art. 4 Ziff. 8 WO. erfolgte Regelung der Zuständigkeit hat, wie auf Grund der Motive des Entw. zur ZPO. 62, 356 dargelegt wird, eine abschließende sein sollen.

§ 605. KGBl. **09** 51 (KG.). Im Wechselversäumnisverfahren ist die auch ohne Beweisantritt aufgestellte Behauptung, daß der Wechsel am Verfalltage präsentiert worden ist, als zugestanden anzusehen.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vor § 606. Besonderheiten des Scheidungsprozesses. **RG.** WarnE. **2** Ziff. 431. Beschränkt sich die Partei auf Geltendmachung eines bestimmten Scheidungsgrundes, obwohl aus dem Inbegriffe der Verhandlungen eine Mehrzahl von Scheidungsgründen hervorgeht, so ist der Richter nicht befugt, gegen den Willen der Partei die Scheidung aus einem anderen, als dem geltend gemachten Grunde auszusprechen. Begehrt jedoch die Partei allgemein Scheidung, so ist zu prüfen, ob die geltend gemachten und erwiesenen Tatsachen aus irgendeinem der gesetzlichen Scheidungsgründe das Scheidungsbegehren begründet erscheinen lassen.

§ 606. 1. Abs. 1. HansGZ. **09** Beibl. 161 (Hamburg). Für die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft sind die deutschen Gerichte gemäß § 606 Abs. 1 zuständig, trotzdem es sich um eine Ehe von Ausländern handelt.

2. Abs. 4. **a)** **RG.** JDR. **7** § 606 Ziff. 1 jetzt auch **RG. 70** 139. **b)** Bei Scheidung russischer, in Deutschland wohnender Juden. HansGZ. **09** Beibl. 161 (Hamburg). Das russische Recht enthält im § 210 der russischen ZPO. die Vorschrift, daß Personen, die sich im Auslande befinden, oder deren Wohn- und Aufenthaltsort unbekannt ist, am Orte ihres letzten Domizils in Rußland belangt werden können (Leske und Löwenfeld II 591). Es erkennt daneben, jedenfalls in Ehesachen, für seine Staatsangehörigen einen Gerichtsstand im Auslande nicht an. Die deutschen Gerichte sind danach unzuständig, vgl. ebenso Urteile des cour d'appel de Paris vom 17. März 1902 und des cour de cassation vom 29. Mai 1905 (ZIPR. **18** 457) und des KG. (OLG. **14** 241, vom RG. bestätigt). Wegen

des zur Wirksamkeit der Ehescheidung nach jüdisch-talmudischem Eherechte noch erforderlichen Scheidungsbriefs EGBGB. Art. 17.

§ 612. **RG.** PosMSchr. **09** 47, R. **09** Ziff. 2009. Ein Geisteskranker ist nicht schon wegen der Geisteskrankheit notwendig prozeßunfähig. Vielmehr hat das Gericht in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Geisteskrankheit derart ist, daß sie die Prozeßfähigkeit ausschließt (§ 104 Ziff. 2 BGB.).

§ 617. R. **09** Ziff. 2676 (München). Verzichtet die Klägerin und Berufungsklägerin auf ihr Scheidungsrecht, beantragt aber der Beklagte nicht Abweisung demgemäß (§ 306), sondern nur Zurückweisung des Rechtsmittels, so ist lediglich festzustellen, daß die Entscheidung des ersten Richters infolge Verzichts außer Kraft getreten ist; die Kosten treffen die Klägerin.

§ 618. Abs. 5. OLG. **19** 140 γ, R. **09** Ziff. 3132 (Colmar). Kostenversäumnisurteil nach Berufungszurücknahme ist zulässig.

§ 619. 1. **RG.** JW. **1910** 25. Die Vernehmung der Ehescheidungsklägerin über das eheliche Geschlechtsleben darf nicht aus Schonung für sie mit tunlichster Kürze bewirkt werden. Eine Frau, die keine Scheu trägt, Vorkommnisse des ehelichen Geschlechtslebens zum Gegenstand einer gerichtlichen Klage zu machen, muß gewärtig sein, daß volle Klarstellung von ihr verlangt wird.

2. Abs. 3. KGBl. **09** 113 (KG.) hält den Beklagten, der auf Veranlassung seines Anwalts nicht erschien, nicht für entschuldigt, da das Verfahren des Anwalts im vorliegenden Falle nicht der Sachlage entsprach und der Beklagte selbst die Sachlage genau kannte und wußte, daß trotz des Ausbleibens des Zeugen sein persönliches Erscheinen erforderlich war.

§ 620. 1. **RG.** JW. **1910** 69. Ist die Widerklage nicht auf Scheidung gerichtet, sondern nur auf Mitschuldigerklärung des Klägers für den Fall, daß seiner Scheidungsklage stattgegeben werde, so hat die Widerklägerin kein Recht auf Aussetzung.

2. **RG.** JW. **09** 280. Daraus, daß der Berufungsrichter einen Sühneversuch mit den Parteien nicht angestellt hat, folgt nur, daß er ihn für aussichtslos angesehen hat, nicht aber, daß er sich der Bestimmung im § 620 nicht bewußt gewesen sei.

§ 622. **RG.** JW. **09** 500. Hat das Gericht aus der konkreten Sachlage keinen Grund für die Ausübung der durch § 622 gewährten, im freien Ermessen stehenden Befugnis entnommen, so entzieht sich dies der Nachprüfung des Revisionsrichters. Ein Revisionsgrund wäre nur gegeben, wenn das Instanzgericht seiner gesetzlichen Befugnis sich gar nicht bewußt gewesen wäre.

§ 624. Feststellung, daß die Ehe mit mehreren Unbekannten gebrochen ist. S. zu § 511 Ziff. 2 b.

§ 627. 1. Recht auf einstweilige Verfügung. **a)** **RG.** PosMSchr. **09** 75, BayRpflZ. **09** 374. Die für die Scheidungsklage nach § 1571 BGB. erforderlichen Voraussetzungen sind für die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung ohne Bedeutung. Dagegen kann der Richter, wenn sie fehlen, Veranlassung nehmen, die einstweilige Verfügung zu verweigern oder wieder aufzuheben. **b)** **RG.** PosMSchr. **09** 75, R. **09** Ziff. 2019. Die Gestattung des Getrenntlebens ist nicht Voraussetzung der Regelung der Unterhaltspflicht. Es genügt, daß das Gericht die Voraussetzungen des § 1361 BGB. für gegeben erachtet. **c)** ElsLothJZ. **09** 179 (Colmar). Ist der Ehefrau das Armenrecht bewilligt und ein Anwalt beigeordnet, so besteht kein Anlaß, dem Manne eine Vorschußzahlung aufzuerlegen (§ 940). **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1114, R. **09** Ziff. 537. Keine Anwendung findet § 627 in dem Falle, daß der Mann von der Frau die Herausgabe von Einrichtungsgegenständen zu seinem Gebrauche fordert. Auch § 1361 BGB. findet keine Anwendung. **e)** BadRpr. **09** 113 (Karlsruhe). Für die einstweilige Verfügung betr. die Unterhaltsrente eines getrennt lebenden Ehegatten gilt auch die Bestimmung des § 1613 BGB. Die seit dem Verzuge rückständige Rente

kann zwar im Klagewege, nicht aber durch einstweilige Verfügung gefordert werden; denn für die Vergangenheit ist kein Bedürfnis vorhanden (§ 940)

2. Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern bei bestehender Ehe. a) **RG.** JDR. **7** § 627 Ziff. 1 c (ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts) jetzt auch **RG. 69** 94, R. **08** Ziff. 2680. — Ebenso **b)** RJA. **10** 100 (KG.), R. **09** Ziff. 2823 (Bay. ObLG.). ferner **c)** Crome, R. **09** 44 (der allerdings auf anderem Wege, wie das RG., gemäß §§ 1665, 1666 BGB. zu diesem Ergebnisse kommt). Dagegen **d)** Josef, SeuffBl. **09** 121, und **e)** Engelmann, R. **09** 563. **f)** ThürBl. **56** 153 (AG. Jena, bestätigt vom LG. Jena). Ebenso wie für die Regelung des Verkehs der Eltern mit den Kindern, ist auch für Verfügungen, welche sich als Ergänzung einer Verfügung des Prozeßgerichts darstellen, während der Dauer des Scheidungsstreits nur das Prozeßgericht zuständig. Dies gilt, obwohl die Ergänzung dem Vormundschaftsgerichte vom Prozeßgericht übertragen worden ist.

3. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. a) **RG.** ThürBl. **56** 39/40, R. **09** Ziff. 3801 hält die mehrfach beanstandete, aber auch mehrfach gebilligte Rechtsprechung nach neuer Prüfung aufrecht, wonach die einstweilige Verfügung gegen den Ehemann zulässig ist. Das Bedenken des OLG. Jena (ThürBl. **56** 39), daß das streitige Rechtsverhältnis (§ 940) der Bestand der Ehe, nicht aber das Güterverhältnis sei, ist nicht durchschlagend, da nach § 627 einstweilige Verfügungen gestattet sind, die keineswegs den Bestand der Ehe betreffen, sondern, wie z. B. die gegenseitige Unterhaltspflicht, nur in bezug auf dieses streitige Rechtsverhältnis die Regelung eines einstweiligen Zustandes bezwecken. Das muß auch für die güterrechtliche Pflicht zum Kostenvorschusse gelten, da auf andere Weise der Notlage einer vorschußpflichtigen, aber unbemittelten Ehefrau eines vermögenden Mannes wirksam nicht abgeholfen werden kann. **b)** HansGZ. **09** Beibl. 292 (Hamburg). Haben die Gatten im gesetzlichen Güterstande gelebt, so besteht nach Auflösung der Ehe eine Verpflichtung des Mannes zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses nicht mehr. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 216, NaumburgAK. **09** 75 Ziff. 3 (Hamburg) lehnt die einstweilige Verfügung ab, da der Ehemann, welchem das Armenrecht bewilligt ist, nicht imstande ist, neben den zu zahlenden Alimenten den Kostenvorschuß aufzubringen.

4. Inhalt der einstweiligen Verfügung. **a) RG.** R. **09** Ziff. 3134 (Cöln). Bei Bemessung des Unterhalts der Ehefrau ist nicht nur die Höhe ihres eigenen Vermögens, sondern auch das Einkommen des Ehemanns zu ihren Gunsten in Betracht zu ziehen. **b) RG.** R. **09** Ziff. 3135. Die Regelung des Unterhalts der Kinder ist nicht an die Vorschrift des § 1606 Abs. 2 BGB. gebunden, vielmehr ist das beiderseitige Vermögen zu berücksichtigen.

5. Wegfall der einstweiligen Verfügung. ElsLothJZ. **34** 466 (Colmar). Die analoge Anwendung des § 1571 Abs. 3 auf § 627 Abs. 2, so daß die einstweilige Verfügung hinfällig würde, wenn nicht innerhalb von drei Monaten seit Bestimmung des Sühnetermins die Scheidungsklage erhoben wird, ist unzulässig. Anders OLG. **2** 108 (KG.).

6. Unterhaltsklage trotz einstweiliger Verfügung? Die in JDR. **7** Ziff. 5 zit. Entsch. s. jetzt auch SeuffA. **64** 207.

§ 633. SächsRpflA. **09** 283 (Dresden). Ist Klage und Widerklage auf Nichtigkeit und Klage und Widerklage auf Scheidung der Ehe unzulässigerweise verbunden worden, aber, da das Gericht für jeden einzelnen der verbundenen Ansprüche zuständig ist, nur die gemeinschaftliche Verhandlung vor ihm unzulässig, so ist Trennung der Verhandlung gemäß § 145 geboten.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§§ 640 ff. SeuffBl. **09** 476 (München). Die Geltendmachung der Unehelichkeit eines Kindes gemäß § 1593 BGB. durch irgendeinen Beteiligten geschieht, anders wie die Anfechtungsklage des Ehemanns, lediglich nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (§§ 256 280 ZPO.) und zwar, wenn ein von der Unehelichkeit des Kindes abhängiges Verhältnis in Frage steht, durch Darlegung dieses Zwischenpunkts. Diese Feststellung der Unehelichkeit schafft Rechtskraft nur zwischen den Parteien. (Bei dieser Sachlage hat eine Klage, die von dem seine Ehelichkeit bestreitenden Kinde auf Feststellung seiner Unehelichkeit gegen die ältere Schwester gerichtet wird, nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn es ein Interesse daran hat, daß seine Unehelichkeit, wenn auch nicht gegen alle, so doch gegen die Schwester festgestellt werde.)

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 646. OLG. **19** 143 e (Rostock). Infolge der Nichtigkeitserklärung der Ehe gemäß § 1325 BGB. wird das Antragsrecht des Mannes rückwärts vernichtet, so daß der vor der Nichtigkeitserklärung gestellte Antrag unberechtigt war. Trotzdem ist der Mann befugt, in der von der Frau erhobenen Aufhebungsklage gemäß § 166 dem Staatsanwalte beizutreten. Dieses Recht hat der Antragsteller ohne Rücksicht darauf, ob er zu dem Antrage berechtigt war oder nicht.

§ 650. SeuffBl. **09** 563, BayObLG. **9** 571, R. **09** Ziff. 1914 (BayObLG.). Die Überweisung ist nicht veranlaßt, wenn nach der Sachlage die Vernehmung des zu Entmündigenden durch einen beauftragten Richter zu dem nämlichen Ziele führen kann wie die Vernehmung durch das entscheidende Gericht. Dies ist namentlich der Fall, wenn begründete Zweifel über die Geisteskrankheit des zu Vernehmenden nicht bestehen. Bei der Entscheidung darüber, ob der § 650 anzuwenden sei, ist auch zu erwägen, daß die Gerichte, in deren Bezirke sich Anstalten für Geisteskranke befinden, mit Entmündigungssachen ohne hinreichende Gründe überbürdet werden könnten, wenn von dieser Bestimmung nicht mit einer gewissen Vorsicht Gebrauch gemacht wird. — Vgl. hierzu Lönnies, DJZ. **09** 765.

§ 664. Abs. 3. **RG.** JW. **09** 665, BayRpflZ. **09** 434. Der Beginn der Klagefrist hängt für den Entmündigten davon ab, daß er nicht nur die Entmündigung erfährt, sondern auch von dem Entmündigungsgrunde Kenntnis erlangt. Zu dieser Kenntnis gehört aber nicht, daß der Entmündigte von dem ganzen Inhalte des Entmündigungsbeschlusses Kenntnis erhält (vgl. **RG. 68** 402, JDR. **7** § 664).

§ 666. Über das Recht zum Beitritte s. o. zu § 646.

§ 668. 1. Mankiewicz, JW. **09** 402. Der Entmündigte ist nicht berechtigt, selbst den Prozeßbevollmächtigten zu bestellen, anders RG. — Die herrschende Meinung verteidigt hiergegen Friedländer, JW. **09** 641.

2. Zur Lehre von der Pflichtanwaltschaft vgl. o. zu § 115 Ziff. 3.

§ 679. Zur Lehre von der Pflichtanwaltschaft vgl. o. zu § 115 Ziff. 3.

§ 686. Abs. 2. 1. Mankiewicz, JW. **09** 402. Der Anwalt ist auch hier, wie im Falle des § 668, Prozeßbevollmächtigter, da der Entmündigte auch hier für das Verfahren prozeßfähig ist. — Hiergegen im Sinne der herrschenden Meinung Friedländer, JW. **09** 641.

2. OLG. **19** 146, FrankfRundsch. **43** 82, R. **09** Ziff. 3136 a (Frankfurt). Der beigeordnete Pflichtanwalt hat einen klagbaren Anspruch auf Vorschuß gegen den Entmündigten.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Vor § 688. Fischer, SeuffBl. **09** 345, erörtert die Frage, ob der Gläubiger die Kosten eines auf Widerspruch zurückgenommenen Zahlungsbefehls im Prozeß als Verzugsschaden (§ 286 BGB.) geltend machen kann, im bejahenden Sinne.

§ 688. Reform. v. Freydorf, DJZ. **09** 817, empfiehlt, das Mahnverfahren auch auf die Herausgabe anderer beweglicher Sachen auszudehnen.

§ 697. Abs. 2. Novelle. Gaupp-Stein, Novelle § 697 Bem. IV 1, *Stein, LeipzZ. **09** 656. Bei Handelssachen gemäß § 101 GVG. kann der Antrag auf Verweisung an die K. f. HS. im Falle des § 697 Abs. 2 noch bei der Ladung vor das Landgericht gestellt werden. Die Verweisung des Amtsgerichts an die K. f. HS. als solche bindet nicht.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§ 704. OLG. **18** 387 (KG.). Wird nach Erlaß eines gemäß §§ 275, 304 ergangenen, in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehenden Zwischenurteils der übrig gebliebene Teil des Streitstoffs durch Endurteil erledigt, so ist allerdings die materielle Rechtskraft dieses Endurteils durch die des Zwischenurteils bedingt (**RG. 15** 348, Falkmann, ZwV. § 4 Ziff. 1, Gaupp-Stein IV 1 zu § 275). Dagegen hängt die vorläufige Vollstreckbarkeit des Endurteils nicht von der Rechtskraft des Zwischenurteils ab.

§ 705. **RG. 70** 431, JW. **09** 247 folgt der in der Rechtslehre herrschenden Ansicht, daß Urteile der OLG., auch wenn der Wert des möglichen Beschwerdegegenstandes 2500 M. nicht übersteigt, wegen der im § 547 Ziff. 1 enthaltenen Bestimmung nie ohne weiteres mit der Verkündung rechtskräftig werden, weil auch hier immer noch das Rechtsmittel der Revision „zulässig" ist.

§ 706. 1. **RG.** WarnE. **2** 411. Wenn irgendwelche Zweifel an der Zulässigkeit eines Rechtsmittels möglich sind, muß der Gerichtsschreiber des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts auf Verlangen ein Notfristattest erteilen. Ist aber nach der Art des in Betracht kommenden Urteils die Einlegung eines Rechtsmittels schlechthin ausgeschlossen, so darf er das Gesuch ablehnen.

2. OLG. **18** 388, SeuffA. **64** 246 (Darmstadt). Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts darf die Erteilung des Notfristattestes nicht deshalb verweigern, weil er die Zustellung des Urteils nicht für ordnungsmäßig hält. Es kann ihm aber dann nicht zugemutet werden, zu bescheinigen, daß innerhalb der Notfrist ein Schriftsatz nicht eingereicht sei, da nach seiner Ansicht ihr Lauf noch gar nicht begonnen hat. Er hat vielmehr in solchem Falle nur zu bescheinigen, ob überhaupt und event. wann ein Berufungsschriftsatz eingegangen ist (**RG. 9** 386, BuschsZ. **26** 95).

3. a) **RG.** SächsRpflA. **09** 455: Ein gewöhnlicher Streitgenosse, dem gegenüber der Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ist, kann, insoweit er betroffen ist, ein Rechtskraftzeugnis verlangen, auch wenn der Prozeß der übrigen Streitgenossen noch schwebt. b) OLG. **18** 388 (KG.). Aus dem Register für Berufungen, auf Grund dessen der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts das Notfristzeugnis erteilt, ist nur zu ersehen, daß Berufung eingelegt ist, nicht ob von mehreren Streitgenossen alle das Rechtsmittel ergriffen haben. Ist in solchem Falle der Gerichtsschreiber erster Instanz in der Lage, ohne weiteres das Rechtskraftzeugnis auszustellen, so ist der Gerichtsschreiber zweiter Instanz nicht verpflichtet, die in erster Instanz befindlichen Prozeßakten einzufordern und auf Grund ihrer Prüfung zunächst ein Notfristattest zu erteilen.

§ 707. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 540. Die Zwangsvollstreckung ist noch nicht beendet, wenn der Gerichtsvollzieher sich instruktionswidrig auf die Annahme einer bedingten Zahlung einläßt, statt zu pfänden. In solchem Falle kann daher noch Einstellung der ZwV. angeordnet werden.

2. Abs. 2. BadRpr. **09** 91 (Karlsruhe). Eine Beschwerde gegen die Einstellung auf Grund des Abs. 1 kann niemals darauf gestützt werden, das Gericht habe von dem ihm eingeräumten Ermessen einen unrichtigen Gebrauch gemacht (Gaupp-Stein Anm. zu § 707, **RG.** JW. **07** 840).

§§ 708 ff. Literatur: Landsberg, Reform der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urteile, PosMSchr. **09** 34—37.

§ 708. Ziff. 6. SächsRpflA. **09** 626 (Dresden): Bei Unterhaltsleistungen wird regelmäßig die Zurückerlangung des Geleisteten zweifelhaft sein. Die Gefahr der Nichtwiedererlangung des Geleisteten (§ 712) steht deshalb nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers der Anwendung des § 708 Ziff. 6 nicht entgegen.

§ 709. Ziff. 4. KGBl. **09** 52 (KG.). § 709 Ziff. 4 setzt eine Verurteilung zur Hauptsache voraus. Klagabweisende Urteile können daher nicht wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (Gaupp-Stein III zu § 709). Unerörtert bleibt, ob das gleiche für den Fall des § 710 gilt.

§ 710. 1. OLG. **19** 33 (KG.). Der Antrag, ein Urteil „gegen Sicherheitsleistung" für vorläufig vollstreckbar zu erklären, enthält ein „Erbieten" zur Sicherheitsleistung nach § 710. Dies „Erbieten" heißt aber nur, daß der Antragsteller bereit ist, Sicherheit zu leisten, sofern die ZPO. die Vollstreckbarkeit davon abhängig macht. Erfolgt demnächst Verurteilung zu einem 300 M. nicht übersteigenden Betrage, so muß das Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§ 709 Abs. 4).

2. KGBl. **09** 128 (KG.). Für die Hinterlegung einer prozessualen Sicherheit steht dem Prozeßbevollmächtigten die Gebühr des § 87 RAGebO. nicht zu. AM. Pfafferoth Anm. 2 zu § 87 RAGebO., KGBl. **09** 82 (LG. II Berlin).

§ 711. 1. a) Während der II. ZS. des OLG. Braunschweig, R. **09** Ziff. 3606, BraunschwZ. **09** 186, dem Wortlaute des § 711 gemäß der Meinung ist, daß auch klagabweisende Urteile des OLG. wegen der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind (ebenso Gaupp-Stein § 708 Anm. I 3, § 711 Anm. 3), vertritt der I. ZS. dess. Gerichts R. **09** 3605 die Ansicht, daß sowohl solche Urteile wie Urteile, welche die Berufung gegen klagabweisende Urteile zurückweisen, nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären seien, weil der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, einem Mißbrauche der Revision vorzubeugen, hier nicht Platz greife (ebenso: dass. Gericht BraunschwZ. **54** 163, Petersen-Anger § 711 Anm. 3, OLG. Naumburg, R. **02** 438). b) KGBl. **09** 16 (KG.). Auch Urteile, welche die Berufung gegen das den Beklagten verurteilende Erkenntnis erster Instanz zurückweisen, sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

2. OLG. **18** 389 (Frankfurt). § 711 bezieht sich, wie sein Wortlaut erkennen läßt und die Motive ergeben, lediglich auf solche Urteile, gegen die das Rechtsmittel der Revision in Frage kommt, daher nicht auf Versäumnisurteile, gegen die es einen Einspruch gibt. — Vgl. JDR. **7** § 711.

3. HansGZ. **09**. Beibl. 48 (Hamburg): Auch Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung können nach § 711 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

4. R. **09** Ziff. 3412 (Stettin). Eine Vollstreckbarkeitserklärung ist gegen einen Beklagten nicht auszusprechen, wenn dem mit einem revisiblen Teilbetrag abgewiesenen Kläger die Revision offensteht, weil dann auch dem Beklagten für den nicht revisiblen Betrag, auf den er verurteilt ist, die Anschlußrevision bleibt.

§ 713. 1. OLG. **18** 391 (Colmar). § 713 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn das Urteil nach § 710 nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist. Vgl. JDR. **6** § 713 Nr. 1.

2. R. **09** Ziff. 1916 (Colmar). Die Hinterlegung kann bei jeder im Deutschen Reiche landesgesetzlich zur Entgegennahme von Sicherheitsleistungen bestimmten Hinterlegungsstelle bewirkt werden.

3. KGBl. **09** 15 (LG. I Berlin). Die Hinterlegung einer Sicherheit von seiten des Schuldners gemäß § 713 Abs. 2 ist nicht — wie Gaupp-Stein Anm. V 2 zu § 804 u. a. im Anschluß an StriethA. **15** 209, **RG. 12** 397 annehmen — Zahlung unter der Resolutivbedingung der Aufhebung des die Hinterlegung anordnenden Urteils, sondern sie begründet ein Pfandrecht des Gläubigers an dem hinterlegten Betrag oder an dem Rückerstattungsanspruch gegen die Hinterlegungsstelle (so Förster-Eccius, Rehbein, BGB. I 346, II 302, KGBl. **05** 27). Durch Untergang der Pfandsache wird der Bestand der Forderung nicht berührt.

§ 715. SeuffA. **64** 426 (Frankfurt) = OLG. **16** 284 (s. JDR. **7** § 715). Dritter Hinterleger zur Rückforderung nicht aktiv legitimiert. — Ob dem Anwalte für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer geleisteten Sicherheit eine besondere Gebühr zusteht, ist noch immer streitig: BadRpr. **09** 95 u. NaumburgAK. **09** 69 (Naumburg) verneinen, NaumburgAK. **09** 38 (Naumburg) bejaht. Vgl. JDR. § 715 **1** 3, **3** 3, **4** 3, **5** 2, **6** 2.

§ 716. OLG. **18** 390 (Hamburg). Auch der Antrag aus § 713 Abs. 2 kann Gegenstand einer Ergänzung des Urteils gemäß §§ 716, 321 sein. Ist laut Tatbestand des Berufungsurteils in erster Instanz der Antrag aus § 713 Abs. 2 vom Beklagten gestellt, dort übergangen, in zweiter Instanz vom Beklagten nur der Antrag verlesen, die Berufung zu verwerfen, so liegt darin eventuell eine Wiederholung der erstinstanzlichen Bitte aus § 713 Abs. 2.

§ 717. Abs. 1 (§ 719). Fuchs, R. **09** 501. Hat das Berufungsgericht aus § 719 durch Beschluß die einstweilige Einstellung der ZwV. aus dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil erster Instanz angeordnet, so wird dieser Einstellungsbeschluß von selbst hinfällig, wenn ein die Berufung zurückweisendes Urteil des Berufungsgerichts ergeht (**RG. 42** 370). Wird dagegen das erstinstanzliche Urteil in der Berufungsinstanz abgeändert und die Klage abgewiesen, so wird der Einstellungsbeschluß gegenstandslos. Wird jedoch dann das abweisende Urteil des Berufungsgerichts in der Revisionsinstanz aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, so tritt der Einstellungsbeschluß ohne weiteres wieder in Kraft.

Abs. 2. 1. **RG.** WarnE. **2** 236, SächsRpflA. **09** 117. Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist auch dann gegeben, wenn das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil, auf Grund dessen die ZwV. vorgenommen ist, durch ein durch Eid bedingtes Urteil ersetzt wird (**RG. 64** 278, JW. **07** 519).

2. a) **RG.** WarnE. **2** 260 hält an der früheren Ansicht (**RG. 64** 283, JW. **07** 485) fest, daß die vom Schadensersatze handelnden allgemeinen Vorschriften des BGB., insbes. § 254, auch auf die Ansprüche aus vorläufiger Vollstreckung von Urteilen und aus Vollziehung ungerechtfertigter Arreste oder einstw. Verf. Anwendung finden. **b) RG.** R. **09** Ziff. 346. Es bildet kein Mitverschulden des auf Grund vorläufig vollstreckbaren Räumungsurteils entsetzten Pächters, wenn er sich nach Aufhebung dieses Urteils nicht von selbst wieder um Einräumung des Pachtbesitzes meldet. **c)** SchlHolstAnz. **09** 302 (Kiel). Gegen die rechtskräftige Verurteilung aus § 717 Abs. 2 ist an sich die Aufrechnung zulässig und zwar auch mit einer erst nach Erlaß des Urteils erworbenen Gegenforderung. Unzulässig ist aber die Aufrechnung, wenn sie bereits im Hauptprozesse geltend gemacht und dort für unzulässig erklärt ist.

3. **RG.** JW. **09** 142. Über einen nicht liquiden Erstattungsantrag aus § 717 Abs. 2 kann in der Revisionsinstanz nicht erkannt werden.

4. **RG.** JW. **09** 23, GruchotsBeitr. **53** 1116. Wird der Rückerstattungsanspruch aus § 717 Abs. 2 im anhängigen Rechtsstreite lediglich durch Prozeßantrag im Rahmen der Rechtsverteidigung geltend gemacht, so sind für seinen Streitwert Zinsen und Kosten außer Betracht zu lassen (§ 4). Anders, wenn der Anspruch durch Klage oder Widerklage geltend gemacht wird (**RG. 63** 367, BayObLG. **6** 580).

5. **RG.** PosMSchr. **09** 15. Ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 kann in der Revisionsinstanz nicht mehr erhoben werden, weil in dieser tatsächliche Feststellungen nicht mehr bewirkt werden können.

§ 718. a) SeuffA. **64** 295 (Dresden). Eine Vorabentscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist unzulässig, wenn diese in erster Instanz nicht beantragt war. Ebenso OLG. **7** 301 (Dresden), **RG. 55** 101, Gaupp-Stein Anm. zu § 718. AM. OLG. **7** 302 (KG.). **b)** SeuffA. **64** 297 (Hamburg) = OLG. **17** 185 f. JDR. **7** § 714. Der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung kann — abgesehen von dem Falle des § 534 ZPO. — in der zweiten Instanz, auch im Wege der Anschlußberufung nicht nachgeholt werden. Dagegen **c)** RheinA. **106** I 96 (Cöln). Der in erster Instanz versäumte Antrag, das **Urteil** für vorläufig vollstreckbar zu erklären, kann in der Berufungsinstanz nur im Wege der Anschlußberufung nachgeholt werden. Geschieht dies, so ist gleichwohl eine Vorabentscheidung gemäß § 718 nicht zulässig, da diese — abgesehen von dem Falle des § 534 — voraussetzt, daß bereits in erster Instanz ein Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung gestellt war. S. auch JDR. **7** § 718.

§ 719. 1. WürttJ. **21** 191, R. **09** Ziff. 1701 (Stuttgart). Auch wenn das Urteil nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, findet Einstellung der ZwV. statt. — Ebenso: OLG. **18** 391, SeuffBl. **09** 147 (München). Hat das Gericht, von gegenteiliger Ansicht ausgehend, die Einstellung als „unzulässig" abgelehnt, so ist hiergegen trotz § 707 Abs. 2 Satz 2 sofortige Beschwerde gegeben.

2. (§ 769.) SächsOLG. **30** 245 (Dresden). Die ZwV. aus einem rechtskräftigen, unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Beklagten erlassenen Wechselurteile kann weder nach §§ 719, 707, noch nach § 769 eingestellt werden (vgl. **RG. 54** 303, Gaupp-Stein [8/9] zu § 599 III). Nur ein Antrag aus §§ 916, 935, 940 kann nötigenfalls den Beklagten schützen.

§ 722. OLG. **18** 392, BöhmsZ. **19** 246 (Hamburg) = HansGZ. **08** Beibl. 77 f. JDR. **7** § 722 Nr. 1a betr. Vollstreckungsurteil auf Grund eines vom Züricher Bezirksgericht erlassenen Beschlusses über Gewährung von Alimenten für die Dauer eines Ehescheidungsprozesses. Über Nachprüfung ausländischer Versäumnisurteile vgl. o. zu § 328 Ziff. 3.

§ 723. Literatur: Wolffson, Zur Frage der Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile, RheinZ. 2 187—193.

1. Wolffson weist auf die Reformbedürftigkeit der Vorschriften der ZPO. über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile in Deutschland hin.

2. SächsRpflA. **09** 21 (LG. Freiberg). Im Verfahren auf Erteilung des Vollstreckungsurteils kann der durch das Urteil des ausländischen Gerichts aus tatsächlichen Erwägungen zurückgewiesene Einwand der örtlichen Unzuständigkeit des ausländischen Gerichts wiederholt werden, da von dessen Zuständigkeit die Anerkennung des ausländischen Urteils abhängt (§ 328 Abs. 1 Ziff. 1).

§ 724. *Hörle, a. O. 759, 760. Ist ein Schuldtitel für oder gegen den Nachlaßpfleger in Ansehung des Nachlasses erwirkt, so kann er nach Annahme der Erbschaft und Aufhebung der Nachlaßpflegschaft für und gegen den Erben vollstreckt werden; es bedarf keiner neuen Ausfertigung des Schuldtitels für oder gegen den Erben, sondern nur der Erteilung einer dem § 750 Abs. 1 ZPO. entsprechenden Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber.

§§ 725 ff. OLG. **18** 395 (Breslau). Die Vollstreckungsklausel ist, solange sie nicht auf dem Wege des § 732 oder des § 768 für unwirksam erklärt ist, für die Vollstreckungsorgane bindend.

§ 726. 1. OLG. **18** 394 (KG.). Bei Verurteilung zu einer Prinzipal- und einer Eventualleistung (z. B. Herausgabe einer Sache eventuell Zahlung eines bestimmten Geldbetrags) ist die Vollstreckungsklausel von vornherein für das ganze Urteil zu erteilen. Der Gerichtsvollzieher hat dann zunächst die Vollstreckung der prinzipalen Leistung zu versuchen und, wenn diese ergebnislos verläuft, die eventuelle Leistung zu vollstrecken. Unter den Tatsachen des § 726 sind solche nicht zu verstehen, welche sich erst innerhalb der Vollstreckungsinstanz selbst ergeben und von dem Vollstreckungsorgane sicher festgestellt werden können (Levy, GruchotsBeitr. **36** 39). ➠ Gleichwohl scheint das KG. Anordnung des Vorsitzenden (§ 730) zu verlangen. Weshalb, ist nicht ersichtlich. Red. ⬅

2. SeuffA. **64** 170 (Dresden). Ist der Schuldner gemäß § 322 Abs. 2 BGB. zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung verurteilt, so darf vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden (§ 730 Abs. 1 ZPO.). Der nach §§ 322 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB. zur ZwV. erforderliche Nachweis, daß der Schuldner sich im Annahmeverzuge befinde, wird in solchem Falle jedoch regelmäßig schon durch das Urteil selbst, also durch eine öffentliche Urkunde erbracht. Vgl. auch zu § 756 und JDR. **6** § 726 Nr. 1.

3. OLG. **18** 408 (Königsberg). Ist infolge nicht pünktlicher Zinszahlung die Fälligkeit des Kapitals eingetreten, so wird diese durch eine spätere Stundung der Zinsen nicht wieder beseitigt.

4. Abs. 2. *Reuter, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug. Ausgehend von dem Anwendungsgebiete dieser Verurteilung nach Reichsrecht, wobei die Verurteilung nach dem Klagantrage scharf geschieden wird von dem gleichen Urteile, das auf Grund einer Retentionseinrede ergeht, kritisiert die Abhandlung die durch die Novelle von 1900 geschaffene Neuregelung. Nicht der Annahmeverzug des Schuldners, sondern das durch ein fruchtloses Angebot der Gegenleistung entstehende Vollstreckungsbedürfnis erlaubt dem Gläubiger, die ihm gebührende Leistung ohne Rücksicht auf die Gegenleistung zu erzwingen. Die Befriedigung des Schuldners, die nicht Bewirkung der Gegenleistung ist (Aufrechnung, Hinterlegung usw.), hat diese Wirkung nicht (vgl. auch zu § 257 ZPO.).

§ 727. 1. OLG. **18** 44 (Hamburg). § 727 findet auch Anwendung, wenn das Urteil nur für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. — Vgl. JDR. § 726 **6** 2, **7** 2.

2. a) OLG. **18** 44 (Hamburg). Auch Mitbürgen können wegen und in Höhe ihres Ausgleichsanspruchs (§§ 774 Abs. 2, 426 BGB.) die Umschreibung der Klausel nach § 727 ZPO. erwirken, wenn sie den Gläubiger befriedigt haben. b) HansGZ. **09** Beibl. 183 (Hamburg) führt unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 325 nF. aus, daß die Vollstreckungsklausel weder gegen den kumulativen, noch gegen den privativen Schuldübernehmer erteilt werden könne, deshalb auch bei Fehlen der Voraussetzungen des § 729 nicht gegen den Übernehmer eines Handelsgeschäfts. c) SeuffA. **64** 155 (Dresden). Ist eine offene Handelsgesellschaft verurteilt, so kann nach ihrer Auflösung die Klausel nicht gegen die Gesellschafter umgeschrieben werden.

3. *Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 254 ff. Pfändungspfandrechte gehen bei Übertragung der Forderung nicht von selbst mit über (anders die gemeine Meinung). Vollstreckt der alte Gläubiger weiter, so kann aber der neue Gläubiger auf Unterlassung klagen; der Schuldner kann nach § 767 vorgehen. Kennt der Schuldner die Abtretung nicht, so wird er durch die Vollstreckung befreit. Kennt er sie, so kann der neue Gläubiger nochmals vollstrecken. Der alte Gläubiger erwirbt keine Rechte am Pfanderlöse. — 258 f.: Das Pfändungspfandrecht ist nicht der Forderung,

sondern dem Vollstreckungstitel gegenüber akzessorisch. Es folgt der Umschreibung des Titels.

§ 730. OLG. **18** 395 (Breslau). Da das Amtsgericht aus Einzelrichtern besteht, deren jeder innerhalb seines Geschäftsbereichs der „Vorsitzende" i. S. des § 730 ist, so genügt die Fassung „auf Anordnung des Amtsgerichts in A." als Erwähnung der Anordnung.

§ 732. Gaupp-Stein, Novelle zu § 732, erklärt die im Kommentar unter II vertretene Ansicht, daß die Erinnerung vor den Kollegialgerichten dem Anwaltszwang unterliege, für nicht haltbar (vgl. o. zu § 104 Ziff. 3).

§§ 737 ff. **RG.** JW. **09** 321, PosMSchr. **09** 74, GruchotsBeitr. **53** 1055, R. **09** Ziff. 1797. Dem zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilten Beklagten (§§ 737, 739, 743, 745, 748) wird nicht eine Stellung angewiesen, wie wenn er nur verpflichtet wäre, sich als Dritter eines Widerspruchs nach Maßgabe des § 771 zu enthalten. Das Urteil macht ihn vielmehr zum Vollstreckungsgegner des Klägers. Der Verurteilte muß sich daher gemäß § 758 die Durchsuchung seiner Wohnung und seiner Behältnisse gefallen lassen und beim Fehlschlagen des Pfändungsversuchs den Offenbarungseid leisten (§§ 807, 883 Abs. 2, 3). Ebenso: Gaupp-Stein Anm. 24 zu § 739 u. II 1 zu § 807; Seuffert Bem. 2 b zu § 739, 3 zu § 807; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 324 und Lehrbuch **1** 229; Petersen-Anger-Remelé Bem. 5 zu § 739; dagegen: Mantey, R. **05** 365, Geib, ZCivPr. **94** 357, **97** 161; Walsmann, Voraussetzung der ZwV. in das Eingebrachte 34; Ullmann, Das gesetzl. Güterrecht [2] 242.

§ 739. Literatur: Neumiller, Die Zwangsvollstreckung aus den bayerischen Hypothekenbriefen, BayRpflZ. **09** 141—144, 157—159.

1. **a**) Neumiller. Zur Vollstreckung aus altrechtlichen bayerischen Hypothekenurkunden gegen die Frau bedarf es jetzt eines Duldungstitels gegen den Mann, der aber nicht erst durch besondere Klage, sondern im Wege der Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß §§ 795, 727, 325 ZPO. erlangt werden kann, sofern die ehemännliche Genehmigung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden kann (159). **b**) SeuffBl. **09** 768, BayJMBl. **09** 510 (Gutachten der vereinigten ZS. des BayObLG. betr. die Vollstreckbarkeit von landesrechtlichen Hypothenurkunden in das Eingebrachte der Frau): Ist die Hypothek während des Bestehens des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft oder eines in einen dieser Güterstände umgewandelten Güterstandes des früheren Rechtes von der Frau mit Zustimmung des Mannes bestellt und die Zustimmung in derselben oder in einer besonderen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde beurkundet worden, so bedarf es zur ZwV. in das eingebrachte Gut eines besonderen Vollstreckungstitels oder einer besonderen Vollstreckungsklausel gegen den Mann nicht. Hat die Frau die Hypothek aber vor dem Eintritt des Güterstandes bestellt oder vor dieser Zeit das mit der Hypothek belastete Grundstück erworben oder das belastete Grundstück während des Bestehens des Güterstandes erworben, so gilt in Ansehung der Vollstreckbarkeit gegen den Mann dasselbe wie für reichsrechtl. Hypothekenurkunden i. S. des § 800. — Vgl. Zeitlmann, SeuffBl. **08** 498 ff. JDR. **7** § 739 Ziff. 2 a.

2. KGBl. **09** 85 (LG. I Berlin). Auch wegen der Kosten eines von der Frau verlorenen Interventionsprozesses darf — obwohl die Frau diesen Rechtsstreit ohne Zustimmung des Mannes führen durfte (§ 1407 Abs. 4 BGB.) — ZwV. in das eingebrachte Gut erst vorgenommen werden, wenn auch ein Duldungstitel gegen den Mann vorliegt.

3. a) OLG. **18** 395 (Breslau). Ein Duldungstitel gegen den Mann ist zur Vollstreckung in das Eingebrachte der Frau auch dann erforderlich, wenn beide Eheleute

als Gesamtschuldner verurteilt sind. Die Ansicht von Petersen (4 zu § 739), daß die Rechte des Mannes am eingebrachten Gute erst dann zu beachten seien, wenn er sie gemäß §§ 766, 771 geltend macht, ist nicht beizutreten. **b)** OLG. **18** 396 (KG.) läßt unerörtert, ob § 739 eine ausdrückliche Verurteilung des Mannes zur Duldung auch dann voraussetzt, wenn beide Eheleute gleichzeitig zur Zahlung derselben Schuld verurteilt sind (so KG. 15. 10. 04, Falkmann 182; dagegen Gaupp-Stein; Hellwig, Anspruch § 44, 1 a, ACivPr. **93** 433; Walsmann, ZwV. 35). Jedenfalls ist für das Arrestverfahren die Duldungspflicht des Mannes als glaubhaft gemacht anzusehen, wenn dargetan ist, daß für die Arrestforderung der Mann als Hauptschuldner, die Frau als Bürgin haften und daraufhin gleichzeitig gegen beide Eheleute Arrest angelegt ist. Ebenso **c)** **RG.** BayRpflZ. **09** 394, R. **09** Ziff. 3607. Ein gegen beide Eheleute gerichteter dinglicher Arrest kann in das eingebrachte Gut der Frau vollzogen werden, ohne daß es eines besonderen Ausspruchs, welcher den Mann zur Duldung dieser Vollziehung verurteilt, bedarf. Dies folgt aus den Besonderheiten des Arrestverfahrens, welches nur eine Sicherung der künftigen ZwV., keine Befriedigung bezweckt.

4. KGBl. **09** 40 (KG. 21. ZS.) läßt die Streitfrage, — vgl. JDR. § 739 **1** II 9, **3** 5, **4** 4, **6** III 3 — ob der Ehemann auf Verlangen des Gläubigers auch verpflichtet ist, eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Ziff. 5) über seine Duldungspflicht auszustellen oder ob dieser sich damit begnügen muß, daß der Ehemann auf Aufforderung formlos erklärt, die ZwV. dulden zu wollen (vgl. Jolly, ACivPr. **93** 452; Gaupp-Stein Anm. IV 2 zu § 739; Seuffert Note 2 b 347 f.; Langheineken, Anspruch u. Einrede 270; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 323 Anm. 21 a), unentschieden, lehnt jedoch die von Stobbe, DJZ. **7** 98, aufgestellte Ansicht, der Ehemann sei auch ohne solche Aufforderung zur Verschaffung einer vollstreckbaren Urkunde verpflichtet, ab.

5. Siegert, DJZ. **09** 319, gegen OLG. Rostock, DJZ. **08** 1232., JDR. **7** § 739 Nr. 3. Bei einer Klage gegen eine Ehefrau auf Leistung, gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung sind nicht nach § 100 Abs. 1 ZPO. jedem Beklagten die Kosten zur Hälfte aufzuerlegen, vielmehr sind die Ehegatten wegen §§ 1387 f. BGB. gesamtschuldnerisch zu den von der Frau zu tragenden Kosten zu verurteilen, während die von dem Manne selbst nach § 100 ZPO. zu erstattenden Kosten von ihm allein zu tragen sind. Da es sich jedoch insoweit um eine Sachentscheidung handelt, darf diese Verurteilung nur auf Grund eines Antrags erfolgen.

§ 740. 1. PosMSchr. **09** 133 (Königsberg). Während OLG. **5** 131 (Hamburg) die Verurteilung der Ehefrau, die nicht persönliche Schuldnerin ist, zur Duldung der ZwV. in das Gesamtgut nach § 740 für überflüssig, daher unzulässig hält, OLG. **16** 289 (Hamburg) und OLG. **7** 304 (Posen) sie dann für zulässig erklären, wenn der ZwV. in das Gesamtgut aus einem allein gegen den Mann ergangenen Urteile Schwierigkeiten entgegenstehen, hält der Sen. eine solche Verurteilung der Ehefrau in jedem Falle für zulässig. Der Wert solcher Verurteilung bestehe darin, daß die Frau ebenfalls Vollstreckungsschuldnerin i. S. des § 808 werde, daher nicht gegen eine ZwV. in die in ihrem alleinigen Gewahrsame befindlichen Gesamtgutsgegenstände oder die allein für sie eingetragenen Grundbuchrechte Einwendungen erheben könne, ferner darin, daß der Gläubiger für den Fall einer Aufhebung der Gütergemeinschaft der Notwendigkeit enthoben werde, sich nach § 744 vollstr. Ausfertigung gegen die Frau erteilen zu lassen.

2. R. **09** Ziff. 885 (Frankfurt). Wenn auch nach § 740 bei allgemeiner Gütergemeinschaft zur ZwV. in das Gesamtgut ein gegen den Ehemann ergangenes Urteil erforderlich und genügend ist, so ist doch nicht unzulässig, die Ehefrau wegen einer in ihrer Person entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeit mit zu verklagen. Dies ist sogar

im Hinblick auf die Vollstreckung in etwaiges Vorbehaltsgut der Frau und auf die Vollstreckung nach Beendigung der Gütergemeinschaft (§ 743) zweckmäßig.

§ 744. OLG. **18** 397 (Königsberg). Hat der Gläubiger vor Aufhebung der Gütergemeinschaft einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Mann erwirkt, so bedarf es nach diesem Zeitpunkte zur Vollstreckung gegen die Frau gleichwohl eines Schuldtitels gegen sie (**RG. 68** 424,32 292, GruchotsBeitr. **36** 889, 1044, Gaupp-Stein II 4, III 4 zu § 771). Der Umstand, daß die Frau nach § 1480 BGB. haftet, ändert hieran nichts.

§ 747. **RG. 71** 366, JW **09** 490. ZwV. in den Nachlaß kann auch auf Grund von mehreren Schuldtiteln, die sich gegen alle einzelnen Miterben als Gesamtschuldner richten, betrieben werden (**RG. 68** 221 = SeuffA. **64** 153 f. JDR. **7** § 747).

§ 750. R. **09** Ziff. 2480 (Zweibrücken). Die Vorschrift, daß die Zwangsvollstreckung erst nach oder gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils beginnen darf, ist eine absolute. Eine Heilung der Nichtigkeit durch nachträgliche Zustellung tritt nicht ein, auch nicht im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner. AM. SeuffA. **55** Nr. 247 (München).

§ 753. Literatur: Eckstein, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, BuschsZ. **39** 441—468.

1. *Eckstein aaO. Die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers kann nicht unter einem völlig einheitlichen Gesichtspunkte betrachtet werden. Zum Gerichte steht der Gerichtsvollzieher nicht in einem zivilrechtlichen Verhältnis; er ist Organ, nicht Vertreter des Gerichts. Sein Verhältnis zum Staate ist ein öffentlich-rechtliches, ein Beamtenverhältnis nach innen; nach außen das der Organschaft. Zur Partei steht er insoweit in gar keinem Rechtsverhältnis, als er Organ des Gerichts ist; das betrifft auch die gesamte Zustellungstätigkeit, während im übrigen (Vollstreckungstätigkeit) ein Auftrag oder Werkvertragsverhältnis anzunehmen ist. Nach außen tritt er nicht als Vertreter der Partei auf, außer in den Fällen der besonderen Bevollmächtigung und in dem äußerst wichtigen Handlungskomplex der Pfändungspfandverwertung (Mobiliarzwangsversteigerung). Nach diesen Grundsätzen regeln sich die zahlreichen Einzelfragen, z. B. die Haftungsverhältnisse, die Bedeutung der Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners usw.

2. **RG.** WarnE. **2** 76. Erteilt der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher für die Ausführung der ZwV. Weisungen, welche über den Kreis der ihm nach Gesetz und Geschäftsanweisung obliegenden Pflichten hinausgehen, so kann der Gerichtsvollzieher den Auftrag ablehnen.

§ 756. 1. **RG.** JW. **09** 463, R. **09** Ziff. 2463. Daß auch im Falle einer Verurteilung Zug um Zug die ZwV. nach § 756 erst dann zulässigsein soll, wenn nach der Erlassung des Urteils dem Schuldner die ihm gebührende Gegenleistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten oder der Beweis der nach dem Urteil erfolgten Befriedigung oder Inverzugsetzung des Schuldners in der angegebenen Weise geführt ist, ergibt sich aus dem Gesetze nicht. Vielmehr ist der nach § 756 die Zulässigkeit der ZwV. gegen den Schuldner wegen der ihm obliegenden Leistung begründende Beweis des Annahmeverzugs auch dann geführt, wenn nachgewiesen wird, daß der Schuldner schon vor dem Urteil in Annahmeverzug war. Durch die Ausfertigung des Urteils, das diesen Annahmeverzug feststellt, wird der im § 756 vorgeschriebene Beweis geführt.

2. Über Feststellungsklage hinsichtlich des Annahmeverzugs s. o. zu § 256 Ziff. 2 c.

§ 758. 1. Grunwald, DJZ. **09** 79 f. Die Durchsuchung muß als das notwendige Mittel zur Durchführung der Zwangsvollstreckung an allen denjenigen Orten statthaft sein, an welchen sich die im Gewahrsame des Schuldners stehenden und deshalb nach § 808 pfändbaren Sachen befinden. Diese Stellen sind als Wohnung oder Behältnisse des Schuldners anzusehen, gleichgültig, ob der Schuldner

an ihnen selbst den Gewahrsam (unmittelbaren Besitz) hat, oder nicht. Jedes fremde Behältnis wird dadurch, daß der Schuldner in ihm die in seinem Gewahrsame verbleibenden Sachen aufbewahrt, zum Behältnisse des Schuldners. Eine Sonderstellung nimmt jedoch der dem Begriffe der Behältnisse gegenübergestellte Begriff der Wohnung ein. Die fremde Wohnung kann nicht dadurch, daß der Schuldner dort die noch weiterhin von ihm besessenen Sachen aufbewahrt, zur „Wohnung des Schuldners" werden und unterliegt daher auch nicht im ganzen der Durchsuchung. Hieraus ergibt sich die Abgrenzung der Begriffe „Wohnung" und „Behältnisse". Zu der Wohnung sind die Zubehörungen der eigentlichen Wohnräume, namentlich auch die von den Wohnräumen getrennten Geschäftslokale, Lagerräume usw. hinzuzurechnen, da jedes befriedete Besitztum eines Unbeteiligten den gleichen Schutz gegen Durchsuchung genießen muß.

2. RheinARB. **27** 24 (LG. Cöln). Ein Widerstand des Schuldners gegen den bei der ZwV. anwesenden Gläubiger oder dessen Vertreter ist als Widerstand gegen den Gerichtsvollzieher selbst anzusehen.

§ 759. SeuffBl. **09** 359 (BayObLG. [Straff.]). Geht man auch nicht so weit, mit Gaupp-Stein, ZPO. § 759 Nr. 2 und Petersen-Remelé-Anger Nr. 1 anzunehmen, daß die Unterlassung der vorgeschriebenen Zuziehung von Zeugen die Nichtigkeit der Vollstreckung zur Folge habe, so hat doch jedenfalls diese Nichtbefolgung die Wirkung, daß der Gerichtsvollzieher sich von dem Zeitpunkt an, in dem er ihr zuwiderhandelt, nicht mehr in rechtmäßiger Amtsausübung befindet und daher eine aus § 113 StGB. sich sonst ergebende Strafbarkeit eines ihm geleisteten Widerstandes oder auf ihn gemachten tätlichen Angriffs entfällt (**RG. 12** 261, **24** 389).

§ 766. 1. a) OLG. **18** 400 (München). Die Rüge der Pfändung eigener Sachen des Gläubigers ist gemäß § 766 geltend zu machen. b) BreslauAK. **09** 43 (Breslau). Ist nach Einleitung der Nachlaßverwaltung (§ 1975 BGB.) auf Grund eines nur gegen den Erben erwirkten vollstreckbaren Titels die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks angeordnet, so steht hiergegen dem Nachlaßverwalter Erinnerung gemäß § 766 ZPO. zu. Dabei ist es unerheblich, ob die Nachlaßverwaltung im Grundbuche vermerkt ist.

2. OLG. **19** 1 (München). § 766 läßt allerdings zufolge seiner allgemeinen Fassung auch Einwendungen Dritter zu. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß aber, wer den Richter angeht, ein wesentliches Interesse hieran haben, und zwar muß dies Interesse, sofern nicht eine Befugnis zur Wahrnehmung fremder Interessen gegeben ist, ein eigenes sein. Hiernach ist ein Bruder, der dem Schuldner vertragsmäßig Unterhaltsrente zahlt, zur Beschwerde gegen eine Pfändung dieser Rente nicht befugt.

3. OLG. **18** 398 (München). Die Kosten, die der Gläubiger hat aufwenden müssen, um das der Vollstreckung entgegenstehende Pfandrecht des Fiskus für den auf dem Vollstreckungsobjekte lastenden Zoll zu beseitigen (§ 14 VereinszollG.), gehören zu den Kosten der ZwV., die der Gerichtsvollzieher mit beizutreiben hat.

4. Schulz, ACivPr. **105** 425, führt gegen **RG. 56** 71 aus, daß der Gläubiger, der auf Grund eines ungültigen Titels pfände — sofern der Anspruch nur materiell begründet sei — nicht aus der Bereicherung hafte.

§ 767. Literatur: Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozesse.

1. a) *Geib 119 ff. faßt die Vollstreckungsgegenklage auf als Feststellungsklage. Festgestellt wird aber durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil nur, daß der Vollstreckungsgläubiger wegen mangelnden materiellen Anspruchs die Befugnis zur Betätigung der seinem angeblichen Anspruch immanenten Erzwingbarkeit gegen den Vollstreckungsschuldner nicht habe, daß er also nicht in Form des

Vollstreckungsbegehrens einen Zwang gegen den Vollstreckungsschuldner ausüben dürfe. b) *Hamburger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten 78 f. Ein Verzicht auf das Vollstreckungsrecht aus einem Urteil ist nur möglich, wenn insoweit zugleich auf den zu realisierenden Anspruch verzichtet wird. Erfolgt der Verzicht nach Urteilserlaß, so ist er nur in Gemäßheit des § 767 geltend zu machen. Ein Verzicht vor Urteilserlaß ist unmöglich.

2. OLG. **18** 414, BayNotZ. **09** 328 (KG.). Der Einwand des Schuldners, der Notar, der die vollstreckbare Urkunde aufgenommen habe, sei als „Beteiligter" von der Mitwirkung bei der Beurkundung ausgeschlossen gewesen, die Beurkundung sei daher nichtig und ein Anspruch aus der Urkunde bestehe nicht, richtet sich gegen den Anspruch selbst, ist daher gemäß §§ 767, 797 Abs. 5 im Klagewege geltend zu machen. Dagegen richtet sich der Einwand, daß der Notar als „Beteiligter" die Vollstreckungsklausel nicht habe erteilen dürfen, gegen die Zulässigkeit des letzteren und ist daher nicht beim Vollstreckungsgerichte, sondern bei dem Amtsgerichte zu erheben, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat (§ 797 Abs. 3).

3. a) OLG. **18** 403 (München). Ist auf Grund einer auf ein vollstreckbares Urteil gegen den Schuldner gestützten Anfechtungsklage eine Zwangssicherungshypothek auf dem Grundstücke des Anfechtungsgegners eingetragen worden und wird demnächst das Urteil gegen den Schuldner aufgehoben, so steht dem Anfechtungsgegner zwecks Herbeiführung der Löschung der Hypothek nicht die Widerspruchsklage aus § 767, sondern die materiell-rechtliche Klage aus § 894 BGB. zu. Denn die Vollstreckung war mit der Eintragung der Sicherungshypothek vollendet, wie schon daraus erhellt, daß gegen sie nicht Beschwerde im Vollstreckungsverfahren, sondern nur nach § 71 ff. GBO. zulässig ist (**RG. 48** 243). b) **RG.** R. **09** Ziff. 714. Ist der Vermieter, weil er die Beseitigung von Mängeln der Mieträume verweigert hat, rechtskräftig für die ganze Vertragszeit auf Minderung des Mietzinses verurteilt worden, so gibt ihm nachträgliche Beseitigung der Mängel weder ein Klagerecht aus § 323, noch aus § 767. Letzteres schon deshalb nicht, weil die Befugnis zur Mängelbeseitigung ihm schon zur Zeit der Schlußverhandlung im Vorprozesse zustand. c) BuschsZ. **39** 110 (Cassel) = OLG. **16** 291 (s. JDR. **7** § 767 Nr. 1). Bei ungenügender Bezeichnung des Streitgegenstandes im Schuldtitel ist actio judicati gegeben.

4. a) BadRpr. **09** 187 (Karlsruhe). Wesentliche Veränderung der bei Erlaß des Unterhaltsurteils maßgebenden Umstände kann vom Schuldner wahlweise durch Erhebung einer Abänderungsklage nach § 323 oder einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 geltend gemacht werden (Gaupp-Stein Anm. 54/56 zu § 323, 22 zu § 767). Beide „Rechtsgestaltungsklagen" unterscheiden sich dadurch, daß mit der Klage aus § 323 Abänderung nur für die Zeit nach Erhebung der Klage, mit der Klage aus § 767 dagegen rückwirkend vom Zeitpunkte des Eintritts der neuen Tatsache an verlangt werden kann, daß sich die erstbezeichnete Klage gegen das Urteil selbst richtet, die letztbezeichnete nur gegen die Zulässigkeit der ZwV. Bei Erhebung der Klage muß der Schuldner erklären, welchen Weg er wählt. b) R. **09** Ziff. 1559 (Hamburg). Die Herabsetzung einer auf Grund des § 843 BGB. zugesprochenen Rente kann nur durch Klage aus § 323, nicht durch Vollstreckungsgegenklage aus § 767 durchgesetzt werden, da es sich hier um eine prozeßrechtliche Spezialvorschrift handelt, während § 767 materiell-rechtliche Einwendungen betrifft. Nur da mag neben der Klage aus § 323 die aus § 767 zulässig sein, wo auch das BGB. einen Anspruch auf Aufhebung zuläßt, z. B. wenn nach Verurteilung des Aszendenten zur Unterhaltsleistung ein Abkömmling leistungsfähig wird. c) OLG. **18** 402, Hess. Rspr. **10** 97 (Darmstadt). Ob Klage aus § 767 oder Feststellungsklage aus § 256 erhoben ist, erhellt zunächst aus dem Klagantrag, event. aus dem Klaginhalte. d) Pos. MSchr. **09** 56 (Posen) betr. die Zulässigkeit einer Feststellungsklage aus § 256 neben der Klage aus § 767.

5. OLG. **18** 405 (KG.). Für die Gegenklagen aus §§ 5 Abs. 3 und 7 Abs. 2 G. betr. die ZV. aus Forderungen landschaftlicher (ritterschaftlicher) Kreditinstitute ist in entsprechender Anwendung des § 767 Abs. 1 ZPO. das Gericht, in dessen Bezirke die Verwaltung der Kreditanstalt ihren Sitz hat, ausschließlich zuständig.

6. (Abs. 2). a) Leuthold, SächsRpflA. **09** 112, führt gegen **RG. 40** 352, **55** 188 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte aus, daß das Wort „können" am Schlusse des Abs. 2 nicht auf den Zeitpunkt des Entstehens der Einwendung, sondern auf den der Geltendmachung der Einwendung durch Vollstreckungsgegenklage zu beziehen sei. b) R. **09** Ziff. 3137 (Colmar). Für die Einwendungsklage gegen einen durch Kostenfestsetzungsbeschluß festgestellten Anspruch greift die Einschränkung des § 767 Abs. 2 nicht Platz. c) R. **09** Ziff. 2481 (Celle). Bei der ZwV. aus der Eintragung in die Konkurstabelle (§ 164 Abs. 2 KO.) vertritt der Prüfungstermin die Stelle der „mündlichen Verhandlung" i. S. des § 767 Abs. 2. Bei der Aufrechnungseinwendung ist also zu untersuchen, ob die Forderungen sich schon zur Zeit des Prüfungstermins aufrechenbar gegenüberstanden. Da der Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses die Masse so übernimmt, wie sie sich durch die Handlungen des Konkursverwalters gestaltet hat, so ist eine vom Konkursverwalter unterlassene Aufrechnung so anzusehen, als ob der Gemeinschuldner selbst sie unterlassen hätte.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 2020. Die Beweislast für den Wegfall der Vollstreckungsbefugnis in den Fällen der §§ 767, 768 trifft den Kläger.

8. OLG. **18** 409 (München). Richtet sich die Gegenklage nicht gegen das Bestehen des Anspruchs selbst, sondern nur gegen die derzeitige Zulässigkeit der ZwV., so ist der Streitwert gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu schätzen, während sonst der Anspruch, dessen Vollstreckung abgewehrt werden soll, den Streitwert bildet (Rittmann, Wert des Streitgegenstandes 239, Petersen-Anger 19 zu § 6, Falkmann 363).

9. Über Streitwert s. auch oben zu § 3 Ziff. 2 a.

§ 769. 1. BadRpr. **09** 73 (Karlsruhe). Die Klage aus § 323 ist keine Unterart der Klage aus § 767. Für sie ist der Gerichtsstand des § 767 Abs. 1 nicht begründet. Die Einstellung der ZwV. wegen der nach Erhebung der Klage aus § 323 fälligen Raten einer Unterhaltsrente kann daher nicht aus § 769, sondern nur im Wege einer einstw. Verf. erwirkt werden (Gaupp-Stein [8/9] Anm. IV Ziff. 7 zu § 323, Petersen-Remelé-Anger, Seuffert).

2. R. **09** Ziff. 2986 (Colmar). Die Sicherheitsleistung (§ 769 Abs. 1 dient dazu, die Befriedigung der etwa aus der Einmischung des Widerspruchsklägers dem Gegner erwachsenden Ansprüche zu sichern. Ob solche Ansprüche entstehen, bestimmt sich nach bürgerlichem Rechte. Das Erwirken einer unbegründeten Einstellung für sich allein, ohne Hinzutreten eines Verschuldens, stellt keine zu Schadensersatz verpflichtende Handlung dar.

3. KGBl. **09** 84 (LG. II Berlin). Wird nach Ablauf der im ersten Einstellungsbeschlusse gesetzten Frist wegen Dringlichkeit des Falles noch einmal eine schleunige Einstellung der ZwV. notwendig, so kann das Vollstreckungsgericht wiederholt die Einstellung beschließen. — AaO. wird hiergegen ausgeführt, daß nach dem Zusammenhange des Abs. 1 und Abs. 2 des § 769 ein „dringender Fall" i. S. dieser Bestimmungen bei jeder ZwV. nur einmal vorkommen könne.

4. SchlHolstAnz. **09** 29 u. 44 (Kiel). Ist weder behauptet, daß die Klageschrift zugestellt sei, noch daß ihre Zustellung unmittelbar bevorstehe, so ist für die einstweilige Einstellung der ZwV. seitens des Prozeßgerichts gemäß § 769 Abs. 1 kein Raum.

5. KGBl. **09** 15 (KG.). Die Kosten des vor Erhebung der Widerspruchsklage bei dem Vollstreckungsgerichte stattgehabten Einstellungsverfahrens gehören jeden-

falls dann zu den Prozeßkosten, wenn das Prozeßgericht bei Fällung seiner Entscheidung von diesem Einstellungsverfahren Kenntnis hatte.

§ 771. 1. a) Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcivPr. **105** 1—488, verteidigt (391 ff.) die privatrechtliche Auffassung der Widerspruchsklage gegen die moderne Prozeßtheorie, die in ihr einen erst durch das Prozeßrecht geschaffenen Widerspruchsbehelf sieht (s. die Übersicht bei Sohm, Widerspruchsklage 4 ff.). **b)** *Kaufmann, GruchotsBeitr. **53** 327 (s. unten zu § 808). Die Tatsache, daß die gepfändete Sache nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehört, kann nur von dem Dritten und auch von diesem nur im Wege der Klage nach § 771 ZPO. geltend gemacht werden. **c)** *Reichel, Schuldmitübernahme 545. Der mitverurteilte Gesamtschuldner kann der Pfändung einer Sache, die ihm gehört oder zu seinen Gunsten von einem Veräußerungsverbote betroffen ist, nicht widersprechen. **d)** *Emmerich (s. zu § 803) 21. Mehrere Gläubiger eines gemeinschaftlichen Pfandrechts müssen als Streitgenossen verklagt werden.

2. Anwendungsfälle: **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 1022. Wer zur Einlösung seines Gefälligkeitsakzepts Geld von dem deckungspflichtigen Dritten erhält, erwirbt daran kein Eigentum; dem Dritten steht im Falle der Pfändung des übersandten Geldes die Widerspruchsklage zu. **b)** KGBl. **09** 52 (KG.). Das Recht des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache ist auch dann ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. des § 771, wenn der Mietvertrag noch ungekündigt ist oder auf bestimmte, noch nicht abgelaufene Zeit geschlossen ist. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 3416. Behauptet der Kläger mit der Widerspruchsklage, daß ihm dieselbe Forderung, die der Beklagte für sich habe pfänden lassen, zuvor abgetreten sei, so ist für die Aktivlegitimation des Klägers ohne Bedeutung, ob die gepfändete Forderung wirklich besteht. Es handelt sich lediglich darum, wer von beiden Parteien näher dazu ist, die Forderung für sich zu verwerten. Diese Frage läßt sich entscheiden, ohne daß feststeht, ob die Forderung überhaupt realisierbar ist. **d)** OLG. **18** 409 (Hamburg). Eine konstante Praxis hat freilich den Rechtsbehelf des § 771 dem Intervenienten dann zugestanden, wenn dieser auf eine vor der Pfändung geschehene Abtretung der Forderung sich stützt. Unzutreffend ist es dagegen, den § 771 (mit **RG. 43** 404) auch dann anzuwenden, wenn der Kläger behauptet, daß er der ursprünglich Berechtigte sei, denn damit bestreitet er die Identität der gepfändeten und der ihm zustehenden Forderung. Der Streit, wem diese Forderung zusteht, ist mit Rechtssicherheit für den Drittschuldner nur im Rahmen des § 75 (Forderungsprätendentenstreit) dadurch auszutragen, daß der Drittschuldner, wenn er nicht auf eigene Entschließung und Gefahr einem der Prätendenten zahlen will, gemäß § 72 den Streit verkündet und eventl. das Streitobjekt hinterlegt. **e)** ElsLothJZ. **34** 135 (Colmar). Hat der Kläger mit der Behauptung, daß die vom Beklagten gepfändete Forderung vom Schuldner zuvor an ihn (Kl.) abgetreten sei, auf Unzulässigkeitserklärung der ZwV. geklagt, so liegt keine Klagänderung vor, wenn der Kläger, nachdem der Drittschuldner im Laufe des Rechtsstreits an den Beklagten gezahlt hat, nunmehr Herausgabe der empfangenen Summe fordert. — Anwendung verneint: SchlHolstAnz. **09** 123 (Kiel). Durch einen Kaufvertrag über ein Grundstück wird für den Käufer ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung der Mietforderungen noch nicht begründet.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 123. Gegenüber der Widerspruchsklage ist der Einwand des Beklagten, daß ihm an dem Gegenstande der ZwV. auch ein Faustpfandrecht zustehe, jedenfalls dann erheblich, wenn mit der auf Aufhebung der Pfändung gerichteten prozeßrechtlichen Widerspruchsklage auch eine — auf Herausgabe der Sachen gerichtete — Eigentumsklage verbunden ist oder verbunden war.

4. **a)** BadRpr. **09** 157 und 186 (Karlsruhe). Das der Widerspruchsklage stattgebende Urteil hat auf Unzulässigkeitserklärung der konkreten ZwV. zu lauten.

b) **RG. 70** 25 = R. **08** Ziff. 672 betr. Rechtskraftwirkung des eine Widerspruchsklage aus dem Eigentum abweisenden Urteils s. JDR. **7** § 771 I 2.

5. R. **09** Ziff. 1178 (Düsseldorf). Der vorherige Verzicht des Dritteigentümers auf Erhebung der Widerspruchsklage gegen eine noch auszubringende Pfändung ist unwirksam.

6. OLG. **18** 410 (Naumburg). Gegen die von fast allen Kommentaren vertretene, in der Praxis herrschende Ansicht, daß die Prozeßvollmacht für den ursprünglichen Prozeß nach § 81 kraft Gesetzes die Bestellung zum Prozeßbevollmächtigten für die Widerspruchsklage enthalte, hat neuestens Falkmann (447 § 37 Anm. 8) beachtenswerte Bedenken erhoben. Der Senat läßt die Frage unentschieden. Jedenfalls enthalte die Anfrage des Prozeßbevollmächtigten, ob der Interventionsanspruch anerkannt werden solle, noch kein Tätigwerden im Interventionsprozesse, werde vielmehr durch die Gebühr für den ursprünglichen Prozeß mitabgegolten.

7. a) SeuffA. **64** 208 (Posen). Für die Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer Forderung durch ein ausländisches Gericht ist die Zuständigkeit eines inländischen Gerichts nicht begründet. b) (§§ 29 ff. KO.) R. **09** Ziff. 2500 (Stuttgart). Aus der Begründung ist zu entnehmen, ob der Konkursverwalter eine reine Anfechtungsklage aus §§ 29 ff. KO. oder unter Heranziehung der im § 771 bezeichneten rechtlichen Gesichtspunkte zugleich Widerspruchsklage erhebt. Danach bestimmt sich dann die Zuständigkeit des Gerichts. c) KGBl. **09** 52 (KG.). Mit der Klage gegen einen Pfändungsgläubiger, der wegen einer 300 M. übersteigenden Forderung gepfändet hat, kann vor dem Landgericht eine Widerspruchsklage desselben Intervenienten gegen einen Pfändungsgläubiger verbunden werden, der wegen einer Forderung von unter 300 M. dieselben Gegenstände gepfändet hat.

8. a) **RG.** R. **09** Ziff. 1023. Wegen Pfändung und Ablieferung fremden Geldes steht dem Dritten gegen den Gläubiger die Bereicherungsklage und bei Fahrlässigkeit die Schadensersatzklage aus § 823 BGB. zu. b) NaumburgAK. **09** 55 (Dresden). Wer dem Schuldner nicht gehörige Sachen pfänden läßt, auf Grund einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts (§ 825) selbst erwirbt und weiterveräußert, haftet dem Eigentümer aus der Bereicherung. c) Schulz, ACivPr. **105** 409 ff., kennzeichnet den Anspruch des Dritteigentümers an den gepfändeten Sachen gegen den Gläubiger auf Herausgabe des Erlöses als einen vom Bereicherungsanspruche verschiedenen „Anspruch auf den Eingriffserwerb" aus § 816 BGB.

§ 772. PosMSchr. **09** 110 (Marienwerder) erörtert das Verhältnis der Veräußerungsverbote aus dem Anerben- und dem AnsiedelungsG. zu § 772 ZPO.

§ 775. 1. Ziff. 1. **RG.** SeuffA. **64** 35 = GruchotsBeitr. **52** 1148 (s. JDR. **7** § 775 Nr. 1). Beschlüsse als vollstreckbare Entscheidungen i. S. des § 775 Ziff. 1.

2. Ziff. 2. KGBl. **09** 125 (LG. III Berlin). Ist auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen, dann im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstw. Verf. diese im ersten Rechtszuge durch vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben, im zweiten Rechtszuge jedoch durch Beschluß die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil angeordnet worden, so muß das Grundbuchamt auf Antrag von dieser Einstellung zu den Grundakten Vermerk nehmen. Insoweit ist es Vollstreckungsorgan.

§ 779. *Hörle. Soll die Zwangsvollstreckung aus einem gegen den Erblasser erwirkten Schuldtitel erst nach seinem Tode betrieben werden, so kann vor der Annahme der Erbschaft die Vollstreckungsklausel nur gegen den Nachlaßpfleger (oder den Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker) nach §§ 727, 730, 750 ZPO. erteilt werden. Eine vollstreckbare Ausfertigung des für oder gegen den Erblasser ergangenen Schuldtitels darf für oder gegen den Erben nach §§ 727, 730, 750 ZPO.

nur erteilt werden, wenn bei dem Vollstreckungsgericht offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist, daß der Erbe die ihm angefallene Erbschaft rechtswirksam angenommen hat und die Nachlaßpflegschaft aufgehoben ist (758).

§ 780. 1. *Weidmann, Zur Lehre vom zivilprozessualen Anerkenntnisse, BayRpflZ. **09** 220. Der Kläger kann gegenüber dem Einwande der beschränkten Erbenhaftung schon im Rechtsstreite geltend machen, daß der beklagte Erbe unbeschränkbar hafte und kann also bei seinem Antrag auf unbeschränkte Verurteilung beharren; dann ist über die Frage der beschränkten Haftung schon im Urteile zu entscheiden.

2. **RG. 69** 291. Der Beklagte braucht, um einen Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteile zu erwirken, dies Verlangen nicht in den verlesenen Antrag aufzunehmen. Einfache Geltendmachung beim Vortrag in der mündlichen Verhandlung genügt. — Das Gericht ist befugt, aber nicht verpflichtet, schon im Urteil über das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen der Beschränkung zu entscheiden (292).

3. **RG.** LeipzZ. **09** 778, BayRpflZ. **09** 434, R. **09** Ziff. 2825. Aus § 780 Abs. 1 ergibt sich, daß die Verurteilung eines Beklagten „als Erben" des Schuldners sowohl zur unbeschränkten als auch — bei Erwirkung des Vorbehalts — zur beschränkten oder beschränkbaren Haftung führen kann. Die Verurteilung „als Erbe" gewährt daher noch keinen Anhaltspunkt für die Auslegung, daß dem Beklagten die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten ist.

§ 781. OLG. **19** 4 (Marienwerder). Für die Art der Geltendmachung der beschränkten Haftung macht es keinen Unterschied, ob ihre spätere Geltendmachung dem Erben auf sein Verlangen im Urteile vorbehalten, oder ob über ihr Vorliegen im Urteile schon entschieden oder ob von vornherein nur auf Zahlung aus dem Nachlasse geklagt und erkannt ist (Gaupp-Stein § 780 II, § 781 I, II, Petersen-Anger § 780[3], § 781[3]).

§ 784. 1. *Martin, Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Auf § 784 können nur Einwendungen gestützt werden, welche sich auf Pfändungen beziehen, die vor der Herbeiführung der Nachlaßseparation in das Eigenvermögen des Erben betrieben worden sind. Wird ein nicht zum Nachlasse gehörender Gegenstand erst nach Eintritt der Nachlaßsonderung gepfändet, so muß der Erbe seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung auf § 766 stützen. Denn durch die Anordnung der Nachlaßseparation hat er seine Passivlegitimation auch für das Vollstreckungsstadium verloren. Eine Vollstreckungsmaßnahme gegen den Erben als solchen verstößt somit gegen die gesetzmäßige Art und Weise der Zwangsvollstreckung (74 ff.).

2. Kretzschmar, ZBlFG. **9** 455. Maßregeln der ZwV. oder der Arrestvollziehung, die in den Nachlaß zur Zeit der Anordnung der Nachlaßverwaltung zugunsten eines Nachlaßgläubigers bereits erfolgt waren, bleiben bestehen. Der Gläubiger kann die ZwV. selbständig weiter betreiben. Erst die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bereitet dem Rechte des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung ein Ende (§ 221 Abs. 1 KO.).

3. OLG. **18** 411 (Breslau). Ein Urteil, das während der Nachlaßverwaltung gegen den Erben als solchen ergeht, ist dem Nachlasse gegenüber unwirksam und bildet einen Vollstreckungstitel nur gegen das freie Erbesvermögen.

§ 788. 1. a) R. **09** Ziff. 2482 (Naumburg). Die Festsetzung von Vollstreckungskosten ist ausnahmsweise zulässig und geboten, wenn die Beitreibung zugleich mit dem zur ZwV. stehenden Anspruch unterblieben oder unausführbar ist. **b)** KGBl. **09** 121 (LG. III Berlin). § 788 steht einer Festsetzung der Vollstreckungskosten nicht entgegen (ebenso herrsch. M.). Auch auf Grund eines Vollstreckungsbefehls, der

nach § 794 Ziff. 4 ein Vollstreckungstitel ist, findet solche Festsetzung statt (aM. Gaupp-Stein [6/7] 2 zu § 699).

2. BuschsZ. **39** 360 (LG. Leipzig). Im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren findet eine Kostenfestsetzung durch das Vollstreckungsgericht nicht statt, da in diesem Verfahren die Geltendmachung von Einwendungen gegen die Vollstreckungsforderung den übrigen Beteiligten, zu denen auch der Schuldner gehört, überlassen bleibt. Dies gilt auch für Kostenforderungen (vgl. Kretzschmar, Syst. Darstellung des ZVG. 92).

§ 792. KGJ. **37** A 4 (KG.). Hat ein Gläubiger einen vollstreckbaren Titel, so kann er an Stelle des Schuldners von dem Notar die Erteilung einer Abschrift der Urkunde über ein von dem Schuldner errichtetes Rechtsgeschäft verlangen, das er anfechten will, denn die Anfechtung ist nur ein Mittel zur Durchführung der ZwV.

§ 793. OLG. **18** 412, SeuffA. **64** 298, R. **09** Ziff. 1558 (Cassel). Abweisende Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts unterliegen nicht der materiellen Rechtskraft. Der Erneuerung des abgewiesenen Antrags steht, wie schon die Motive zu § 701 aF. hervorheben, nichts im Wege. Die gegenteilige Ansicht von Falkmann, ZwV. (2) § 26 führt zu einer unterschiedlichen Behandlung der an den Gerichtsvollzieher und der an das Vollstreckungsgericht gerichteten Anträge, die im Gesetze keine Stütze findet. Ebenso SeuffA. **44** 472 (Dresden).

§ 794. Literatur: Alsberg, Weiterführung eines Prozesses nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs, BuschsZ. **39** 413—440.

Ziff. 1. a) OLG. **19** 95 (Hamburg). Als vor dem Gericht abgeschlossen hat der Vergleich auch dann zu gelten, wenn die Parteien im Termin ein Schriftstück als Anlage zum Protokoll überreichen, das den Vergleich enthält, dies Schriftstück verlesen und von den Parteivertretern genehmigt wird. **b)** Alsberg. Da der Vergleich seine prozeßbeendigende Kraft lediglich dem Willen der Parteien entnimmt, so fällt der Vergleich auch als prozessuales Geschäft zusammen, wenn er als materielles Geschäft hinfällt (433). Der auf Erledigung eines Rechtsstreits zielende Vergleich beseitigt zwar zunächst die Anhängigkeit des Prozesses, diese wird aber wiederhergestellt, wenn eine Partei die andere zu einem vom Richter angesetzten Verhandlungstermin neu geladen hat (435). **c)** R. **09** Ziff. 1024, OLG. **19** 94, FrankfRundsch. **43** 45 (Frankfurt). Während das Urteil ein einseitiger Ausspruch des kraft staatlicher Autorität handelnden Richters ist, ist der Prozeßvergleich lediglich Parteivertrag. Ihm ist zwar Vollstreckbarkeit verliehen, es fehlt ihm aber der öffentliche Charakter (Kohler, BuschsZ. **29** 46, **RG. 37** 416). Daher kann auch nur ein materiell gültiger Prozeßvergleich einen anhängigen Rechtsstreit endgültig erledigen. Erklären die Parteien, daß er nicht zustande gekommen sei oder widerrufen sie ihn, so ist er beseitigt (Gaupp-Stein 534, Kohler aaO. 41, 44 ff., Sächs. OLG. **13** 270). Der Rechtsstreit ist dann in derselben Lage wiederaufzunehmen, in der er sich vor Abschluß des Vergleichs befand. ➵ Auf den von **RG. 65** 422 (vgl. JDR. **6** § 794 I 6) gemachten Unterschied — Ungültigkeit aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen — geht die Entscheidung nicht ein. Red. ⇜ (Vgl. auch JDR. **7** § 794 I 2.)

Ziff. 5. 1. ElsLothJZ. **09** 70 (Colmar). Die vollstreckbare Urkunde muß auf einen ziffernmäßig bestimmten Betrag gerichtet sein, ebenso wie eine im Prozeß ergehende Verurteilung des Schuldners zur Zahlung von Geld. Der Inhalt der Urkunde muß derartig sein, daß auf sie hin im Urkundenprozeß ein Urteil erwirkt werden könnte.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 3417, JW. **09** 731. Die Vollstreckbarkeit einer Urkunde der im § 794 Ziff. 5 bezeichneten Art bestimmt sich lediglich nach ihrem Inhalte. Wird von den Parteien nachträglich eine frühere Fälligkeit der Schuldsumme vereinbart, so kann doch eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erst erteilt werden, wenn dies nach

ihrem Inhalte zulässig ist, also das Ereignis, von dessen Eintritt nach dem Urkundeninhalte die Fälligkeit abhängt, eingetreten ist.

3. Wegen der Vollstreckbarkeit aus altrechtlichen bayerischen Hypothekenurkunden s. zu § 739 Nr. 1.

§ 797. Abs. 4. 1. DJZ. **09** 772 (KG.). Ebensowenig wie der Vollstreckungsrichter das zu vollstreckende Urteil daraufhin zu prüfen hat, ob es von einem von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossenen Richter erlassen ist, darf er die zu vollstreckende notarielle Urkunde daraufhin prüfen, ob der sie aufnehmende Notar etwa als „Beteiligter" von der Beurkundung ausgeschlossen war. Der Einwand gegen die Gültigkeit der notariellen Urkunde ist gemäß §§ 767, 797 Abs. 4 und 5 im Klagewege geltend zu machen.

2. Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel s. auch zu § 767 Ziff. 2.

3. Heymann, Zur Behandlung der Unterhaltsverpflichtung des außerehelichen Vaters, BraunschwZ. **09** 168—173, weist auf die in der Praxis bei Erteilung einer Ausfertigung der vollstreckbaren Verpflichtungserklärung des außerehelichen Vaters vorkommenden Schwierigkeiten hin, wenn die Beteiligten in verschiedenen Orten wohnen, und gibt Mittel zur Abhilfe an.

§ 800. 1. ElsLothNotZ. **09** 376, R. **09** Ziff. 2483 (Colmar). Die Unterwerfung unter die ZwV. gemäß § 800 ZPO. ist eine Verfügung über das Grundstück i. S. der §§ 1643, 1821 Ziff. 1 BGB. Zu ihr bedarf also auch der Vater als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Kindes der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

2. BadRpr. **09** 129 (LG. Karlsruhe). Hat der Grundstückseigentümer sich in einer vollstreckbaren Hypothekenurkunde derart der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, daß die ZwV. gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, so finden auf die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen spätere Grundstückseigentümer die §§ 726—730 entsprechende Anwendung.

3. HessRspr. **10** 117 (LG. Mainz). Werden die Fälligkeitsbestimmungen geändert, so muß die Unterwerfungsklausel erneut im Grundbuch eingetragen werden.

4. OLG. **19** 151, SächsOLG. **30** 111 (Dresden). Der Gerichtsstand des § 800 Abs. 3 schließt den im § 797 Abs. 5 bestimmten allgemeinen Gerichtsstand für die Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden auch dann aus, wenn die ZwV. in das Grundstück gegen denjenigen Eigentümer betrieben wird, der sich persönlich der ZwV. unterworfen hat.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 803 ff. Literatur: Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen. Nach bürgerlichem Handels- und Prozeßrecht. Berlin 1909. — Jaeger, Pfändungsgläubiger und Schuldner als Konkurrenten im Konkurse des Drittschuldners, LeipzZ. **09** 194—198. — Deumer, dass. bei Pfändung von Wertpapieren, LeipzZ. **09** 385—388.

§ 803. 1. Jaeger, LeipzZ. **09** 194 ff. Das Verbot der Überpfändung gilt auch für den Zwangszugriff auf eine einzelne teilbare Forderung, so insbesondere dann, wenn ihre Vollwertigkeit mit Rücksicht auf die Person des Drittschuldners (etwa bei unstreitigen Forderungen gegen den Staat) außer Zweifel steht. Bei Unsicherheit des Drittschuldners ist dem Gläubiger dringend zu empfehlen, ausdrücklich die Vollpfändung der überschießenden Forderung zu beantragen und auf die Umstände hinzuweisen, die eine Vollpfändung im Sinne des § 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO. als „erforderlich" erscheinen lassen. Andererseits wird das Gericht davon auszugehen haben, daß jeder nicht besonders beschränkte Pfändungsantrag das Begehren einer Vollpfändung darstellt. Nur die Vollpfändung gewährt dem Pfändungsgläubiger im Kon-

kurse des Schuldners ein Vorzugsrecht (§ 49 Ziff. 2 KO.) an der ganzen Forderung und im Konkurse des Drittschuldners die Ermächtigung — sobald das Pfändungspfandrecht durch Überweisung zur Einziehung realisierbar geworden ist — bis zur Vollbefriedigung des vollstreckbaren Anspruchs die auf die gepfändete Forderung entfallenden Anteile unter Verdrängung des Schuldners zu erheben. — Eine Teilpfändung „mit Vorrecht vor dem Überrest" ist unzulässig (abw. Motive 434, Gaupp-Stein [9] § 829 Note 62, v. Wilmowski-Levy [7] § 736 aF. Anm. 1, Struckmann-Koch [8] § 835 Anm. 7 u. a).

2. (§ 831.) Deumer, LeipzZ. **09** 385 ff. Die bei gewöhnlichen (unverbrieften) Forderungen zulässige und im Interesse des Schuldners zur Vermeidung einer Überpfändung gebotene Quotenpfändung ist bei in Wertpapieren verbrieften Forderungen begrifflich ausgeschlossen. Eine analoge Anwendung des § 9 PrG. v. 4. Juli 1822 (GS. 178) läßt sich mangels gesetzlicher Bestimmung nicht befürworten. Der ein Wertpapier pfändende Gläubiger wird Pfändungspfandgläubiger des gesamten darin verbrieften Forderungsbetrags. Dieser Vollpfändung (§ 831) schließt sich jedoch keine Vollüberweisung (§ 835) an, wenn die vollstreckbare Forderung des Gläubigers niedriger ist als die in dem Wertpapiere verbriefte Forderung, vielmehr ist dem Gläubiger nur ein Teil der gepfändeten Forderung nach Höhe seiner vollstreckbaren Forderung zur Einziehung zu überweisen. Im Konkurse des Drittschuldners ist der Pfandgläubiger zwar nur nach Höhe und Umfang des Überweisungsbeschlusses bezugsberechtigt, er kann aber jederzeit und namentlich auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Drittschuldners eine nachträgliche Überweisung des ihm bisher nicht überwiesenen Forderungsteils beantragen, wenn er sieht, daß er mit dem ihm ursprünglich überwiesenen Teilbetrage nicht vollständig befriedigt wird. — Da die Pfändung der in Wertpapieren verbrieften Forderungen Vollpfändung ist, stellen sich weitere Pfändungen anderer Gläubiger desselben Schuldners nur als Nachpfändungen im Sinne der §§ 826 ff. ZPO. dar, stehen also im Range dem erstpfändenden Gläubiger nach.

§ 804. 1. *Emmerich 34 f., 485. Der Eigentümer kann auch seine eigene Sache pfänden. Das Eigentümerpfändungspfandrecht ist ebenso wirksam wie jedes andere. Es wird auch in §§ 369 Abs. 1 Satz 2, 371 Abs. 3 HGB. anerkannt. Pfändung und Pfandverwertung bedeuten keinen Verzicht auf das Eigentum. Der Schuldner hat kein Angriffsrecht. — 45 ff.: Ein Gläubiger kann auch eine ihm verpfändete Sache für die Pfandforderung nochmals pfänden. Er wird hier aber regelmäßig auf Grund des bürgerlichen Pfandrechts Befriedigung erhalten. — 174 ff.: Gegen eine Pfändung kann nur nach den Vorschriften der ZPO. (§§ 771, 766 usw.) vorgegangen werden. Insbesondere sind Ansprüche wegen verbotener Eigenmacht oder Feststellungsklagen regelmäßig unzulässig. — 450 f.: Hat der Gläubiger keine Forderung, so ist die Vollstreckung trotzdem rechtmäßig Der Gläubiger erhält aber kein Recht am Erlöse. Schadensersatzansprüche können auf § 717 Abs. 2 ZPO. und § 826 BGB. beruhen. — Für die Rangverhältnisse gelten folgende Besonderheiten: (103, 109) Für künftige und noch nicht fällige Nebenforderungen (Zinsen, Kosten) wird stets mit dem Range der Hauptforderung gepfändet, für künftige Hauptforderungen ist eine Pfändung unzulässig. 14, 111 ff.: Da die Pfändung von Sachen Dritter gültig ist, so geht das Pfändungspfandrecht auch älteren, aber erst später nach § 185 BGB. wirksam gewordenen Pfandrechten vor. 115 ff.: Unter mehreren Pfändungspfandrechten ist eine dingliche Rangänderung zulässig. Dagegen ist eine Rangänderung zwischen Pfändungspfandrechten und Vertragspfandrechten nicht zulässig. Der Vertragspfandgläubiger muß seinen Vorrang auch gegen den Schuldner gemäß § 805 ZPO. durchführen.

2. SächsRpflA. **09** 239 (Dresden). Da das Vollstreckungspfandrecht nur durch eine dem Gesetz entsprechende Pfändung entsteht, so kann der spätere Pfandgläubiger

zur Abwehr des Pfandanspruchs des vorpfändenden Gläubigers diesem gegenüber auch geltend machen, daß dessen Pfändung (z. B. mangels einer befriedigungsbedürftigen Forderung) ungesetzlich sei, gleichviel ob der Pfandschuldner selbst die Pfändung beanstandet hat oder nicht (**RG. 11** 403, **20** 434).

§ 805. 1. OLG. **19** 154 (Frankfurt). Die Klage aus § 805 ist rein prozeßrechtlicher Natur. Sie ist nur bis zur Aushändigung des Erlöses an den Pfändungsgläubiger zulässig. Durch die Versäumung dieser Frist wird aber die Geltendmachung eines nach materiellem Rechte begründeten Anspruchs nicht ausgeschlossen (Gaupp-Stein II, 1 zu § 805, Planck, BGB. § 563, Staudinger I, 3 zu § 563 BGB.). Der Vorzugsberechtigte hat regelmäßig noch den Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB.

2. **RG. 71** 418, JW. **09** 657. Mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß § 560 Satz 1 BGB. — Erlöschen des Vermieterpfandrechts bei Entfernung der eingebrachten Sachen in Kenntnis und ohne Widerspruch des Vermieters — auf die Entfernung der Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung keine Anwendung findet. Daraus folgt aber noch nicht, daß auch die Vorschrift des § 560 Satz 2 BGB. ebenfalls nicht gilt, wenn die Sachen durch ZwV. entfernt werden. Das Vermieterpfandrecht an den vom Pfändungsgläubiger im Wege der ZwV. entfernten Sachen erlischt vielmehr, wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters ausreichen. Ebenso in letzterer Beziehung: DJZ. **09** 1150, OLG. **19** 2 (KG.). AM. OLG. **19** 153 (Frankfurt). Näheres vgl. o. Ziff. 2 zu § 560.

3. OLG. **19** 3 (Celle). § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. — Die Verpflichtung des Vermieters bei Verlust seines Pfandrechts den Anspruch auf Rückschaffung binnen Monatsfrist geltend zu machen — greift gegenüber der Wegschaffung im Wege der ZwV. nicht Platz. Dasselbe muß gegenüber der Verwendung durch den Konkursverwalter gelten, da auch ihm gegenüber nach § 127 KO. dem Vermieter ein Widerspruchsrecht nicht zusteht.

4. *Emmerich 426 ff. Die Klage aus § 805 ist eine prozessuale Bewirkungsklage, gerichtet auf teilweise Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. 429 f.: Wird bei mehreren Pfändungen nur gegen den vorgehenden Gläubiger, nicht gegen seine Nachmänner geklagt, so nützt dies dem Kläger regelmäßig nichts. 431 ff.: Der Vorrechtsanspruch muß auch gegen den Schuldner verfolgt werden.

§ 807. Literatur: Hilse, Der Offenbarungseid für rückständige Umlagebeiträge, JW. **09** 188, 189.

1. Hilse aaO. behandelt die Zulässigkeit des Offenbarungseids wegen rückständiger Beiträge, Vorschüsse und Kautionsbeträge nach § 103 GUVG., § 113 Lw. UVG.

2. KGBl. **09** 7 (KG.) hält an der früheren Ansicht (KGBl. **07** 4, OLG. **16** 332) fest, daß auch auf Grund einer einstw. Verf. die Leistung des Offenbarungseids gefordert werden könne. Vgl. JDR. § 807 **1** 1, **3** 1b, **4** 5, **5** 3, **6** 4, **7** 2.

3. OLG. **18** 415 (Jena). Der Gläubiger braucht sich nicht auf Forderungen verweisen zu lassen, die erst nach längerer Zeit fällig werden (OLG. **14** 169, SächsA. **25** 84 [Dresden], OLG. **3** 333 [Celle]), denn er hat Anspruch auf alsbaldige Befriedigung.

4. OLG. **19** 5 (München). Der Offenbarungseid bezieht sich nicht auf die vom Schuldner durch anfechtbare Rechtsgeschäfte veräußerten Gegenstände, da diese nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehören, auch durch die Anfechtung dahin nicht wieder zurückgelangen, dagegen müssen die durch nichtiges Rechtsgeschäft übereigneten Gegenstände angegeben werden. Eine über die Versicherung der Richtigkeit hinausgehende Aufklärungspflicht liegt dem Schuldner nicht ob.

5. Offenbarungseid des nach §§ 737, 739, 742, 745, 748 zur Duldung der Zwangsvollstreckung Verpflichteten s. zu §§ 737 ff.

6. OLG. **19** 4 (Marienwerder). Der unter Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß verurteilte Schuldner muß den Offenbarungseid auch in Ansehung seines sonstigen Vermögens leisten, und zwar nicht nur wegen der Kosten, für die er trotz der Beschränkung mit seinem ganzen Vermögen haftet, sondern auch wegen des Hauptanspruchs (ebenso Gaupp-Stein § 781[7]). Pfändet dann der Gläubiger von den offenbarten Vermögensstücken einen nicht zum Nachlasse gehörigen Gegenstand, so muß der Erbe gemäß §§ 781, 785, 767 klagend nachweisen, daß der Gegenstand nicht zum Nachlasse gehört.

7. Conze, DJZ. **09** 487, führt gegen Arlt, DJZ. **08** 478 (s. JDR. **7** § 807 Nr. 4b) aus, daß ein dritter Gläubiger sich Abschrift des Vermögensverzeichnisses erteilen lassen könne, wenn er durch Vorlegung eines Vollstreckungstitels und eine Bescheinigung der fruchtlosen Pfändung dartue, daß er selbst vom Schuldner die Leistung des Offenbarungseids verlangen könne. Ob diese Voraussetzungen erfüllt seien, habe der Vollstreckungsrichter, nicht der Gerichtsschreiber zu entscheiden.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. Literatur: Kaufmann, **Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt, GruchotsBeitr. 53 325—351.**

1. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 488. Die Pfändung in den Kux findet nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen durch Wegnahme des Kuxscheins statt, weil der Kuxschein ein Wertpapier ist. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, würde doch § 808 Anwendung finden, weil nur durch Wegnahme des Kuxscheins dem Gewerken die Verfügung über den Kux wirksam entzogen, der Grundsatz der Publizität des Pfandrechts gewahrt und der Zweck des Verfahrens, sichere Befriedigung des Gläubigers, erreicht wird. Es ist irrig, anzunehmen, daß die ZPO. die Gegenstände der Zwangsvollstreckung je nach ihrer rechtlichen Struktur unter die körperlichen Sachen oder unter die Forderungen und andere Vermögensrechte setze. Das beweist am besten der Wechsel, der sowohl körperliche Sache wie zugleich Wertpapier ist und dennoch nicht unter die körperlichen Sachen gesetzt ist. S. auch zu § 857 I e.

2. (Abs. 1.) a) OLG. **18** 399 (Colmar). Gemäß § 808 hat der Gerichtsvollzieher regelmäßig die im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen ohne Rücksicht auf den Widerspruch des Schuldners oder Dritten zu pfänden. Von dieser Regel kann er nur dann abweichen, wenn außer Zweifel steht, daß die in Betracht kommenden Gegenstände nicht dem Schuldner gehören. Hat der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher ausdrücklich die Nichtbeachtung jeglichen Widerspruchs aufgetragen, so ist der Gerichtsvollzieher nicht berufen, die streitige Frage nach der Zugehörigkeit der Gegenstände zum Vermögen des Schuldners zu entscheiden. **b)** KGBl. **09** 86, BreslauAK. **09** 67 (LG. I Berlin). Betreibt der Mann tatsächlich das Geschäft fort, so stehen die in den Geschäftsräumen befindlichen Sachen weiter in seinem Gewahrsam, auch wenn Mietvertrag und Gewerbeschein auf den Namen der Frau umgeschrieben werden.

3. a) *Kaufmann. Bei der Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die nicht Eigentum des Schuldners sind, ist zu unterscheiden, je nachdem die Zwangsvollstreckung A. für eine dritte Person, B. für den Eigentümer selbst erfolgt. Zu A gelten folgende Grundsätze: 1. die Pfändung von nicht dem Schuldner gehörigen Gegenständen ist zunächst voll wirksam und nur der Anfechtung ausgesetzt; 2. die Anfechtung kann nur durch den Drittberechtigten und auch von diesem nur im Wege der Klage erfolgen; 3. die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Drittberechtigte in die Pfändung eingewilligt oder sie nachträglich genehmigt hat. — Zu B sind folgende Sätze aufzustellen: 1. die Pfändung und Versteigerung von Gegenständen, die dem Eigentümer selbst gehören, enthalten keinen Verzicht auf das Eigentum; 2. die Pfändung

ist auch nicht unwirksam, sondern erzeugt ein gültiges Pfändungspfandrecht; 3. die Versteigerung der Pfandsachen ist kein Umstand, den der Gläubiger nach § 325 oder § 160 BGB. zu vertreten hätte. Dem Schuldner steht ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Der Gläubiger behält den Anspruch aus seinem Schuldtitel, soweit er nicht durch die Versteigerung Befriedigung erlangt hat; 4. konkurrierende Pfändungen anderer Gläubiger kann der Eigentümer nach § 771 ZPO. beseitigen, er kann auch nach beendigter Versteigerung von den konkurrierenden Gläubigern den Versteigerungserlös herausfordern, soweit sie um diesen zu seinem Nachteile bereichert sind. **b)** Zwangsvollstreckung in Leihmöbel und in den Anspruch aus dem Möbelleihvertrage s. auch zu § 857 II.

4. (Abs. 2.) KGBl. **09** 17 (KG.). Die Anbringung einer Pfändungsanzeige am Geschäftstische des Wohnwagens eines Karussellbesitzers ist nicht ausreichend, um die noch unverpackt umherliegenden Teile des Karussels und der Drehorgel sowie der beiden anderen Wagen des Schuldners zu pfänden.

§ 809. Literatur: Cohn, Der Stand der ZwV. in den Stahlkammerfachinhalt, ABürgR. **33** 295 ff.

1. *Emmerich 9 ff. Bei Mitbesitz mehrerer müssen alle Mitbesitzer zur Herausgabe bereit sein. — Die Bereiterklärung zur Herausgabe enthält auch die Zustimmung zur Pfändung, diese dagegen nicht stets jene. 17 f.: Ist eine Sache im Besitz eines Dritten gepfändet, so ist die Anschlußpfändung ohne Rücksicht darauf zulässig, ob der Dritte auch zur Herausgabe an den neuen Gläubiger bereit ist.

2. (§ 758.) *Cohn. Der Gläubiger, der den Stahlkammerfachinhalt pfänden will, dem aber der Schuldner und die Bank die Herausgabe des Schlüssels verweigern, kann den Kundenschlüssel auf Grund des § 758 nicht erlangen. Denn es fehlt ein auf Herausgabe des Schlüssels lautender Schuldtitel und das Schrankfach ist kein Behältnis des Schuldners im Sinne des § 758, da es im Mitbesitze der Bank und des Kunden steht. Einen Auftrag zur Wegnahme des Schlüssels auf Grund eines auf Geld lautenden Schuldtitels muß daher der Gerichtsvollzieher ablehnen. Allein analoge Anwendung des § 836 Abs. 3 schafft hier Abhilfe. — Vgl. JDR. **6** § 809 Nr. 2.

3. ElsLothJZ. **34** 134 (Colmar). Die Erklärung des dritten Besitzers, daß er zur Herausgabe der Sache behufs Pfändung bereit sei, wird nicht dadurch bedeutungslos, daß sich der Dritte zugleich vorbehält, Widerspruch gegen die Pfändung aus § 771 zu erheben.

§ 810. OLG. **19** 6, PosMSchr. **09** 88, R. **09** Ziff. 1859 (Posen). Auch gegenüber der ZwV. in Früchte auf dem Halm kann sich der Verpächter auf sein gesetzliches Pfandrecht berufen. — Abw. *Emmerich 139. Das Pfändungspfandrecht an Früchten auf dem Halm geht dem Verpächterpfandrechte vor, dieses allen anderen gesetzlichen und allen Vertragspfandrechten, da das Pfändungspfandrecht mit der Pfändung, das Verpächterpfandrecht mit der Trennung, ein sonstiges Pfandrecht erst nach der Trennung entsteht.

§ 811. I. **a)** BraunschwZ. **09** 176 redet der Herausgeber der analogen Anwendbarkeit der Pfändungsbeschränkungen des § 811 auf die landesrechtliche Privatpfändung das Wort. **b)** RheinArch. **106** I 73 (Cöln). Die Unpfändbarkeit ist lediglich nach dem Zeitpunkte der Pfändung zu entscheiden.

II. Ziff. 5. 1. **a)** Fischer, SeuffBl. **09** 454. Gegenstände, welche der gleichzeitigen Anwesenheit mehr als einer Person bedürfen, um sachgemäß benutzt zu werden, sind der Pfändung unterworfen. Nur soweit eine Person in der Lage ist, mit einem Gegenstande, z. B. einer Maschine oder einem Kahne, dem Erwerbe nachzugehen, soll sie des Privilegs des § 811 Ziff. 5 teilhaftig sein. Denn wenn eine Hilfsperson erforderlich ist, so steht nicht mehr die persönliche Erwerbstätigkeit in Frage, sondern auch jene einer zweiten Person. Welcher Art die Tätig-

keit des Gehilfen ist, ob sie nur als eine minderwertige in Betracht kommt oder ob sie jener des Schuldners gleichkommt, ist gleichgültig. Ausschlaggebend ist vielmehr nur, ob eine Person für sich allein in der Lage ist, wenn auch unter Anspannung aller Kräfte, einen Erfolg zu erzielen, einen Mindestverdienst zu erlangen. Kann ein Gewerbe nicht von einer Person allein ausgeübt werden, bedarf es dazu vielmehr noch der Mitwirkung anderer menschlicher Kräfte zu irgendeiner, wenn auch untergeordneten Arbeitsleistung, dann kann es nicht durch eigene Arbeit des Schuldners fortgeführt werden und die in demselben vorhandenen Gegenstände unterliegen dann der Pfändung. Liegt aber der Fall so, daß eine Maschine von einer Person allein bedient und von ihr rationell in Verwendung genommen werden kann, so wird die Unpfändbarkeit nicht etwa dadurch aufgehoben, daß sich dann auch ein Gehilfe der gleichen Maschine bedient. Es ist auch nicht notwendig, daß sich der Schuldner selbst an dieser Maschine beschäftigt, er kann diese ausschließlich einem Gehilfen überlassen. Es kommt nicht auf das Maß der eigenen Tätigkeit an der Maschine an, sondern darauf, ob dieselbe zur Fortsetzung des Berufs unentbehrlich ist und durch eine einzelne Person wirtschaftlich mit Erfolg in Betrieb genommen werden kann. Dagegen **b)** PosMSchr. **09** 132 (Posen). Wenn auch nach § 811 Ziff. 5 nur die persönliche Erwerbstätigkeit des Schuldners in Betracht kommt, ist doch die Mitarbeit anderer Personen insoweit zu berücksichtigen, als sie lediglich der persönlichen Erwerbstätigkeit des Schuldners dient, z. B. diese nutzbringender gestaltet. Hiernach sind in einem Friseurgeschäft auch die für die Gehilfen erforderlichen Spiegel unpfändbar.

2. OLG. **19** 8 (Frankfurt). Leben Eheleute in Gütergemeinschaft, so sind auch die zur persönlichen Fortsetzung der allein von der Frau ausgeübten Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstände dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes entzogen.

3. **a)** KGBl. **09** 6 (LG. I Berlin). Während Ladentisch und Repositorium eines Bäckerladens als unentbehrlich unpfändbar sind, stellen die auf dem Ladentisch und das Repositorium liegenden Marmorplatten entbehrliche Luxuseinrichtungen dar, sind also pfändbar. **b)** SchlHolstAnz. **09** 320 (Kiel). Unpfändbar die Nähmaschine eines Sattlermeisters. **c)** OLG. **19** 6, SächsOLG. **30** 246 (Dresden). Die persönlichen Leistungen des Eigentümers einer „amerikanischen Schaukel mit Drehorgel" treten bei dem Betriebe gegenüber der in diesen Gegenständen steckenden Kapitalsanlage völlig zurück. Diese Gegenstände sind daher pfändbar. **d)** SchlHolstAnz. **09** 236 (Kiel). Pfändbar ein Baugerüst, weil es nicht zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit allein des Schuldners dient. **e)** BayRpflZ. **09** 439 (München). Unpfändbar das Mobiliar einer Zimmervermieterin, die ihr Gewerbe ohne andere Hilfskräfte — als allenfalls ihre Kinder — betreibt.

4. BadRpr. **09** 134 (Karlsruhe). Pfändung von Gegenständen, die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit eines Handwerkers unentbehrlich sind, begründet einen Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB.

III. Ziff. 6. PosMSchr. **09** 132 (Posen). § 811 Ziff. 6 setzt voraus, daß die Vollstreckung sich gegen die Witwe usw., nicht gegen den Stellvertreter richtet.

§ 817. **RG.** JW. **09** 731, WarnE. **2** 14. Abgesehen von dem Falle der Versteigerung von Gold- oder Silbersachen (§ 820 Satz 1) darf der Gerichtsvollzieher wegen zu niedrigen Gebots den Zuschlag nicht versagen (vgl. Gaupp-Stein [8/9] § 817 Bem. 2 Abs. 2).

§ 819. *Emmerich 379 ff. § 819 greift nur zugunsten der betreibenden Pfändungspfandgläubiger ein, nicht zugunsten der bürgerlichen Pfandgläubiger und der nicht betreibenden Pfändungspfandgläubiger.

§ 821. *Gößmann, ZVersWiss. **09** 372 ff., 385. Die Lebensversicherungspolice, namentlich die auf den Inhaber lautende, ist kein Wertpapier im Sinne dieser Vorschrift. Die auf einen Dritten lautende Lebensversicherung kann mangels Ver-

wertbarkeit des Rechtes auf Leistung an einen Dritten nicht gepfändet werden. Möglich ist nur Pfändung des Widerrufs- bzw. Bezeichnungsrechts des Versicherungsnehmers und Ausübung desselben nach Überweisung.

§ 825. 1. OLG. **19** 152, R. **09** Ziff. 2682 (Hamburg). Auch wenn das Vollstreckungsgericht auf Antrag anordnet, daß die gepfändete Sache freihändig zu verkaufen sei, liegt eine Veräußerung im Wege der ZwV. vor, so daß der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse (§ 805) auch in solchem Falle erhoben werden kann.

2. *Emmerich 342 ff. Wird der lastenfreie Anfall des Pfandes an einen Gläubiger ohne Pfandverkauf angeordnet, so handelt es sich doch nur um eine Anordnung über die Form, nicht über die Folgen oder den Ersatz des Pfandverkaufs. Auch hier liegt ein Pfandverkauf vor. Die Aufrechterhaltung einzelner Pfandrechte ist unzulässig. Die Aneignung kann formlos, auch ohne Besitzübertragung, erfolgen. Die Anordnung des Gerichts ist trotz Widerspruchs des Gläubigers zulässig; ihre Durchführung bleibt aber seinem freien Willen überlassen. —395 f.: Erlös ist hier die Forderung gegen den Gläubiger. Sie steht, mit allen Pfandrechten belastet, dem Schuldner zu.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. 1. BuschsZ. **39** 113 (Cassel). Zur genauen Individualisierung der zu pfändenden Forderung gehört nicht nur die Bezeichnung des Schuldners, sondern auch des Schuldgrundes in solcher Weise, wie sie zur Begründung der Klage erforderlich ist; denn andernfalls wäre bei der demnächstigen Einziehung der Forderung durch den Pfandgläubiger die Prüfung unmöglich, ob gerade die Forderung, deren Zahlung begehrt wird, gepfändet ist. Daß — etwa weil überhaupt nur eine Forderung bestand, — der Schuldner weiß, um welche Forderung es sich handelt, beseitigt das Erfordernis objektiv genauer Bezeichnung nicht.

2. (Abs. 2.) *Hörle 760 ff. Bei der Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegen den Nachlaßpfleger in Ansehung des Nachlasses erwirkten Schuldtitels richtet sich die Zuständigkeit nach §§ 27, 28, aushilfsweise nach §§ 24 ff., 23, 21 ZPO.

§ 829. 1. OLG. **19** 148 (Stettin). Durch eine im Betrage des Gepfändeten unbeschränkte Pfändung, sogen. „Vollpfändung" (Jäger, LeipzZ. **09** 196, s. oben § 803 Ziff. 1), wird für den pfändenden Gläubiger ein Pfandrecht an der ganzen Forderung begründet, auch wenn diese den Anspruch des Pfändungsgläubigers übersteigt. Entfällt demnächst auf die Forderung des Schuldners eine den Anspruch des Pfändungsgläubigers nicht deckende Zwangsvergleichsquote, so kann der Pfändungsgläubiger diese ganz für sich in Anspruch nehmen, ohne Rücksicht darauf, ob Dritte später als er den ursprünglich seinen Anspruch übersteigenden Betrag der Forderung gegen den Drittschuldner gepfändet haben.

2. OLG. **19** 26, SeuffA. **64** 431 (Braunschweig). Zur Pfändung der Forderung des Schuldners gegen einen Gesamt-Drittschuldner genügt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an diesen einen Gesamtschuldner. Die Pfändungen, die sich nur gegen die anderen Gesamt-Drittschuldner richten, kommen für den Rang jener Pfändung nicht in Betracht.

3. KGBl. **09** 84 (KG.). Ein Pfändungsbeschluß kann auch gegenüber einem nicht vertretenen geisteskranken Schuldner ergehen. Die ZwV. hat die Prozeßfähigkeit des Schuldners nicht notwendig zur Voraussetzung, wie schon daraus hervorgeht, daß auch nach vollständigem Wegfalle des Schuldners unter Umständen eine Vollstreckung in den Nachlaß zulässig ist.

§ 830. (Abs. 2.). 1. a) **RG.** SeuffA. **64** 372, R. **09** Ziff. 1798. § 830 Abs. 2 soll den Abs. 1, wonach zur Vollkommenheit der Pfändung einer Buchhypothek die Eintragung in das Grundbuch erfordert wird, keineswegs aufheben, vielmehr den

Pfändungsgläubiger nur dagegen sichern, daß der Drittschuldner etwa nach Zustellung der Pfändung an ihn den gepfändeten Betrag noch an den Schuldner zahlt. Als vollkommen und endgültig braucht auch der Drittschuldner die Hypothekenpfändung erst nach Eintragung im Grundbuch anzuerkennen. **b)** OLG. **19** 160 (KG.). Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner hat die ihm im § 830 Abs. 2 beigelegte Wirkung nur dann, wenn demnächst überhaupt eine wirksame Pfändung erfolgt.

2. HessRspr. **10** 139 (LG. Darmstadt) betr. Pfändung und Überweisung einer Hypothekenforderung nach früherem hessischen Pfandrechte.

§ 831. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2683. Nicht jeder Besitzübergang eines in blanco indossierten Wechsels berechtigt den Erwerber zur Einforderung der Wechselsumme. Es bedarf vielmehr außerdem der Übertragung des Wechselanspruchs durch den Begebungsvertrag. Demgemäß gibt im ZwVverfahren erst der Überweisungsbeschluß dem Gläubiger das Recht, die Forderung aus dem vom Gerichtsvollzieher durch Besitzergreifung gepfändeten Wechsel geltend zu machen. Da dieser Beschluß nicht die Wirkung eines Vollindossaments hat, sondern dem Gläubiger nur die Einziehungsbefugnis verleiht, so bleiben dem Wechselschuldner alle Einwendungen erhalten, die er gegen den Wechselgläubiger hatte.

2. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 231 ff. Wenn der Kausalschuldner eine auf ihn gezogene Tratte akzeptiert hat und diese befindet sich nicht mehr in der Hand des Trassanten, so ist dessen Kausalforderung gegen den Akzeptanten unpfändbar geworden. Ebenso ist die Kausalforderung des Remittenten gegen den Trassanten und diejenige des Indossatars gegen seinen Vormann unpfändbar geworden, sobald der für die Kausalforderung empfangene Wechsel weiterbegeben worden ist.

§ 835. Fromm, R. **09** 543, führt gegen **RG. 49** 204, Petersen Anm. 4 b, Seuffert Anm. 3 I b zu § 835 aus, daß neben dem — Pfändungs- — Gläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, nicht auch noch der Schuldner zur Klage auf Zahlung — an den Pfändungsgläubiger — legitimiert sei. Anderfalls würden §§ 841, 842 unverständlich sein. Ebenso: Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 740 aF., Planck, Lehrbuch II 749, Struckmann-Koch Anm. 3 zu § 835, Gaupp-Stein Anm. IV § 835, OLG. **3** 157.

§ 836. 1. SächsOLG. **30** 102, SeuffBl. **09** 476 (Dresden). Daraus, daß der Pfändungsgläubiger durch die Pfändung in Verbindung mit der Überweisung zur Einziehung die Befugnis erlangt, die Forderung geltend zu machen, folgt, daß dem Drittschuldner gegen den Pfändungsgläubiger die negative Feststellungsklage in gleicher Weise zusteht, wie gegenüber dem sich der Forderung berühmenden Gläubiger selbst (vgl. **RG.** JW. **01** 187 u. **66** 70).

2. (Abs. 3.) BuschsZ. **39** 526 (LG. Dresden). Die Herausgabe der Urkunden über die gepfändete Forderung kann auch schon vor der Pfändung verlangt werden. — AaO. regt Meyer →→ mit Recht — Red. ←← Bedenken gegen diese Ansicht an.

§ 845. Literatur: Stein, Die Wirkungen der Pfändungsbenachrichtigung, SächsRpflA. **09** 1—12.

1. a) *Stein. Die Pfändungsbenachrichtigung erzeugt ein Arrestpfandrecht nur, sofern ihr die Pfändung binnen 3 Wochen nachfolgt. Die Pfändung muß eine vollgültige sein und wird z. B. durch Konkurseröffnung ausgeschlossen. Danach müßte aber auch das Bestehen der Forderung und ihre Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen wie sonst Bedingung der Pfändung sein, während gerade der Schutz des Gläubigers gegen die Zwischenverfügungen den Zweck des Instituts bildet. Die Lösung wird darin gefunden, daß zwischen den Voraussetzungen der Pfändung als Vollstreckungsakt und als Pfandrechtsbegründung unterschieden wird. Die ersteren müssen gegeben sein, die letzteren nicht, weil schon durch die Benachrichtigung das Pfandrecht als einstweiliges (nicht als bedingtes) entstanden ist. **b)** OLG. **19** 8 (KG.

VIII ZS.). Schon die Vorpfändung ist eine Vollstreckungshandlung. Sie erzeugt ein Pfandrecht, für das die Pfändung nicht die Bedingung für die Erzeugung, sondern für das Fortbestehen bedeutet. Für die Widerspruchsklage gegen die Vorpfändung ist daher der Gerichtsstand des § 771 ausschließlich begründet. Die frühere gegenteilige Ansicht des Senats (OLG. **15** 162, so auch R. **04** 504 [Hamm], Struckmann-Koch, Schmidt, Lehrb. 657) kann nicht aufrechterhalten werden. **c)** BadRpr. **09** 54 (Karlsruhe). Auch die Pfändungsankündigung ist eine ZwV.-maßregel, gegen sie daher Einwendung gemäß § 766 bei demjenigen Gericht zulässig, bei welchem zur Zeit der Vorpfändung der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, oder in Ermangelung eines solchen bei demjenigen, bei welchem gemäß § 23 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann (§ 828 Abs. 2).

2. a) **RG. 71** 179, JW. **09** 420. Aus der — näher dargelegten — Entstehungsgeschichte und dem Wortlaute des § 845 Abs. 1 Satz 3 ergibt sich, daß bei der Vorpfändung nur ein vollstreckbarer Titel, nicht aber auch eine vollstreckbare, d. h. mit Vollstreckungsklausel i. S. der §§ 725 ff. versehene Ausfertigung dieses Titels vorzuliegen braucht. Unter einem „vollstreckbaren Titel" ist die erste und ursprüngliche Grundlage für die künftige Vollstreckung, das Urteil oder der Beschluß des Gerichts, sofern sie rechtskräftig oder wenigstens vorläufig vollstreckbar sind (§§ 704, 794, 929 ff.) oder eine der Urkunden nach § 794 zu verstehen, nicht aber das mit der nötigen Vollstreckungsklausel für den derzeitigen Gläubiger und gegen den jetzigen Schuldner versehene Schriftstück. Auch ein nur erst verkündetes Urteil ist bereits ein vollstreckbarer Titel. **b)** R. **09** Ziff. 2826 (Celle). Zwar bildet das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels die objektive Voraussetzung einer Vorpfändung gemäß § 845. Es ist jedoch nicht vorgeschrieben, daß der Gläubiger in der Pfändungsankündigung den vollstreckbaren Titel selbst bezeichnet. Es muß nur die Forderung so deutlich bezeichnet werden, daß ihre Identität mit derjenigen festgestellt werden kann, auf Grund deren demnächst der gerichtliche Pfändungsbeschluß ergeht.

3. **RG. 71** 179. Die Pfändungsankündigung nach § 845 ist auch bei Eigentümerhypotheken und den sich daraus ergebenden Ansprüchen auf den Versteigerungserlös zulässig.

4. OLG. **19** 10 (Hamburg) = SeuffA. **63** 330 s. JDR. **7** § 875 Nr. 2. Die „Vorpfändung" muß die zu pfändende Forderung objektiv genau bezeichnen.

§ 847. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2684. Ist der Anspruch auf Herausgabe eines Wechsels gepfändet, so hat gemäß der nach § 847 zu erlassenden Anordnung die Herausgabe nicht an den Gläubiger, sondern an den Gerichtsvollzieher zu erfolgen. Dieser darf seinerseits den Wechsel dem Gläubiger erst aushändigen, wenn er sich die Forderung aus dem Wechsel gemäß §§ 855 ff. hat überweisen lassen.

2. OLG. **19** 11 (München). Das Fehlen der Anordnung, daß die Sache einem vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei, macht die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache nicht unwirksam. Ebenso: SeuffA. **60** Nr. 89 (Celle), **RG.** JW. **02** 529. Die Anordnung kann und muß noch nachgeholt werden, wenn der Drittschuldner zur Herausgabe mit Wirksamkeit seinem Gläubiger gegenüber befugt werden soll. Sie kann auch noch nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Pfändungsschuldners nachgeholt werden, da § 14 KO. nur neue Vollstreckungen verbietet.

§ 848. (§§ 855, 938.) OLG. **19** 155 (Breslau). Die Vergütung des Sequesters setzt das Vollstreckungsgericht fest.

§ 850. I. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869). 1. **§ 1.** a) OLG. **19** 14 (KG.). Wie die — näher dargelegte — Entstehungsgeschichte ergibt, sind nicht nur Bezüge aus solchen Dienstverhältnissen geschützt, deren Merkmal die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten ist, sondern Vergütungen für persönliche Arbeitsleistung aus einem stetigen Ver-

tragsverhältnis im weitesten Umfange, sofern es nur die Arbeitskraft des Verpflichteten ganz oder doch hauptsächlich in Anspruch nimmt. Auch die dem Geschäftsführer einer GmbH. zustehende Vergütung untersteht daher dem LohnBG. **b**) OLG. **19** 34, KGBl. **09** 97 (KG.). Nach § 1 LohnBG. unterliegt der Anspruch auf Vergütung für Dienste nur dann den Pfändungsbeschränkungen, wenn das Dienstverhältnis die Erwerbstätigkeit des Vergütungsberechtigten ganz oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Bei einem fest angestellten Staatsbeamten hat die neben dem Amte entfaltete Tätigkeit stets den Charakter der Nebenbeschäftigung, auch wenn ihre Erträge das Gehalt übersteigen. Auch bei pensionierten Beamten, welche eine auskömmliche Pension erhalten, behält jede Tätigkeit, die sie nebenher entfalten, den Charakter der Nebenbeschäftigung. Die Einkünfte pensionierter Beamten aus privaten Dienstverhältnissen sind daher bei auskömmlicher Pension in vollem Umfange pfändbar. **c**) OLG. **19** 16 (München). Die Pfändung des Anspruchs eines Agenten auf Provision unterliegt nicht den Beschränkungen des LohnBG., da der Agent selbständiger Kaufmann ist (SeuffA. **55** Nr. 126, Albrecht-Trentler, Recht der Agenten 123). Ist gleichwohl nur der 1500 M. für das Jahr übersteigende Betrag gepfändet, so dürfen bei Berechnung der pfandfreien Summen die Geschäftsunkosten nicht abgezogen werden. — KGBl. **09** 17 (LG. I Berlin) spricht aus den gleichen Gründen die Pfändbarkeit des Provisionsanspruchs eines Agenten aus (ebenso: Lisiecki-Drewes, ZwV. 113, Unger, Lohnbeschlagnahme § 1 Anm. A 2 a b). **d**) BreslauAK. **09** 45 (LG. Breslau). Ist der „monatlich 80 M. übersteigende Betrag" des auf 100 M. angenommenen monatlichen Gehalts des Schuldners gepfändet, so muß der Arbeitgeber die Abzüge auf Beiträge für die Kranken- und Invalidenversicherung von dem pfandfreien Betrage vornehmen.

2. **§ 4.** Ziff. 3. Pigge, DJZ. **09** 1136. Das Pfändungsvorrecht wegen der Unterhaltsbeiträge aus §§ 4 Ziff. 3, 4 a besteht nicht auch wegen der Kosten des Rechtsstreits oder der ZwV. Aus dem Worte „Beitreibung" ist (so OLG. **6** 422 [Celle]) nichts zu folgern, da hierin nur eine redaktionelle Verschiedenheit von dem inhaltlich gleichen § 850 Abs. 4 ZPO. enthalten ist. § 788 ZPO. will nur die Voraussetzung für die ZwV. wegen der Kosten der Beitreibung regeln, enthält aber nichts darüber, in welche Gegenstände die Vollstreckung zulässig ist.

Ziff. 4. a) Francke, R. **09** 734 f., führt in Übereinstimmung mit OLG. Posen, PosMSchr. **07** 81 aus, daß die Worte „für das Jahr" im § 4 Abs. 4 LohnBG. sowohl wie im § 850 Abs. 2 ZPO. nicht ein bestimmtes Kalenderjahr ausdrücken, sondern das Stück einer Berechnungsweise seien, wie sie im Rechtsleben auch sonst für Lohn und sonstige Vergütung von Leistungen längerer Dauer häufig ist, daß also „eine Summe von 1500 M. für das Jahr" eine Summe von 1500 M. bedeutet, welche der beschlagnahmte Lohn erreicht oder erreicht haben würde, wenn die gelohnte Arbeit ein Jahr gedauert hätte. **b**) Kretzschmar, R. **09** 703 f. Bei schwankenden Bezügen ist die den Betrag von 1500 M. übersteigende Summe pfändbar und zwar in der Weise, daß der Überschuß auf die einzelnen Lohnperioden gleichmäßig verteilt wird. Auf die Schwankungen ist dabei Rücksicht zu nehmen, so daß auch auf Perioden, in denen der Lohn die Summe von 1500 M., auf das Jahr berechnet, nicht übersteigt, der sich von dem Überschuß ergebende Durchschnittsbetrag zu pfänden ist. Dafür behält der Schuldner während der anderen Perioden mehr übrig, als ihm sonst davon zu belassen wäre. Beträgt der Jahresverdienst 1700 M., so würden von jeder wöchentlichen Lohnzahlung, ohne Rücksicht auf deren Betrag 200/52 = rund 3,85 M. pfändbar sein (vgl. Gaupp-Stein [9] Anm. III 1 bei Note 97, Seuffert [10] Anm. 37 zu § 850 ZPO., Meyer, LohnBG. 79, Sinzheimer, R. **05** 36). Hat der Schuldner nur eine Zeitlang im Jahre Verdienst, so ist der die Summe von 1500 M. überschießende Betrag des Verdienstes auf die Zeit zu verteilen, während deren der Verdienst bezogen wurde (vgl. OLG.

15 167 [Düsseldorf]). c) Nord, DJZ. **09** 764, wendet sich gegen HansGZ. **07** 226 (Hamburg) und **RG.** JW. **08** 308, welche die Anfechtung eines Vertrags versagen, durch den ein Schuldner, der Dienste im Werte von 3200 M. leistet, 1500 M. sich selbst, 1700 M. seiner Frau versprechen läßt.

3. **§ 4a.** a) OLG. **19** 21 (München). Während OLG. **7** 316 (Oldenburg) und Petersen bezügl. der Zeit, für welche die vom Vater des unehelichen Kindes kraft Gesetzes zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge begünstigt sind, der Klagerhebung die Aufnahme der vollstreckbaren Urkunde gleichstellen, sehen Seuffert und Gaupp-Stein die Erlassung des Pfändungsbeschlusses als den maßgebenden Zeitpunkt an. Das OLG. München tritt der der letzteren Auffassung zugrunde liegenden Erwägung, daß kein Grund zur Begünstigung des eines lange Zeit lässigen Gläubigers vorliege, bei, erachtet jedoch den Zeitpunkt der Einreichung des Pfändungsantrags als den maßgebenden Zeitpunkt (ebenso OLG. Bamberg, SeuffBl. **73** 839). **b)** OLG. **19** 18 (München). Bei der Feststellung, inwieweit der Schuldner der Gehaltsbezüge zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts bedarf, ist auch das Vorhandensein sonstiger Einkünfte zu berücksichtigen. Deshalb ist auch von Bedeutung, ob die Frau des Schuldners zum ehelichen Aufwande beizusteuern hat (§§ 1367, 1371, 1427 BGB.). c) HessRspr. **10** 180 (LG. Darmstadt). Das Vorhandensein eines zweiten unehelichen Kindes hindert die Pfändung des Lohnes des Erzeugers durch ein anderes uneheliches Kind auch dann nicht, wenn es dadurch dem Schuldner unmöglich wird, seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem zweiten Kinde nachzukommen. Im Verhältnisse der Kinder untereinander hat das Erstpfändende den Vorrang.

II. Ziff. 2. a) OLG. **19** 19 (Königsberg). Wenn auch das ALR. die Vorschriften über Altenteile unter dem Titel „Gewagte Geschäfte" behandelt, so steht dies doch der Annahme, daß Altenteilsleistungen in der Regel zugleich die Natur von Alimenten haben, nicht entgegen. Hat daher im Ausgedingevertrag ein Unterhaltsverpflichteter die Altenteilsleistungen übernommen, so liegt darin regelmäßig eine vertragsmäßige Festsetzung der Höhe der gesetzlichen Unterhaltspflicht. Der Anspruch auf die Altenteilsleistungen ist dann unpfändbar. **b)** SchlHolstAnz. **09** 33 (LG. Kiel). Altenteilsansprüche sind, sofern sie nicht die Eigenschaft von Alimenten haben (§ 850 Ziff. 2), an sich unbeschränkt pfändbar. Jedoch muß in entsprechender Anwendung des § 811 Ziff. 2 die Forderung des Schuldners insoweit als unpfändbar gelten, als der Geldbetrag zur Beschaffung von Nahrungs- usw. Mitteln auf die Dauer von zwei Wochen erforderlich ist. Dies gilt für jede Altenteilsrate von neuem.

III. Ziff. 3. a) OLG. **19** 19 (Breslau). Fortlaufende Einkünfte sind nur dann unpfändbar, wenn sie zugleich auf „Fürsorge und Freigebigkeit" eines Dritten beruhen. Die Bestimmung ist wörtlich aus § 434 PrKO. v. 8. Mai 1855 entnommen, die schon vom Obertribunal (StriethA. **42** 125) in diesem Sinne verstanden ist. So auch Wilmowsky-Levy zu § 749 ZPO. aF. Die Gleichsetzung der Worte „Fürsorge und Freigebigkeit" mit „Fürsorge oder Freigebigkeit", wie sie von Gaupp-Stein, Petersen und Reincke ohne Angabe von Gründen vorgenommen wird, ist nicht zu billigen. Beruht daher die Einräumung der Rente auf einem entgeltlichen Vertrage, so findet § 850 Ziff. 3 keine Anwendung. **b) RG.** R. **09** Ziff. 886. Aus der Fassung der Ziff. 3 ist nicht zu folgern, daß über den in dieser Ziff. bezeichneten Rahmen hinaus die auf der Fürsorge und Freigebigkeit Dritter beruhenden Einkünfte immer der Pfändung unterliegen. Diese Einkünfte sind vielmehr z. B. nach § 851 der Pfändung dann entzogen, wenn sie infolge testamentarischer Bestimmung unübertragbar sind. c) SächsRpflA. **09** 626 (Dresden). Der Anspruch des Unterhaltsberechtigten an seinen Prozeßbevollmächtigten auf Auszahlung der für ihn vereinnahmten Unterhaltsgelder ist dem Zugriffe der Gläubiger in demselben Umfang entzogen wie die Unterhaltsforderung selbst.

IV. Ziff. 4. OLG. **19** 20 (München). Auch Hebungen aus Privatkassen der in Ziff. 4 bezeichneten Art sind unpfändbar. Für die mit Beitrittszwang ausgestatteten öffentlich-rechtlichen Kassen gelten ohnehin Sondervorschriften. Ob ein Anspruch der im § 850 Ziff. 4 gekennzeichneten Art oder ein Anspruch aus einer Lebensversicherung, der nicht unpfändbar ist, vorliegt, ist nach den Umständen, insbes. nach Höhe und Zweck der Hebungen zu entscheiden. Die Hebungen des § 850 Ziff. 4 haben Nothilfecharakter.

V. Ziff. 5. a) Jacquin, BayRpflZ. **09** 127. Das „Kapitulationshandgeld" (§ 74 Ziff. 1 Friedensbesoldungsvorschrift) ist kein „Sold" i. S. des § 850 Ziff. 5 ZPO., fällt auch nicht unter den Begriff „Dienstprämie" (§ 40 Abs. 1 MannschVG.), ist daher in vollem Umfang unbeschränkt pfändbar. b) NaumburgAK. **09** 91 (Naumburg). Auch der künftige Anspruch auf die „Dienstprämie" eines Unteroffiziers ist nach § 40 MannschVG. v. 31. Mai 1906 grundsätzlich unpfändbar. c) SchlHolstAnz. **09** 121 (LG. Kiel). Der Anspruch auf die Spareinlagen, die von der Kaiserlichen Marine aus der Löhnung eines auf Beförderung zum Deckoffiziere dienenden Mannes zwecks Ansammlung eines Fonds für die Deckoffizierausrüstung auf den Namen des Mannes gemacht werden, ist unbeschränkt pfändbar.

VI. Abs. 2. OLG. **19** 34, KGBl. **09** 97 (KG.). Aus § 850 Abs. 2 folgt, daß eine Zusammenrechnung zweier Forderungen nur in den Fällen der Ziff. 7 und 8 stattfindet. Bei Pfändung des Gehalts oder der Pension eines Beamten sind daher die Einkünfte, die er von anderer Seite bezieht, nicht zu berücksichtigen. Ebensowenig kommt es bei Pfändung einer dem LohnBG. unterworfenen Forderung eines Beamten darauf an, ob er noch andere Einkommensquellen, namentlich aus Gehalt oder Pension besitzt (vgl. jedoch oben unter I 1 b).

VII. Abs. 4. NaumburgAK. **09** 91 (Naumburg). Ist ein erst künftig entstehender — an sich nach § 850 unpfändbarer — Anspruch auf Grund des Privilegs des § 850 Abs. 4 für ein uneheliches Kind gepfändet, so ist für die Frage, inwieweit der Schuldner der Bezüge zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts bedarf, nicht der Zeitpunkt der Pfändung, sondern der der Entstehung des Anspruchs entscheidend. — Unter dem „nämlichen Zeitraum" i. S. des letzten Satzes des Abs. 4 ist der „gleiche" Zeitraum, wie derjenige, für den gepfändet ist, zu verstehen.

§ 851. 1. a) Breit, JW. **09** 352. Die ZwV. in den Anspruch auf Auszahlung von Baugeldraten ist zulässig, wenn die Forderung des Pfändungsgläubigers aus Lieferungen oder Arbeiten in den Bau erwachsen ist. Eine solche Pfändung ist mit dem Zwecke des Baugelddarlehns durchaus verträglich und ihre Zulässigkeit entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnisse. Dagegen widerstreitet die Vollstreckung eines Privatgläubigers des Bauunternehmers in fällige Baugeldraten der Zweckbestimmung des Baugelddarlehns und ist daher unstatthaft. Die Ausnahmebestimmung des § 851 Abs. 2 greift nicht Platz: Gegenstand der Baugeldforderung ist eben nicht das Geld, sondern das mit einer Zweckbestimmung belastete Geld. b) Kiefe, JW. **09** 382, führt gegen Breit aus, die Zweckbestimmung sei nicht in der Lage, dem Baugelde die Pfändbarkeit zu entziehen. Jeder Bau- oder Privatgläubiger, der einen Anspruch aus dem Baugeldvertrage pfände und sich überweisen lasse, sei jedoch als „Empfänger" von Baugeld nach § 1 G. v. 1. Juni 1909 anzusehen und als solcher verpflichtet, das eingezogene Geld zu den dort bezeichneten Bauzwecken zu verwenden. Nur insoweit der Pfändungsschuldner (Bauunternehmer) bereits aus anderweitigen Mitteln Baugläubiger befriedigt habe, kann sich der Pfändungsgläubiger aus der eingezogenen Summe selbst decken. c) Gegen Kiefe wiederum eingehender Breit, JW. **09** 403. Er legt insbes. noch auf Grund des § 34 BauSG. dar, daß der Baugeldgeber berechtigt sein müsse, die Befriedigung solcher Pfändungsgläubiger abzulehnen, die nicht gleichzeitig Baugläubiger sind, da der Baugeldhypothek nur insoweit der Vorrang vor der Bauhypothek und den dem

Bauvermerke gleichstehenden Belastungen zukomme, als durch eine in Anrechnung auf das Baugeld geleistete Zahlung eine Bauforderung getilgt worden sei. **d)** Hagelberg, JW. **09** 446—448. § 399 BGB. findet keine Anwendung, da die Leistung — die Zahlung der Baugeldvaluta — die gleiche bleibt, auch wenn der ursprüngliche Gläubiger den Anspruch auf sie abtritt. Die Rechte des Baugeldgebers werden erst durch eine vertragswidrige Verwendung des Geldes verletzt. Tritt der Baugeldempfänger den Anspruch auf die Valuta an einen am Baue unbeteiligten Dritten zur freien Verwendung ab, so liegt darin eine positive Vertragsverletzung, die den Baugeldgeber berechtigt, Schadensersatz durch Naturalrestitution, d. h. Rückgängigmachung der Abtretung zu verlangen, und nach § 273 BGB. jede Leistung aus dem Vertrage zu verweigern, bis die Abtretung aufgehoben wird. Diese Einrede kann der Baugeldgeber auch dem Zessionar entgegenhalten. Wird der Anspruch auf das Baugeld von Unbeteiligten gepfändet, so liegt auf seiten des Empfängers eine von ihm verschuldete Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Verwendung vor, die ihn zu Schadensersatz (§ 280 BGB.) verpflichtet und für den Baugeldgeber ebenfalls eine Einrede gegen den Anspruch auf Zahlung begründet, die er dem Pfändungsgläubiger entgegensetzen kann. Da stets nur der Aktivanspruch abgetreten und gepfändet werden kann, so bleibt die Pflicht zur bestimmungsmäßigen Verwendung des Baugeldes und zur Rückzahlung beim ursprünglichen Baugeldnehmer. Der am Baue unbeteiligte Zessionar und der Pfändungsgläubiger sind nicht „Empfänger von Baugeld" i. S. des § 1 G. v. 1. Juli 1909 (vgl. JDR. § 851 **1** 2, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 3).

2. **a)** BuschsZ. **39** 519 (LG. Dresden). Das Recht des Vermieters, zu kündigen, ist selbständig nicht pfändbar, wohl aber kann sein Recht aus dem Mietvertrag als Ganzes mit Beschlag belegt werden. Dadurch erlangt der Gläubiger die Befugnis, zu kündigen. Diese Befugnis verbleibt aber daneben auch dem Vermieter-Schuldner. **b)** OLG. **19** 22, KGBl. **09** 87 (KG.). Soweit der Mieter auf Grund einer Vereinbarung mit dem Vermieter den Gebrauch der gemieteten Räume einem Dritten überlassen darf, sind seine Rechte aus dem Mietvertrag abtretbar und pfändbar. Sonst sind sie weder abtretbar noch pfändbar, weil durch den Wechsel in der Person des Gläubigers die dem Vermieter obliegende Leistung ihrem Inhalte nach geändert werden würde. Daß der Vermieter einseitig sein Einverständnis erklärt, ist ohne Bedeutung. Nur wenn sowohl Mieter als Vermieter sich mit der Pfändung durch den Gläubiger des Mieters einverstanden erklären, fällt die Unpfändbarkeit fort (ebenso Planck zu § 549 BGB., Gaupp-Stein zu § 857 ZPO., Brückner, Miete 100; aM. LG. Halle, BuschsZ. **31** 111, Paech, ABürgR. **26** 7). Ebenso KGBl. **09** 17 (LG. I Berlin), oben Ziff. 3 zu § 549 BGB.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3608. Wie nach ALR. (vgl. **RG. 15** 278, **33** 269) ist auch nach Reichsrecht die Forderung aus der Bürgschaft nicht für sich allein abtretbar, deshalb nach § 400 BGB., § 851 ZPO auch nicht selbständig pfändbar.

4. KGBl. **09** 84 (LG. II Berlin) Der Vertragserbe hat vor dem Erbfalle kein übertragbares Recht auf die Erbschaft, er hat auch keinen vertraglichen Anspruch auf Hinterlassung. Weder jenes Recht, noch dieser Anspruch sind mithin pfändbar.

5. **RG.** DJZ. **09** 547. Solange der Versicherte den Schaden, für den er haftet, nicht gedeckt hat, ist der Haftpflichtversicherer nur verpflichtet, ihn von der Forderung des Geschädigten zu befreien. Dieser Anspruch auf Befreiung unterliegt nicht dem Zugriffe dritter Gläubiger des Versicherten. Nur der Beschädigte selbst könnte den Befreiungsanspruch wirksam pfänden.

6. OLG. **19** 22, SeuffA. **64** 333 (Cassel). Sowohl unter Zugrundelegung des kurhessischen JagdG. v. 7. September 1865 als der PrJagdO. v. 15. Juli 1907 ist nicht nur das Recht des Jagdpächters selbst, sondern auch dessen Ausübung unpfändbar. Die Ausnahmevorschrift des § 857 Abs. 3 ZPO. greift gegenüber der Regel des § 851 Abs. 2 nur Platz, wenn keine besonderen Vorschriften, welche die Weiter-

übertragung der Ausübung ausschließen (hier §§ 549, 581, 596 BGB.), bestehen. Eine Pfändung unter Vorbehalt der für die Afterverpachtung von Jagden erforderlichen Genehmigung des Verpächters und des Kreisausschusses (§ 22 kurhess. G., § 22 Ziff. 3 PrJagdO.) ist nach der Natur der ZwV. ausgeschlossen, welche zur Zeit der Vollstreckung veräußerliche Rechte voraussetzt.

7. **RG.** R. **09** Ziff. 887. Die Ausnahmevorschrift des § 851 Abs. 2 findet auf rechtsgeschäftlich unabtretbare Forderungen des älteren Rechtes keine Anwendung.

§ 853. 1. OLG. **19** 26, SeuffA. **64** 431 (Braunschweig). § 853 hat dem Schuldner nur das Recht zur Hinterlegung gewährt, um ihn von der Verpflichtung zu befreien, zu prüfen, wer Bestberechtigter sei; eine Verpflichtung zur Hinterlegung ist ihm nicht auferlegt. Macht der Drittschuldner von der Hinterlegungsbefugnis keinen Gebrauch, so muß er das Rangverhältnis der Pfandgläubiger (§ 1290 BGB.) beachten und wegen dieser Verpflichtung ist er auch berechtigt, sich dem nachstehenden Gläubiger gegenüber auf das Bestehen des vorgehenden Pfandrechts zu berufen (ebenso BayObLG., SeuffA. **57** Nr. 25). Der Pfandgläubiger kann beim Vorhandensein von vorgehenden Pfandrechten nur Hinterlegung oder etwa Zahlung an sich und die Besserberechtigten fordern.

2. OLG. **19** 1 (Rostock). Weigert sich das Vollstreckungsgericht, die Hinterlegung — zwecks Einleitung des Verteilungsverfahrens (§§ 872 ff.) — anzunehmen, so greift dies unmittelbar nur in die dem Drittschuldner nach §§ 853, 857 zustehenden Rechte ein. Der Gläubiger hat daher kein Beschwerderecht.

§ 857. Literatur: du Chesne, Der Gegenstand der Pfändung, ThürBl. **56** 1—10, Flatau, Die ZwVollstr. in Leihmöbel. Berlin 1909. Franz Vahlen. — Fromherz, Zwangsvollstreckung und Vermieterpfandrecht bei Leihmöbeln, BuschsZ. **39** 469—489, s. auch zu § 808.

I. Abs. 1. **a)** *Emmerich 58 ff. Der ideelle Eigentumsanteil eines Miteigentümers wird gemäß § 857 unter Zustellung an die übrigen Miteigentümer gepfändet. Das Pfandrecht ist ein Sachpfandrecht. Gegen eine solche Pfändung können nicht die Miteigentümer, wohl aber die am gepfändeten Sachteile Berechtigten nach § 771 bzw. § 805 ZPO. vorgehen. — 499 f.: Die Verwertung des Anteils kann nur gemäß §§ 857 Abs. 5, 814 ff. erfolgen. **b)** ElsLothJZ. **34** 483, DJZ. **09** 1336 (Colmar). Die Pfändung des dinglichen Miteigentumsrechts an Grundstücken gemäß § 857 ist unzulässig, da nach § 864 nur Bruchteile von Grundstücken Gegenstand der ZwV. (in das unbewegliche Vermögen) sein können. Die Pfändung eines Miteigentumsrechts schlechthin muß daher dahin aufgefaßt werden, daß nur der obligatorische Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft und auf Auseinandersetzung gepfändet ist. **c)** R. **09** Ziff. 3784 (Braunschweig). Hochzeitsgeschenke stehen, soweit nicht aus den Erklärungen des Schenkgebers oder den Umständen etwas anderes erhellt, im Miteigentume beider Ehegatten und können daher nur nach den Grundsätzen über Miteigentum gepfändet werden. **d)** **RG.** JW. **09** 202, R. **09** Ziff. 1179. Ein Handelsgeschäft — wie auch ein sonstiges Erwerbsgeschäft (Gewerbeunternehmen) — unterliegt als solches der ZwV. nicht. Eine Ausnahme besteht hinsichtlich des Erwerbsunternehmens der Privateisenbahnen auf Grund des PrG. v. 19. August 1895/11. Juni 1902. **e)** *Gößmann, ZVersWiss. **09** 372 ff. Das Recht des Versicherungsnehmers bei einer Lebensversicherung auf Todesfall, die Bezeichnung des Begünstigten zu widerrufen bzw. zu ersetzen, ist, da nicht höchstpersönlich, pfändbar. **f)** *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 487 ff. Die Anwendung des § 857 ZPO. bei der Zwangsvollstreckung in den Kux findet nur beim unverbrieften Kuxe statt. Die Verbriefung desselben durch einen Kuxschein ändert die Art der Vollstreckung, die schwerfällige nach § 857 fällt fort und die leichtere nach § 808 tritt an deren Stelle (s. auch oben Ziff. 1 zu § 808).

II. Pfändung des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. a) Kaufmann, SächsRpflA. **09** 326. Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel hat sich wie folgt zu gestalten: Der Gläubiger pfändet zunächst die Sache selbst. Sodann findet er den Abzahlungshändler ab, sofern keiner der Gründe vorliegt, die es als bedenklich erscheinen lassen, den Schuldner zum Eigentümer zu machen. Liegt ein solcher Grund vor, oder lehnt der Abzahlungshändler die Annahme der Restzahlung ab, so pfändet der Gläubiger die Anwartschaft. An die Pfändung der Anwartschaft schließt sich deren Versteigerung (event. auch freihändige Verwertung) nach § 857 Abs. 5 ZPO., § 929 BGB. (s. auch zu § 808 Ziff. 3 a). b) Flatau kennzeichnet das bedingte Eigentumsrecht des Käufers von „Leihmöbeln" (§ 455 BGB.) als „Anwartschaft" und „Erwerbsberechtigung" (54—66) und gelangt — ausgehend von dem ➸ wohl sehr zweifelhaften. Red. ⇷ Satze, daß zum Vermögen überhaupt nur Rechte, keine Sachen gehörten, die ZwV. in eine körperliche Sache also in Wahrheit ZwV. in das Eigentumsrecht sei (86 ff.), daß ferner die ZwV. in bedingte Rechte sich nach den gleichen Regeln wie die in die entsprechenden unbedingten Rechte vollziehe (102 ff.), zu dem Ergebnisse, daß sich die ZwV. in das bedingte Eigentum nach den Vorschriften über die Pfändung beweglicher Sachen richte (109 ff.). c) *Fromherz. Im Anschluß an BuschsZ. **38** 49 ff. werden die den Gegenstand betreffenden Arbeiten von Liebert, Bendix, Liebrecht und Horn erörtert. Im Gegensatze zu Flatau (vgl. die Besprechung in BuschsZ. **39** 400), Flechtheim und Kaufmann muß daran festgehalten werden, daß mit der Sachpfändung allein nicht durchzukommen ist. Die Flatausche Ansicht widerspricht dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes (§§ 158 ff. BGB., § 808 ZPO.). Für die Regel erfolglos sind die Versuche Flechtheims und Kaufmanns, den Widerspruch des Schuldners gegen diese Zahlung als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen zu lassen. Kaufmann kommt selbst schließlich dazu, daß es am Ende darauf ankommt, dem Schuldner die Legitimation zu dem Widerspruche nach § 267 BGB. zu entziehen. Das kann aber nur durch die Pfändung des Anspruchs des Käufers-Schuldners aus §§ 433/4 BGB. auf Verschaffung des Eigentums geschehen, welcher mit der Übergabe keineswegs erledigt ist. So BuschsZ. **39** 528 (LG. Bremen). Kaufmann, SächsRpflA. **09** 326 ff., welcher meint, mit der Zahlung an den zur Annahme bereiten Verkäufer auszukommen, da sich der Gläubiger gleichzeitig das Eigentum übertragen lassen könne, setzt sich mit seiner Darlegung über die Natur des „Anwartschaftsrechts" (§ 161 BGB.!) des Käufers-Schuldners in Widerspruch. Was bei einer Versteigerung eines solchen „Anwartschaftsrechts" herauskommt, das zeigt am besten das von Kaufmann angeführte Beispiel, wo die Anwartschaft auf ein Klavier, auf das 1000 M. anbezahlt wurden, keinen Bieter gefunden hat und schließlich dem betreibenden Gläubiger um 10 M. zugeschlagen wird! Dieser Unbilligkeit und der Unzweckmäßigkeit der Versteigerung des „Anwartschaftsrechts" entspricht die Unrichtigkeit der Aufstellung, daß dieses „Anwartschaftsrecht" ein selbständiges Vermögensobjekt sei. Es ist lediglich ein wissenschaftlicher Ausdruck (Enneccerus) für die Rechtsstellung des unter einer Bedingung Berechtigten, dessen Recht auf Leistung eines Gegenstandes geht (§§ 158 ff. BGB.). Der Eigenart des Vermögensgegenstandes und dem geltenden Gesetz entspricht nur die Pfändung der Ansprüche des Käufers-Schuldners aus dem Kaufvertrage mit Überweisung zur Einziehung und Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß ein von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Zahlung des Restkaufpreises beauftragter Gerichtsvollzieher die Sache in Besitz zu nehmen oder zu pfänden habe. Das ist nichts als eine entsprechende Anwendung des § 847, wie sie im § 857 ZPO. vorgesehen ist. Nur so wird der Gläubiger mit Sicherheit gegen dritte Gläubiger und mit dem Erfolg einer Pfandsicherheit auch für den ausgelegten Restkaufpreis eine einheit-

liche Zwangsvollstreckung durchführen können, welche mit der Versteigerung der Sache endet und daher auch eine praktischen Erfolg versprechende Verwertung ermöglicht. **d)** BuschsZ. **39** 524 (LG. Dresden) verneint in einer Entscheidung aus 1903 die Pfändbarkeit des bedingten Rechtes des Schuldners bei Eigentumsvorbehalt eines Dritten. **e)** BuschsZ. **39** 528 (LG. Bremen) tritt den Ausführungen von Fromherz, BuschsZ. **38** 49 ff. — JDR. **7** § 857 II a — bei, nach welchen bei Pfändung des Anspruchs des Schuldners aus dem Möbelleihvertrage nach §§ 847, 857 der Gerichtsvollzieher angewiesen werden kann, die Sachen nach Befriedigung des Drittschuldners bei dem Schuldner zum Zwecke der Versteigerung in Besitz zu nehmen und demnächst zu versteigern. Vgl. JDR. § 857 **3** III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** III 3, **7** II.

III. Abs. 3. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1118, SeuffA. **64** 301, ZtschrfAktGes. **16** 160 und **RG. 70** 64. Geschäftsanteile einer GmbH. sind auch dann pfändbar, wenn ihre Veräußerung nach dem Gesellschaftsvertrag an die Genehmigung der Gesellschaft geknüpft ist. § 15 Abs. 5 GmbHG. hat nur für die freiwillige Veräußerung Bedeutung (aM. Staub-Hachenburg [2] 173 Exkurs zu § 185 Anm. 17). Vgl. JDR. § 857 **3** II 1, **4** II 1, **5** II 1, **6** II 1, **7** IV.

2. Pfändung des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung. **a)** BreslauAK. **09** 62 (Breslau). Der Berichtigungsanspruch ist nicht — wie Oberneck, RGBO. I § 47 und Turnau-Förster, LiegenschR. I 94 annehmen —, ein unselbständiges Akzessorium des unrichtig eingetragenen dinglichen Rechtes, sondern ein dinglicher Anspruch, der neben dem materiell-rechtlichen Hauptanspruche besteht (vgl. **RG.** R. **02** 236, Fuchs, GrundbR. 176, Staudinger, Planck, Biermann zu § 894 BGB.). Er kann deshalb mangels besonderen gesetzlichen Verbots unabhängig von der Übertragung des zu berichtigenden Rechtes übertragen und gepfändet werden. Die Übergabe des Briefes ist zur Pfändung des Berichtigungsanspruchs in Ansehung einer Briefhypothek nicht erforderlich. **b)** SeuffA. **64** 254, SächsOLG. **30** 67 (Dresden). Der Anspruch des Eigentümers auf Löschung einer mangels Einigung (§ 873 BGB.) nicht zur Entstehung gelangten Hypothek kann nicht gepfändet werden, da eine nicht bestehende Hypothek in keiner Weise zur Tilgung einer Geldforderung führen kann. Dem nachstehenden Hypothekengläubiger, der seiner Post den ihr zukommenden Rang im Grundbuche verschaffen will, steht nur der Weg der Klage gemäß § 894 BGB. offen.

IV. Abs. 6. Pfändung der Eigentümerhypothek und des zukünftigen Anspruchs auf den Versteigerungserlös. **a)** **RG. 70** 278, JW. **09** 166, DJZ. **09** 546, R. **09** Ziff. 1027. Zur Wirksamkeit der Pfändung einer Eigentümergrundschuld ist die Übergabe des Briefes erforderlich (**RG. 55** 378, **56** 13, 184, **59** 313). Dagegen ist, nachdem im Zwangsversteigerungsverfahren der Zuschlag erteilt ist, eine Pfändung des Anspruchs des Vollstreckungsschuldners auf Auszahlung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Teiles des Versteigerungserlöses zulässig, ohne daß es der Übergabe des Hypothekenbriefs bedarf; auch ist, da ein Drittschuldner nicht vorhanden, insbes. der Ersteher nicht als Drittschuldner anzusehen ist, zur Wirksamkeit dieser Pfändung die Zustellung an den Vollstreckungsschuldner genügend (**RG. 55** 264, **63** 216, **64** 216, 311, JW. **06** 387). Eine vor dem Zuschlag erfolgende Pfändung des zukünftigen Anspruchs auf den Versteigerungserlös ist wirkungslos. Dieser Anspruch ist der Hauptteil des hypothekarischen Rechtes (§§ 1113, 1191 BGB.). Solange das hypothekarische Recht besteht, kann daher jedenfalls nur dieses selbst mit dem ihm innewohnenden Rechte auf Befriedigung aus dem Erlöse gepfändet werden. **b)** SeuffBl. **09** 523 (München) bejaht die Zulässigkeit der Pfändung der sog. künftigen Eigentümerhypothek. In das Grundbuch kann die Pfändung jedoch nicht vor der Entstehung der Eigentümerhypothek eingetragen werden (**RG. 61** 374). **c)** Heymann, DJZ. **09** 655. Der Gläubiger, der eine Eigentümerhypothek pfänden will, kann sich gegen den noch einge-

tragenen Hypothekengläubiger durch Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs schützen, der dem Eigentümer gegen den Hypothekengläubiger zusteht. Durch einstweilige Verfügung erlangt er dann die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch. **d)** du Chesne bespricht Unstimmigkeiten zwischen den Pfändungsmitteln der ZPO. und den Pfändungsgegenständen des materiellen Rechtes, insbes. bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld, der durch den Zuschlag erloschenen Rechte und des Berichtigungsanspruchs.

§ 859. I. Abs. 1. SeuffA. **64** 248, ZBlFG. **10** 35 (Dresden). Weder die Pfändung des Anteils des Schuldners an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, noch — was nicht dasselbe ist (§§ 717, 725 BGB., **RG. 60** 126) — die Pfändung des Anspruchs auf Auseinandersetzung und auf das Auseinandersetzungsguthaben enthalten eine Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände. Sie können daher nicht auf dem Grundbuchblatt eines Gesellschaftsgrundstücks eingetragen werden. Anders bei der Erbengemeinschaft, weil im Gegensatze zum Gesellschaftsanteile der Anteil eines Miterben einer anderen Person übertragen werden kann (§ 2033 Abs. 1 BGB.) und die Pfändung des Anteils deshalb (§§ 829 Abs. 1 Satz 2, 836 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO.) eine Beschränkung des Schuldners in dem Rechte zur Mitverfügung über die Nachlaßgegenstände herbeiführt (OLG. **12** 366). — S. unten Nr. 2 b.

II. Abs. 2. 1. SeuffA. **64** 250, R. **09** Ziff. 1180 (Celle). Die Pfändung eines Erbanteils ist erst bewirkt, wenn der Pfändungsbeschluß allen Miterben zugestellt ist. Die Fassung, es werde „die Forderung des Schuldners am Nachlasse" gepfändet, ist nur eine ungeschickte Ausdrucksweise, beeinträchtigt aber die Wirksamkeit des Beschlusses nicht.

2. **a)** SeuffA. **64** 250 (Celle). Auf Grund der Pfändung eines Erbteils kann nur Auseinandersetzung in Ansehung des gesamten Nachlasses, nicht unter Beschränkung auf einzelne Nachlaßgegenstände, insbes. nicht ZwVerst. eines Nachlaßgrundstücks teilungshalber (§ 180 ZVG.), betrieben werden. Letzteres ist nur zulässig, wenn entweder die Einwilligung sämtlicher Miterben beigebracht oder zuvor eine Verurteilung mittels der auf den ganzen Nachlaß gerichteten Erbteilungsklage erwirkt ist. **b)** BraunschwZ. **09** 57, OLG. **19** 156, ZBlFG. **10** 37 (Braunschweig). Auf Grund der Pfändung eines Erbteils kann zwar nicht die Pfändung als solche bei einem zum Nachlasse gehörigen Grundstück im Grundbuch eingetragen werden, wohl aber die in der Pfändung enthaltene Verfügungsbeschränkung, da diese sich auch auf die einzelnen Nachlaßgegenstände erstreckt. Sie erfolgt im Wege des Berichtigungsverfahrens. Ebenso RJA. **6** 235, OLG. **12** 366, ZBlFG. **6** 728 (KG.); Gaupp (4) Bem. III Abs. 4 zu § 859; Petersen (5) Bem. 4 zu § 859; Seuffert (10) Bem. 2 zu § 859 ZPO.; Planck (3) Bem. 3 zu § 2033 BGB.; Staudinger (2) Bem. 4 zu § 2033 BGB.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (3) Bem. 3 zu § 1276 BGB.; Kretzschmar, Einführung in d. GrundbR. II 185; Hamburger, GruchotsBeitr. **48** 58; Grohmann, ZBlFG. **3** 827; RJA. **3** 153 (KG.), OLG. **7** 354 (KG.) **12** 368 (Karlsruhe).

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1702. Hat der Gläubiger den Verkauf des Erbanteils eines Miterben mit Erfolg angefochten, dann den Erbteil gepfändet und sich überweisen lassen, so muß der Käufer dem Gläubiger auch die Einziehung eines auf den Miterben gefallenen Anteils einer bereits geteilten Forderung gestatten, wenn der Drittschuldner bereit ist, bei Zustimmung des Käufers an den Pfändungsgläubiger zu zahlen (vgl. **RG. 67** 331 f., wo es sich um Pfändung eines Gesellschaftsanteils handelt).

4. **R. 09** Ziff. 2486 (BayObLG.). Nach gemeinem Rechte sind die Miterben in Ansehung der Nachlaßsachen Miteigentümer nach Bruchteilen. Ein besonders gestaltetes Gemeinschaftsverhältnis in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände be-

steht unter den Erben nicht. Ebensowenig wie eine Verfügung über den Erbteil als Ganzes mit dinglicher Wirkung bezügl. der einzelnen Nachlaßgegenstände zulässig ist, können durch Pfändung des Erbteils als solchen Pfandrechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen entstehen.

§ 861. OLG. **19** 23 (Breslau). Die vom Ehemanne während des Bestehens des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung gezogenen Früchte des eingebrachten Gutes bleiben bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 861 auch dann noch unpfändbar, wenn später Gütertrennung eintritt.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 864. *Wolf, WürttJ. **21** 125—134. Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks. Der Vollstreckungsantrag muß sich in der Benennung des Anteils genau mit dem Grundbuche decken und darf nicht auf einen höheren oder geringeren Anteil gerichtet sein, als das Grundbuch angibt. Herbeiführung der Berichtigung des Grundbuchs ist Sache des Gläubigers. — Die Zwangsvollstreckung in einen Grundstücksanteil ist nicht zulässig, wenn ein Gemeinschaftsverhältnis zur gesamten Hand vorliegt. — Das Vollstreckungsgericht hat Gesamthandsverhältnisse, die aus dem Grundbuch ersichtlich oder gerichtsnotorisch sind, von Amts wegen zu berücksichtigen. Im übrigen bleibt es den Beteiligten überlassen, ihre Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung geltend zu machen.

§ 865. 1. SeuffBl. **09** 365 (Dresden). Die Befugnis des betreibenden Hypothekengläubigers, nach erfolgter Beschlagnahme des Grundstücks eine in seine Rechte eingreifende Pfändung — außer gemäß § 766 — im Wege der Widerspruchsklage (§ 771) abzuwehren, folgt ohne weiteres aus §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1, 146 Abs. 1 ZVG., wonach der Beschluß, durch den die ZwVersteigerung oder die ZwVerwaltung angeordnet wird, zugunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks gilt und die Beschlagnahme die Wirkung eines Veräußerungsverbots hat Weitergehend **RG. 55** 207.

2. a) **RG.** SeuffA. **64** 336 = JW. **08** 518 (s. JDR. **7** § 865 Nr. 1) betr. Veräußerung von Zubehör eines Grundstücks durch den Konkursverwalter. **b) RG. 69** 85 = JW. **08** 561 betr. dieselbe Frage (s. JDR. ebendort). **c)** OLG. **19** 151 (Kiel). § 865 Abs. 2 steht auch einer Verwertung von Zubehörstücken eines Grundstücks durch den Konkursverwalter nach § 127 KO. entgegen. Der durch die Maßnahmen des Konkursverwalters Verletzte hat die Schutzmittel aus §§ 766, 771 event. 805 ZPO. Soweit er aus § 771 klagen kann, kann er auch einstweilige Einstellung des begonnenen Verwertungsverfahrens durch das Prozeßgericht nach § 769 erwirken.

§ 866. Abs. 3. a) KGJ. **37** A 303, R. **09** Ziff. 1576 (KG.). Ist auf Grund des Anfechtungsgesetzes der Beklagte zur Duldung der ZwV. verurteilt, so kann eine ZwHypothek auf seinem Grundstücke nur eingetragen werden, wenn die der Anfechtung zugrunde liegende Forderung selbst 300 M. übersteigt (§ 4 ZPO.), nicht schon, wenn der Wert des Gegenstandes des Anfechtungsprozesses infolge der Ausdehnung der Duldungspflicht auf Zinsen und Kosten diesen Betrag übersteigt. **b)** Freymuth, R. **09** 638 f. § 866 Abs. 3 ist für die ZwV. aus Urteilen wegen solcher Geldforderungen nicht anwendbar, für die nach materiellem Rechte (§ 648 BGB.) der Gläubiger ohnehin den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek hat.

§ 867. 1. OLG. **19** 24, RJA. **10** 60, KGJ. **37** A 299 ZBlFG. **10** 109 (KG.). Wenn das KG. in Übereinstimmung mit der Literatur wiederholt entschieden hat, daß eine Hypothek auf Grund der Bewilligung des Eigentümers (§ 19 GBO.) nur dann eingetragen werden könne, wenn Eintragungsantrag und Bewilligung sich decken, so beruht dies darauf, daß der Eigentümer, wenn er eine Hypothek zu

bestimmtem Betrage bewilligt, regelmäßig eine Hypothek gerade in der angegebenen Höhe eingetragen sehen will. Bei der Zwangshypothek, die ohne oder gegen den Willen des Eigentümers erfolgt, trifft dies nicht zu. Gegen Güthe I 243 ist daher anzunehmen, daß der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek für nur einen Teil der im vollstreckbaren Titel bezeichneten Summe, nicht der Form des § 29 GBO. bedarf. Ebensowenig bedarf die Vollmacht zu einem solchen Antrage dieser Form.

2. Abs. 2. R. **09** Ziff. 1918. Die Frage, ob die Verteilungserklärungaus § 867 Abs. 2 ZPO. der Formvorschrift des § 29 GBO. unterliegt, ist bejaht vom KG. (KGJ. **33** A 301 im Anschluß an Güthe, GBO. I Anm. 7 zu § 30), OLG. Darmstadt (OLG. **16** 312), Gaupp=Stein [8/9] II 707 Ziff. III u. V zu § 867; Oberneck, GBO. [4] II 444, 448 § 160; Meikel, GBO. 229 Anm. 2 zu § 30; neuerdings noch ebenso ElsLothJZ. **09** 425, ElsLothNotZ. **09** 292 (Colmar); verneint von Seuffert [10] II 592 Anm. 3a zu § 867 u. LG. Zweibrücken, R. **08** 72. Das BayObLG. wollte sie gleichfalls verneinen und hat die Frage deshalb (§ 79 Abs. 2 GBO.) dem RG. zur Entsch. überwiesen. Das **RG. 71** 312, JW. **09** 476, BayNotZ. **09** 406, BayRpflZ. **09** 334, SeuffBl. **09** 632, Els. LothNotZ. **09** 294 hat sich der verneinenden Ansicht angeschlossen, da der Verteilungserklärung eine über den einfachen Eintragungsantrag hinausgehende Bedeutung nicht zukomme.

§ 868. KGBl. **09** 70 (KG.). Unter Eigentümer des Grundstücks i. S. des § 868 Abs. 1 ist derjenige zu verstehen, der zur Zeit des nach Maßgabe des § 868 erfolgenden Erwerbes der Hypothek Eigentümer ist; denn diese Vorschrift ist dem § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. nachgebildet (Hahn=Mugdan, Materialien **8** 166).

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 872. 1. **a)** *Emmerich 400. Wo die Hinterlegung erfolgt, ist gleichgültig. Nur muß die Masse zur Verfügung des Gerichts stehen. — Ein Verteilungsverfahren ist unter Umständen auch ohne Anzeige des Gerichtsvollziehers bei Hinterlegung aus verschiedenen Gründen zulässig. 476: Insbes. greift es bei Streitigkeiten mehrerer Gläubiger eines gemeinschaftlichen Pfandrechts ein. — 413: Hat ein Glaubiger für dieselbe Forderung ein bürgerliches und ein Pfändungspfandrecht an der Sache, so kann er das bürgerliche Pfandrecht nur nach § 805, nicht nach §§ 873 ff. geltend machen. 434: Auch die Gläubiger aus § 805 werden im Teilungsplane berücksichtigt, obgleich sie am Verfahren nicht teilnehmen. **b)** Lutz, BadNotZ. **09** 137, erörtert das Verfahren beim Zusammentreffen von Pfändungsgläubigern eines Zessionar, wenn der Drittschuldner hinterlegt.

2. SchlHolstAnz. **09** 298 (Kiel). Außerhalb des Verteilungsverfahrens und unabhängig von ihm kann eine das Rangverhältnis mehrerer beteiligten Gläubiger betreffende Klage nicht erhoben werden. Ebenso **RG.** JW. **04** 342.

3. WürttJ. **21** 33 (Stuttgart). Die Vorschriften der ZPO. über das Verteilungsverfahren finden auf die Verteilung des bei der Zwangsversteigerung zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft sich ergebenden Erlösüberschusses keine Anwendung.

§ 874. 1. R. **09** Ziff. 2827 (Celle). Über die Fassung des Teilungsplans, insbes. darüber, daß er vom Richter unterschrieben sein müsse, ist nichts bestimmt. Es wird daher jedes Schriftstück, welches inhaltlich den Zwecken eines solchen Planes entspricht und nach dem ersichtlichen Willen des Verteilungsrichters diesem Zwecke dienen soll, als Teilungsplan zu betrachten sein.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 888. Wenn auch der Teilungsrichter zur Entscheidung von Streitigkeiten unter den Parteien nicht berufen ist, so wird der Teilungsplan doch auch

insoweit er eine solche Entscheidung enthält, rechtskräftig, wenn von den Beteiligten kein Widerspruch erhoben wird.

§ 876. *Emmerich 404 f. Der Verteilungsplan ist eine Entscheidung, nicht die Beurkundung eines Kompromisses. Gegen den Plan ist sofortige Beschwerde wegen Verfahrensmängel oder Widerspruch wegen Verletzung materieller Rechte zulässig. — 425: Die Entscheidung über die Beschwerde schafft keine Rechtskraft für die Widerspruchsklage. Das Beschwerdegericht kann ein neues Verteilungsverfahren anordnen, den Plan aber nicht selbst ändern oder neu aufstellen. — 412 ff.: Der Widerspruch kann auch auf obligatorische Rechtsverhältnisse und Anfechtungsrechte gestützt werden. — 115: Dies insbes., da § 876 Satz 3 eine vertragliche Rangänderung zuläßt. — 415 ff.: Ist Widerspruch und Beschwerde erhoben, so beginnt die Klagefrist erst nach rechtskräftiger Entscheidung über die Beschwerde.

§ 878. 1. **RG.** WarnE. **2** 299. Wenn auch zur Durchführung des im § 878 Abs. 1 vorgesehenen Rechtsstreits nicht unter allen Umständen die Bestimmung und Einhaltung der Parteirollen erforderlich ist (**RG. 52** 336), so muß doch, wenn § 878 in seiner Strenge zur Anwendung gelangen soll, aus der Bestimmung des Vollstreckungsrichters oder aus der Natur der Sache sich klar ergeben, wer als Liquidant und wer als widersprechender Realbeteiligter anzusehen ist; denn der widersprechende Realbeteiligte hat die Beweis- und Darlegungspflicht, der Liquidant kann sich auf die Abwehr beschränken. Fehlt es an jenen Voraussetzungen, so ist eine Klage aus § 878 Abs. 2 gegeben.

2. R. **09** Ziff. 2021 (Colmar). Der im Verteilungsverfahren erhobene Widerspruch gegen den Teilungsplan bedarf überhaupt keiner Begründung. Seine etwaige Begründung braucht daher auch nicht mit der Begründung der Klage auf Abänderung des Teilungsplans übereinzustimmen.

§ 879. PosMSchr. **09** 89 (Königsberg). Auch die Zuständigkeit des Landgerichts gemäß § 879 Abs. 2 ist nach § 802 eine ausschließliche.

§ 880. **RG.** R. **09** Ziff. 889. Hat das Prozeßgericht versäumt, in dem Urteil über den Widerspruch die im § 880 vorgesehenen Anordnungen darüber zu treffen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei, so hat der Versteigerungsrichter von sich aus dem Urteile gemäß und unter Berücksichtigung aller inzwischen hervorgetretenen neuen Tatsachen nochmals einen Teilungsplan aufzustellen und auf dessen Grundlage weiter zu verhandeln.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 883. 1. R. **09** Ziff. 2488 (Colmar). § 883 findet auch auf die ZwV. zwecks Herausgabe der Sache an einen Dritten Anwendung.

2. a) OLG. **19** 29 (München) nimmt zu der Streitfrage, ob ein Urteil auf Hinterlegung nach § 883 oder § 887 zu vollstrecken sei, nicht Stellung. Keinesfalls bilde aber die Hinterlegung eine unvertretbare Handlung des § 888. **b)** BuschsZ. **39** 517 (Breslau) = R. **08** 572 f. JDR. **7** § 883 Nr. 3. Der Anspruch auf Hinterlegung eines Geldbetrags ist stets nach § 803 zu vollstrecken.

3. DJZ. **09** 213 (KG.) = OLG. **17** 345 f. JDR. **7** § 883 Nr. 2 betr. Offenbarungseid zur Herausgabe eines nach Strafurteil einzuziehenden Gegenstandes.

4. HansGZ. **09** Beibl. 120 (LG. Hamburg). Da § 805 für den Fall des § 883 nicht gilt, kann der Vermieter auf Grund seines gesetzlichen Pfandrechts (§ 561 BGB.) die Entfernung der diesem unterliegenden Sachen auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern. Der Gerichtsvollzieher muß dann von der Wegnahme der Sachen Abstand nehmen.

§ 885. OLG. **19** 28 (München). Die Einweisung des Gläubigers in den Besitz des Grundstücks muß derart erfolgen, daß der Gläubiger unmittelbar und gegenwärtig auf das Grundstück einwirken kann. Diesem Erfordernis ist jedenfalls dann genügt, wenn der Schuldner dem Gerichtsvollzieher an Ort und Stelle erklärt, er gebe das Grundstück heraus, und der Gerichtsvollzieher daraufhin in gleichzeitiger Gegenwart des Gläubigers und des Schuldners erklärt und zu Protokoll feststellt, daß er „hiermit" den Schuldner des Besitzes entsetzt und den Gläubiger in den Besitz eingewiesen habe.

§ 887. 1. R. **09** Ziff. 3424 (Frankfurt.) Wenn auch Urteile auf Beseitigung von Hypotheken gemäß § 887 vollstreckt werden können (OLG. **11** 187), so gilt das Gleiche doch nicht für Urteile auf Verschaffung des Vorranges vor einer nicht auf den Namen des Beklagten eingetragenen Hypothek. Es würde über den Rahmen des Urteils hinausgehen, wenn der Gläubiger durch gerichtliche Ermächtigung in die Lage versetzt würde, auf Kosten des Schuldners den vorgehenden Hypothekar auszuzahlen.

2. OLG. **19** 157, SächsOLG. **30** 118 (Dresden). Hat der Gläubiger die Handlung vornehmen lassen, bevor er dazu vom Gericht ermächtigt worden ist, so können die dadurch entstandenen Kosten nicht im Festsetzungsverfahren liquidiert werden, müssen vielmehr mittels besonderer Klage geltend gemacht werden.

§ 888. I. a) Kreß, JW. **09** 6. Ein Urteil auf Beseitigung unzulässiger Immissionen hat in der Regel nicht die Vornahme einer vertretbaren Handlung (so Wilmowsky-Levy [7] II 1112), sondern die einer unvertretbaren Handlung zum Gegenstande, ist also nach § 888 zu vollstrecken. Ebenso Rassow, Gruchots Beitr. **43** 683. **b)** HansGZ. **09** Beil. 231 (Hamburg). Die Erfüllung der dem geschiedenen Manne auferlegten Verpflichtung, seiner Frau Sonntags die Kinder „zuzuführen", ist nach § 888 zu vollstrecken. Eine „Herausgabe" der Kinder, bei der der Gerichtsvollzieher mitzuwirken hätte, steht nicht in Frage. **c)** WürttJ. **21** 14 (Stuttgart). Ein Urteil, durch das der Vater verurteilt wird, dafür zu sorgen, daß sein Sohn in einer bestimmten Konfession erzogen wird, kann nicht nach § 888 vollstreckt werden. Unter Umständen ist es überhaupt nicht vollstreckbar.

2. a) **RG.** JW. **09** 24, GruchotsBeitr. **53** 726, SeuffA. **64** 174. Im Gegensatze zu den Urteilen auf Unterlassung oder Duldung (§ 890) dürfen Urteile auf Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung (§ 888) eine Strafandrohung noch nicht enthalten. (Ebenso: Gaupp-Stein Anm. II 2 zu § 888; Petersen-Anger Anm. 5 zu § 888; SeuffA. **48** 369; RheinA. **87** I 93; Bay. ObLG. **14** 798. AM. Seuffert Anm. 1 b zu § 888; Kohler, ACivPr. **80** 252; Schmidt, Lehrb. 591.) Die Zulassung der Androhung im Urteile beruht im Falle des § 890 auf dem Zweckmäßigkeitsgrunde, daß Urteile der dort in Frage kommenden Art nicht direkt, sondern nur durch Einwirkung auf den Willen des Schuldners zur Vollziehung gebracht werden können, und daß diese Einwirkung schon im Urteil am Platze ist, weil Zuwiderhandlungen sofort möglich sind (**RG. 42** 423). Die Erzwingung von nicht vertretbaren Leistungen (§ 888) kann nur im ZwVerfahren erfolgen. Die Strafandrohung kann in diesem Falle also nur bei Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen der ZwV., insbes. also gemäß § 750 erst nach Zustellung des vollstreckbaren Urteils erfolgen. **b)** Ebenso **RG.** JW. **09** 733 bezügl. der einstw. Verf., die nach §§ 883 oder 888 zu vollstrecken sind.

3. OLG. **19** 29 (München). Da in dem Verfahren nach § 888 das Prozeßgericht erster Instanz Vollstreckungsgericht ist, so unterligt in landgerichtlichen Sachen die Beschwerde dem Anwaltszwange.

4. (Abs. 2.) Böhm, JW. **09** 8, führt gegen Fuchs aaO. **08** 700 aus, daß durch § 888 Abs. 2 die Vollstreckung eines Urteils, das dem Beklagten den Abschluß eines Dienstvertrags mit einem Dritten, insbes. einer Konkurrenzfirma, untersagt

(§ 890), nicht ausgeschlossen werde. — Zu demselben Ergebnisse gelangt Holländer JW. **09** 93.

§ 890. 1. a) BadRpr. **09** 81, OLG. **19** 31 (Karlsruhe). Sind dem Schuldner nur positive Handlungen im Urteil untersagt, so stellt das Fortbestehenlassen des vor Vollstreckbarkeit des Urteils eingetretenen urteilswidrigen Zustandes keine Zuwiderhandlung gegen die urteilsmäßige Unterlassungspflicht dar. **b)** OLG. **19** 29 (München). Ist die Zuwiderhandlung gegen ein Patent unter Strafe gestellt, so wird häufig in Frage kommen, ob nicht mehrfache Verstöße als eine fortgesetzte Handlung anzusehen sind.

2. OLG. **19** 31 (Kiel). Ist dem Schuldner die Unterlassung bestimmter Veröffentlichungen (Inserate) aufgegeben, so kann die vor Eintritt der Wirksamkeit des Unterlassungsverbots erfolgte Bestellung der Inserate den Schuldner vor Strafe nicht schützen. Es ist seine Sache, die Bestellung alsbald zu widerrufen.

3. OLG. **19** 30 Anm. 1 (München). Auch wenn die Strafe in einer einstweiligen Verfügung angedroht ist, bildet sie nur die Höchstgrenze der demnächst festzusetzenden Strafe. Denn auch in solchen Fällen ist das Gericht bei Erlassung der Strafandrohung noch nicht in der Lage, die für die Bemessung der Strafe maßgebenden Umstände zu berücksichtigen.

4. OLG. **19** 32 (München) läßt die von Gaupp-Stein bejahte Streitfrage, ob Zuwiderhandlungen zwischen Verkündung und Zustellung bestraft werden können, wenn die Strafandrohung in einem gewöhnlichen Endurteil enthalten ist, unentschieden. Jedenfalls wird die in einer in Urteilsform erlassenen einstweiligen Verfügung enthaltene Strafandrohung ebenso wie das in ihr enthaltene Verbot selbst (**RG. 51** 129) erst mit der Zustellung auf Parteibetrieb wirksam.

5. R. **09** Ziff. 1030 (Frankfurt). Der Beschluß, durch den eine Strafandrohung zur Erzwingung von Unterlassungen ausgesprochen wird, kann erlassen werden, ehe der Beklagte dem Urteile zuwidergehandelt hat. S. **oben** § 888 Nr. **2 a**.

6. **RG.** LeipzZ. **09** 778 hat das OLG., bei welchem die Hauptsache in der Berufungsinstanz schwebt, als Prozeßgericht — für dieses Verfahren als erste Instanz — eine einstw. Verf. erlassen (§§ 943, 937), durch welche bei Strafandrohung die Aufstellung bestimmter Behauptungen untersagt ist, so ist gleichwohl für die Verhängung der Strafe das Prozeßgericht erster Instanz, also das LG. zuständig (§§ 936, 928, 890).

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§ 900. 1. OLG. **19** 33 (KG.). Bei der Ladung zum Termine zur Leistung des Offenbarungseids muß die Ladungsfrist des § 217 innegehalten werden. Das Ausbleiben des Schuldners im Eidesleistungstermin enthält keinen Verzicht auf die Innehaltung dieser Frist.

2. PosMSchr. **09** 57 (LG. Danzig). Widerspruchsgründe, die der Schuldner bis zum Eidesleistungstermine nicht geltend gemacht hat, können eine sofortige Beschwerde gegen den Haftbefehl nicht mehr stützen. Ebenso OLG. **13** 221 (KG.) s. JDR. **5** § 900 Anm. 5.

§ 901. 1. Neumann, R. **09** 804 f. Hat ein Schuldner, gegen den bereits die Mobiliarzwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen war, im Termine die Eidesleistung mit der Begründung verweigert, daß eine Pfändung, welche jetzt vorgenommen würde, nicht resultatlos verlaufen werde, so liegt eine grundlose Verweigerung der Eidesleistung im Sinne von § 901 vor.

2. HansGZ. **09** Beibl. 28 (Hamburg) = OLG. **17** 202 s. JDR. **7** § 901 Nr. 3. Gegen die Anordnung der Haft zunächst Einwendung gemäß § 766. — **Vgl. JDR. 6** § 901 Nr. 4.

§ 903. HessRspr. **10** 36 (Darmstadt). § 903 ist von Amts wegen zu berücksichtigen. — Vgl. JDR. **5** § 900 Nr. 5, **7** § 903 Nr. 4.

§ 906. OLG. **19** 32 (KG.). Die körperliche oder seelische Unfähigkeit, einen Eid zu leisten, ist der im § 906 erwähnten Gefährdung der Gesundheit durch die Haftvollstreckung gleichzustellen. In beiden Fällen hat der Schuldner Erinnerung nach § 766 gegen die Haftvollstreckung zu erheben. Der Haftbefehl bleibt bestehen.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 2828. Da ein Arrest auch wegen eines Anspruchs zulässig ist, der in eine Geldforderung übergehen kann, so ist Arrestanordnung auch wegen eines Anfechtungsanspruchs zulässig; denn auch dieser kann sich unter Umständen in eine Interessenforderung auflösen (GruchotsBeitr. **50** 433). Arrest und einstweilige Verfügung stehen insoweit dem Gläubiger wahlweise zu Gebote. Zu prüfen ist jedoch, ob nicht die Möglichkeit der Umwandlung des Rückgewähranspruchs in eine Geldforderung eine so entfernte ist, daß sich die Verhängung eines Arrestes nicht rechtfertigt.

2. **RG.** RheinZ. **1** 333. Zur Sicherung des Unterhaltsanspruchs der getrennt lebenden Ehefrau gegen den Mann ist nur ein Arrest zulässig, der, wenn der Ehemann ein Grundstück besitzt, durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen werden kann (§ 932). Der Ehefrau steht aber kein obligatorischer Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu (§ 883 BGB.); es kann daher zur Sicherung ihres Unterhaltsanspruchs nicht im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Sicherungshypothek angeordnet werden.

3. KGBl. **09** 72 (KG.). Auch wegen des Anspruchs der Gerichtskasse bezüglich der Gerichts- und Haftkosten gegen einen noch nicht rechtskräftig verurteilten verhafteten Angeklagten ist ein Arrest zulässig. Der Anspruch des Staates auf Erstattung der Kosten ist — als ein bedingter — schon mit der Einleitung der Strafverfolgung entstanden (**RG.** [Strafs.] **13** 141, **RG. 20** 260). Ob der Eintritt der Bedingung und ein Arrestgrund glaubhaft sind, ist nach dem Stande des Strafverfahrens zu entscheiden.

§ 922. 1. **a)** *Anger, SächsRpflA. **09** 319 ff. Die herrschende Ansicht, daß über die Arrestkosten im Beschlußverfahren nicht mitentschieden werden dürfe, ist unpraktisch und theoretisch nicht haltbar. Der Arrestbeschluß hat dem Schuldner die Arrestkosten gemäß § 91 aufzulegen, er bildet insoweit einen Schuldtitel im Sinne von § 104. **b)** SeuffA. **64** 378 u. 379 Anm. 1 (München). Auch wenn die Arrestanordnung durch Beschluß erfolgt, hat der Antragsgegner als unterliegender Teil gemäß § 91 die Kosten zu tragen. Dies ist im Beschluß auszusprechen. — Der Widerspruch (§ 924) kann auf die Kostenentscheidung beschränkt werden und dazu führen, daß gemäß § 93 die Kosten dem Antragsteller auferlegt werden.

2. **RG. 71** 24. Erläßt das OLG. in der Beschwerdeinstanz gemäß § 922 nach voraufgegangener mündlicher Verhandlung ein Urteil, so ist dagegen Revision zulässig, denn das Beschwerdeverfahren ist durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren übergeleitet (**RG. 52** 270, JW. **03** 386). Aus dem gleichen Grunde ist ein vom LG. in der Beschwerdeinstanz nach voraufgegangener mündlicher Verhandlung erlassenes Urteil — weil in der Berufungsinstanz erlassen — unanfechtbar.

3. Berufung gegen das Urteil des Beschwerdegerichts? s. o. zu § 511 Ziff. 1 a.

§ 924. (§ 942.) 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3425, WarnE. **2** 543. Der Streit über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung ist nicht dadurch erledigt, daß die einstweilen angeordnete Maßregel inzwischen auf Grund eines vollstreckbaren Ur-

teils durchgeführt ist. Der Antragsteller hat um so mehr ein Interesse an der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit, als die in diesem Verfahren ergehende endgültige Entscheidung für das über den Schadensersatzanspruch aus § 945 befindende Gericht maßgebend ist (**RG. 58** 236, **59** 358).

2. R. **09** Ziff. 2161 (Hamburg). Das durch den Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung veranlaßte Prozeßverfahren findet nicht schon dadurch seine Erledigung, daß die einstweilige Verfügung in einem anderen Verfahren wegen veränderter Umstände aufgehoben wird. Denn der Betroffene hat ein Interesse, im Widerspruchsprozesse festgestellt zu sehen, daß die einstweilige Verfügung von vornherein ungerechtfertigt war.

§ 925. 1. OLG. **19** 159, BuschsZ. **39** 358 (Frankfurt). Widerspruch ist auch gegen noch nicht zugestellte und noch nicht vollzogene Arrestbefehle zulässig. Selbst dann noch, wenn die Vollziehung durch Zeitablauf ausgeschlossen ist. — Vgl. IDR. **7** § 925 Nr. 2.

2. OLG. **19** 158 (Dresden). Da bei der Entscheidung über den Widerspruch die Verhältnisse so zu berücksichtigen sind, wie sie zur Zeit der Fällung des Urteils liegen, so dürfen auch Umstände der im § 927 erwähnten Art beachtet werden (**RG. 60** 182, **67** 163). Läßt nach Geltendmachung eines solchen Umstandes — z. B. der Befriedigung des Klägers wegen der Arrestforderung — der Kläger seinen Arrestantrag sofort fallen, so ist über die Kosten unter mittelbarer Anwendung des § 93 zu entscheiden. Es ist hierzu zu prüfen, ob der Arrest zur Zeit des Erlasses begründet war.

3. SächsOLG. **30** 113 (Dresden). Urteile, durch welche nach mündlicher Verhandlung über das Arrestgesuch der Arrest a n g e o r d n e t wird, haben den Charakter von Arrestbefehlen, sind daher ohne weiteres vollstreckbar. Dagegen gilt dies n i c h t von Urteilen, durch welche im Widerspruchsverfahren der Arrest a u f r e c h t e r h a l t e n wird. Neben ihnen bleibt der Arrest selbst als Vollstreckungstitel bestehen, sie bedürfen in der Hauptsache der Vollstreckbarkeit überhaupt nicht, im Kostenpunkte können sie vorläufige Vollstreckbarkeit nur nach §§ 709 ff. erlangen.

4. HansGZ. **09** Beibl. 85 (Hamburg). Wird die einstweilige Verfügung als zu Unrecht erlassen aufgehoben, so hat sich der Urteilsspruch nicht auf die Aufhebung der einstweiligen Verfügung zu beschränken, sondern zugleich die Folgen der einstweiligen Verfügung für die Zukunft durch entsprechende Anordnung zu beseitigen.

5. **RG.** WarnE. **2** 40. Zur Abwehr des in einer einstweiligen Verfügung liegenden Eingriffs steht dem Antragsgegner nicht nur der Widerspruch (§§ 925, 936) und der Antrag auf Bestimmung einer Frist zur Erhebung der Hauptklage (§§ 926, 936) zu Gebote; er kann vielmehr auch durch Erhebung der negativen Feststellungsklage die Frage zur Entscheidung bringen, ob der Anspruch, zu dessen Sicherung die einstw. Verf. erlassen ist, besteht, und dann auf Grund eines ihr günstigen Urteils in diesem Rechtsstreite den Antrag auf Aufhebung der einstw. Verf. gemäß § 927 stellen.

§ 926. R. **09** Ziff. 2022 (Hamburg). Im Sinne des § 926 ist als Arrestgericht dasjenige Gericht anzusehen, welches der Gläubiger als das nach § 919 für die Anordnung des Arrestes im gegebenen Falle zuständige Gericht angegangen hat. Dies gilt auch dann, wenn der Arrestbefehl erst in der Berufungsinstanz erwirkt ist (aM. G a u p p - S t e i n Anm. 1 zu § 926; S e u f f e r t Anm. 2 a zu § 924).

§ 927. 1. OLG. **19** 37 (KG.). Eine einstw. Verf. war mit der Maßgabe bestätigt, daß sie aufgehoben werde, wenn nicht der Kläger binnen bestimmter Frist Sicherheit leiste. Erst nachdem der Beklagte Antrag auf Aufhebung der einstw. Verf. gemäß § 927 gestellt hatte, hat Kläger die Sicherheit vollständig geleistet. KG. erachtet diese Nachholung der eine „Prozeßhandlung“ darstellenden Sicherheitsleistung bis zur Schlußverhandlung erster Instanz gemäß § 231 Abs. 2 für zulässig.

2. WürttJ. **21** 31, R. **09** Ziff. 723 (Stuttgart). Ein Arrestbefehl, der infolge Ablaufs der Frist des § 929 Abs. 2 nicht mehr vollzogen werden kann, ist auf Antrag wegen veränderter Umstände aufzuheben.

3. **RG. 71** 309. Mit rechtskräftiger Abweisung der Hauptsache erlischt materiell das Arrestpfandrecht auch dem Drittschuldner gegenüber, ohne daß es der Aufhebung des Arrestes gemäß § 927 bedarf. Die Möglichkeit, daß das rechtskräftige Urteil durch Restitutionsklage angefochten werden kann, steht nicht entgegen.

4. R. **09** Ziff. 1181 (Hamburg). Wenn auch die ZPO. nur die Aufhebung einer einstw. Verf. auf Betreiben des Antrags g e g n e r s regelt, so ist doch auch dem Antragst e l l e r die Befugnis zuzusprechen, die Aufhebung zu beantragen. Hieran kann er schon wegen seiner etwaigen Schadensersatzpflicht ein beachtliches Interesse haben.

§ 928. R. **09** Ziff. 2987 (Colmar). Die Anordnung des Arrestes für sich allein, ohne Vollziehung durch Pfändung, begründet keine Verfügungsbeschränkung des Schuldners in Ansehung der ihm zustehenden Forderungen.

§ 929. Abs. 2. 1. **a)** R. **09** Ziff. 3612 (Hamburg) mißbilligt die Ansicht des **RG. 51** 129, daß bei einstweiligen Verfügungen, welche Verbote enthalten, in der Zustellung eine „Vollziehung" zu erblicken sei, hält vielmehr in solchen Fällen eine Vollziehung überhaupt nicht für möglich. Allerdings bedarf es, wenn sie ohne mündliche Verhandlung erlassen sind, der Zustellung an den Gegner, um sie in Kraft zu setzen. Sind sie aber verkündet, so wirkt das Urteil mit der Verkündung auch gegen den Gegner (§ 312). **b)** Anders KGBl. **09** 7 = OLG. **17** 350 (KG.) s. JDR. **7** § 929 Nr. 1a. Einstweilige Verfügungen — im Gegensatze zu Arresten — gelten stets schon mit der Zustellung an den Schuldner i. S. des § 929 Abs. 2 als „vollzogen". S. auch JDR. aaO. Nr. b, c, d.

2. **a)** KGBl. **09** 98 (KG.). Die zweiwöchige Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 gilt auch für einstw. Verf. (**RG. 21** 417, **51** 129). **b)** OLG. **19** 161, SeuffA. **64** 396 (München). § 929 Abs. 2 findet auch auf die Vollziehung einstweiliger Verfügungen aus § 489 BGB. (Anordnung der öffentlichen Versteigerung eines Tieres im Wandelungsstreit) Anwendung.

3. **a)** OLG. **19** 160 (KG.). Der Arrest in eine Eigentümerbuchgrundschuld wird durch Eintragung der Pfändung im Grundbuche vollzogen (**RG. 55** 378, **56** 13, 185). Der Eingang des Antrags auf Eintragung der Pfändung beim Grundbuchamt (wie bei Vollziehung des Arrestes in Grundstücke § 932 Abs. 3) ist hier bedeutungslos. **b)** OLG. **19** 162, DJZ. **09** 1444 (KG.). Ist auf Grund eines Arrestes innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 zur Leistung des Offenbarungseids geladen, der Termin zur Eidesleistung aber erst auf eine spätere Zeit angesetzt, so darf zur Erzwingung des Eides Haft nicht mehr angeordnet werden (OLG. **14** 197, 201). Denn es steht bereits fest, daß nach Beendigung des nur informatorischen Offenbarungsverfahrens eine Pfändung auf Grund des Arrestbefehls wegen Ablaufs der Vollziehungsfrist nicht mehr erfolgen kann.

4. KGJ. **37** A 142 (KG.) = RJA. **9** 247 s. JDR. **7** § 929 Nr. 1b. Wie das **RG. 21** 417, **51** 129 ausgeführt und das KG. (KGJ. **12** 103, **16** 131) wiederholt angenommen hat, genügt zur Wahrung der Frist des § 929 Abs. 2 bei einer einstw. Verf. deren Zustellung an den Gegner (s. auch oben zu Ziff. 1 b). Dies gilt auch für einstw. Verf., durch die einem Gesellschafter das Recht zur Vertretung einer oHG. entzogen wird. Die Eintragung ins Handelsregister stellt keinen Akt der Vollziehung mehr dar, da ihr nur rechtsbeurkundende, nicht rechtserzeugende Bedeutung innewohnt.

5. NaumburgAK. **09** 67, R. **09** Ziff. 2491 (Naumburg). Die Innehaltung der Zustellungsfrist des § 929 Abs. 2 ist von Amts wegen zu prüfen; es kann auf sie nicht verzichtet werden. Stellt sich im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstwei-

ligen Verfügung heraus, daß die Frist nicht innegehalten ist, so ist die einstw. Verf. aufzuheben.

§ 930. 1. OLG. **18** 401 (München). Durch § 930 wird die Zuständigkeit des Arrestgerichts als Vollstreckungsgerichts nur für den Pfändungsakt begründet. Im übrigen, insbes. für Einwendungen gegen die Art und Weise der ZwV., ist das nach § 766 zuständige Gericht zur Entscheidung berufen.

2. WürttJ. **21** 183 (Stuttgart). Auch zur arrestweisen Pfändung einer Briefhypothek ist die Inbesitznahme des Hypothekenbriefs erforderlich (§ 830 Abs. 1). Befindet sich der Brief im Besitz eines Dritten, so bedarf es der Hilfspfändung und Überweisung des Anspruchs des Arrestschuldners auf Herausgabe des Briefes.

3. BayRpflZ. **09** 175 (Präsident d. LG. München I). Ist ein in Vollziehung des Arrestes gepfändeter Geldbetrag hinterlegt und wird der Arrest demnächst durch vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben, so bedarf es zur Rückgabe des hinterlegten Betrags an den Schuldner der Einwilligung des Gläubigers nicht. §§ 775 Ziff. 1, 776 finden entsprechende Anwendung.

§ 932. PosMSchr. **09** 177 (LG. Graudenz). § 932 Abs. 3 enthält keine Ausnahmevorschrift für die Immobiliarzwangsvollstreckung. Die Fristen der §§ 845 Abs. 2, 929 Abs. 2 werden daher schon durch den Eingang des Pfändungsantrags beim Gerichte gewahrt. ➻ Diese Entscheidung dürfte weder der Fassung des Gesetzes noch der Entstehungsgeschichte gerecht werden. Red. ⟵

§ 935. 1. **a)** BreslauAK. **09** 44 (Breslau). Zieht der Nachlaßverwalter die Mieten eines Nachlaßgrundstücks ein, ohne den Hypothekengläubiger zu befriedigen, so kann, um die weitere Einziehung der Mieten und das dadurch verursachte Erlöschen des auf ihnen lastenden dinglichen Rechtes des Hypothekengläubigers zu verhindern, im Wege der einstw. Verf. die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet werden. **b)** BadRpr. **09** 91 (Karlsruhe). Im Wege der einstweiligen Verfügung kann zur Sicherung des Vermieterpfandrechts (§ 559 BGB.) dem Mieter die Entfernung der eingebrachten dem Pfandrecht unterliegenden Sachen verboten werden. **c)** **RG.** LeipzZ. **09** 72 = SächsRpflA. **08** 508 s. JDR. **7** § 935 Nr. 2a betr. Sicherung des Anfechtungsanspruchs durch einstw. Verf. **d)** RheinA. **106** I 74 (Düsseldorf). Die ordentlichen Gerichte sind zwar nicht zuständig, die ZwV. aus einem gemäß § 7 Kommunalbeamtenges. v. 30. Juli 189 erlassenen Beschlusse des Bezirksausschusses einstweilen einzustellen, dagegen kann auf Antrag des vorläufig verurteilten Kommunalverbandes, gemäß §§ 935, 940 die einstw. Verf. dem Kommunalbeamten die Vollstreckung des zu seinen Gunsten erlassenen Beschlusses untersagt werden.

2. **RG.** WarnE. **2** 100. Zur Sicherung einer auf Geld lautenden Unterhaltsforderung ist nur ein Arrest zulässig. Die Eintragung einer Vormerkung (§§ 885, 883 BGB.) setzt voraus, daß ein privatrechtlicher Anspruch auf Bewilligung einer Eintragung besteht (**RG. 56** 15).

3. SeuffA. **64** 39, BadRpr. **09** 233 (Karlsruhe). Wenn auch der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache einem neuen Gesuch um einstweil. Verf. auf Grund der gleichen Tatsachen dann nicht entgegensteht, wenn die früher ungenügend glaubhaft gemachten Tatsachen nunmehr in anderer Weise glaubhaft gemacht werden (**RG. 33** 419), und wenn auch durch eine erlassene einstw. Verf. eine Rechtshängigkeit i. S. des § 263 nicht begründet wird, so gilt doch auch für einstw. Verf. der Grundsatz, daß über den nämlichen Anspruch nicht mehrfach richterliche Entscheidung angerufen werden soll und zwar jedenfalls insofern, als es ungerechtfertigt ist, dem Schuldner die Belästigungen und Kosten eines weiteren Verfahrens zu verursachen, solange der Gläubiger noch in der Lage ist, die neuen Gründe in dem — in der Rechtsmittelinstanz anhängigen — Verfahren geltend zu machen.

§ 936. **RG. 69** 123. Der Klage des Wechselgläubigers im Wechselprozesse steht eine verzögerliche Einrede entgegen, wenn in einem anderen Verfahren auf Feststellung des Nichtbestehens des Wechselrechts im Wege der einstweiligen Verfügung dem Gläubiger verboten ist, bis zur Beendigung des Prozesses den Wechsel geltend zu machen.

§ 937. 1. OLG. **19** 61 (KG.). Die Erlassung einstweiliger Verfügung liegt außerhalb der Zuständigkeit der Schiedsgerichte (**RG. 30** 375). Besteht ein Schiedsvertrag, so kann gleichwohl als nach § 937 zuständiges Gericht nur dasjenige staatliche Gericht in Frage kommen, welches ohne den Schiedsvertrag zuständig wäre (Gaupp-Stein I zu § 943). Ebenso R. **09** Ziff. 1032 (Frankfurt).

2. (Abs. 2.) R. **09** Ziff. 3426 (Colmar). Gegen die Ablehnung des Gesuchs, ohne mündliche Verhandlung eine einstweilige Verfügung zu erlassen, ist Beschwerde nicht zulässig, da sie nur eine die sachliche Erledigung des Antrags vorbereitende Maßregel, keine Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs enthält.

§ 938. Literatur: Grabner, Die Zwangsverwaltung auf Antrag eines Hypothekengläubigers nach dem BGB. und der ZPO., GruchotsBeitr. **53** 668—679. — Kreß, JW. **09** 58, Darf durch einstw. Verfügung zur Abwendung einer übermäßigen Immission (§ 906 BGB.) eine bestimmte Maßregel angeordnet werden? Das Nähere hierüber s. o. § 906 BGB.

1. a) **RG.** WarnE. **2** 239, SeuffA. **64** 252. Auf eine durch einstw. Verf. angeordnete Zwangsverwaltung im Sinne des ZVG. findet auch die Vorschrift des § 10 Ziff. 1 (§ 146) ZVG. Anwendung. Der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger hat deshalb Anspruch auf Ersatz der Ausgaben zur Erhaltung und nötigen Verbesserung des Grundstücks. Daß der Zweck der durch einstw. Verf. angeordneten Zwangsverwaltung nicht die Befriedigung, sondern nur die Sicherung des Gläubigers ist, steht nicht entgegen. b) Grabner 674 wendet sich gegen die vom KG., RJA. **9** 130, ZBlFG. **8** 733 — s. JDR. **7** § 938 Ziff. 1 b — vertretene Auffassung, daß eine auf Grund des § 1134 BGB., § 138 ZPO. angeordnete Zwangsverwaltung in das Grundbuch einzutragen sei. Diese Zwangsverwaltung endet, sobald der Grundstückseigentümer, der durch sein Verhalten das Grundstück gefährdet hatte, das Grundstück veräußert. Die Vorschriften des ZVG. sind nur mit Auswahl anwendbar. — Gegen **RG.** R. **08** Ziff. 3476 — s. JDR. **7** aaO. Ziff. 1 a —, das ganz allgemein die auf Grund des § 938 erfolgte Anordnung einer ZwVerwaltung nach dem ZVG. billigt, wird ausgeführt, es dürfe bei der einstw. Verf. ein Rechtsinstitut nicht im Widerspruche mit seinem Charakter zur Sicherung verwendet werden. Die Sicherungsmittel für einstw. Verf. gewähre nicht das Prozeßrecht, sondern das bürgerliche Recht (679, 680).

2. KGBl. **09** 53 (KG.). Nach § 938 ist das Gericht befugt, an Stelle der für Unterhaltszahlungen durch §§ 1612 Abs. 3, 760 Abs. 2 BGB. dispositiv vorgesehenen dreimonatigen Vorauszahlung andere Zahlungsbedingungen, insbes. monatliche Vorauszahlung zu bestimmen.

3. **RG.** WarnE. **2** 152, JW. **09** 25. Wenn auch das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen hat, welche Anordnungen zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes erforderlich sind, so dürfen doch diese Anordnungen nicht über das hinausgehen, was bei endgültiger Entscheidung der Hauptsache durch ZwV. zu erlangen ist. Da der Anfechtungsanspruch auf Rückgewähr eines übereigneten Grundstücks nach § 7 AnfG. nicht auf die Duldung der ZwV. in die Mieten des Grundstücks eingeschränkt werden kann (**RG. 64** 339), so kann auch zur Sicherung eines solchen Anspruchs nicht ein Verbot der Einziehung der Mieten erlassen werden.

§ 940. 1. R. **09** 2494 (Karlsruhe). Durch einstw. Verf. kann einem Schauspieler bei Vermeidung von Geld- event. Haftstrafe das Auftreten an anderen Theatern

während der Dauer seines Anstellungsvertrags untersagt werden, falls er gemäß diesem Vertrage hierzu nur mit Einwilligung des Theaterdirektors berechtigt ist.

2. a) **RG.** WarnE. **2** 237 hält gegenüber einem abweichenden Beschlusse des OLG. Jena an seiner Rechtsansicht (**RG. 47** 72, JW. **06** 356, 560) fest, daß bei gesetzlichem Güterstande des BGB. der Ehemann verpflichtet ist, der Frau die zum Betriebe des Scheidungsprozesses erforderlichen Kosten vorzuschießen und daß die Frau eines vermögenden Mannes in solchem Falle nicht auf den Weg des Armenrechts verwiesen werden dürfe. b) HansGZ. **09** Beibl. 216, NaumburgAK. **09** 75 (Hamburg. läßt dahingestellt, ob allgemein der Antrag der Ehefrau, den Ehemann durch einstw. Verf. zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses anzuhalten, abzulehnen sei, wenn dem Ehemanne das Armenrecht bewilligt ist, nimmt aber an, daß Ablehnung jedenfalls dann geboten sei, wenn nach Lage des Falles, insbes. dem Inhalte des Armutsattestes anzunehmen ist, daß die einstw. Verf. der Frau doch nicht zur Erlangung eines Kostenvorschusses verhelfen würde. — Ebenso HessRspr. **10** 58 (Darmstadt). c) NaumburgAK. **09** 56 (Naumburg). Ist die erste Instanz durch Urteil erledigt, so ist für eine einstw. Verfügung auf Zahlung eines Kostenvorschusses für diese Instanz kein Raum mehr. d) PosMSchr. **09** 103 (Posen). Ist auf Grund einer im Ehestreite von der Frau gegen den Mann erwirkten einstw. Verf. gepfändet, so werden die bereits vorgenommenen Vollstreckungsmaßregeln nicht dadurch hinfällig, daß demnächst ein dem Manne günstiges Kostenurteil ergeht. Nur neue Vollstreckungsmaßregeln sind unzulässig. — Vgl. JDR. § 940 **3** III 1, **4** 1 f, **5** 4, **6** II 3, **7** I 4.

3. a) **RG. 69** 1. Behauptet der Kläger, der wahre Inhaber des für einen anderen in die Zeichenrolle des Patentamts eingetragenen Warenzeichens zu sein, so ist zu seinem provisorischen Schutze eine einstweilige Verfügung zulässig. b) **RG.** MSchutzuWettbew. 8 245 hält daran fest, daß derjenige, der eine einstweilige Verfügung gegen den Vorwurf der Patentverletzung verlangt, sich nicht auf die Tatsache der Störung seines freien Gewerbebetriebs allein berufen kann (vgl. JDR. **7** § 940 I 3 b).

4. **RG.** R. **09** Ziff. 1033, BayRpflZ. **09** 168, MSchutzuWettbew. 8 244. Bildet die Pflicht des Beklagten, dem Kläger die Einsicht in seine Geschäftsbücher zu gestatten, den Gegenstand des Hauptprozesses, so kann die Gestattung nicht im Wege einstweiliger Verfügung angeordnet werden, da sonst die Entscheidung in nicht wieder gut zu machender Weise vorweggenommen würde.

5. OLG. **19** 35 (KG.). Eine einstweilige Verfügung ist keine der formellen Rechtskraft fähige Entscheidung (OLG. **4** 98, Planck 3 a, Staudinger 4 zu § 1561 BGB.). Die in einer solchen enthaltene Änderung der güterrechtlichen Verhältnisse bildet daher keine geeignete Grundlage für den Antrag aus § 1561 Abs. 3 Ziff. 1 BGB. auf Eintragung im Güterrechtsregister.

§ 941. ZBlFG. **9** 670 (Dresden). Durch das Eintragungsersuchen des § 941 wird nur der sonst nötige Eintragungsantrag eines Beteiligten (§ 13 GBO.) ersetzt. Das Grundbuchamt wird durch solches Ersuchen nicht der Pflicht zur Prüfung enthoben, ob die Eintragung nach GBO. zulässig ist, insbesondere, ob derjenige, dessen Recht betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist (§ 40 Abs. 1 GBO.).

§ 942. SchlHolstAnz. **09** 301 (Kiel). Erläßt das Amtsgericht auf Grund des § 942 erst nach mündlicher Verhandlung die einstw. Verf., so hat diese gleichwohl nicht durch Urteil, sondern durch Beschluß zu erfolgen. Ebenso **RG. 13** 324.

§ 943. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 557. Mangels Anhängigkeit der Hauptsache wird das Berufungsgericht für die einstw. Verf. auch nicht durch Anerkenntnis des Anspruchs zuständig.

2. WürttJ. **21** 189 (Stuttgart). Erläßt ein Landgericht, bei dem die Hauptsache in der Berufungsinstanz schwebt, auf Grund eines erstmals bei ihm gestellten Antrags

durch Urteil eine einstw. Verf., so ist gegen dieses Urteil ebensowenig wie gegen dasjenige in der Hauptsache ein Rechtsmittel zulässig.

3. Wegen der Zuständigkeit des OLG. s. auch zu § 705 (**RG.** JW. **09** 247).

§ 945. 1. a) **RG.** JW. **09** 395, PosMSchr. **09** 89, BayRpflZ. **09** 335. Der § 945 findet auch Anwendung, wenn der Arrest nur zum Teil von Anfang an ungerechtfertigt gewesen ist; denn es ist nicht einzusehen, warum die Haftung für einen Schaden ausgeschlossen sein soll, der dadurch entstanden ist, daß der Arrestgläubiger das Maß dessen überschreitet, was zur Sicherung seiner Ansprüche genügt. b) **RG.** PosMSchr. **09** 16. Der Ersatzanspruch aus § 945 ist bei arrestweiser Pfändung einer Forderung nicht auf den Schaden beschränkt, der dem Schuldner aus der Unmöglichkeit erwächst, über den gepfändeten Gegenstand zu verfügen. Der Schaden kann unter Umständen auch in der allgemeinen Kreditminderung des Schuldners gefunden werden. Stets muß aber der Schaden wirklich durch die Vollziehung, nicht durch den Erlaß des Arrestes oder andere Umstände verursacht sein.

2. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2302. § 245 BGB. findet auch im Falle des § 945 ZPO. Anwendung. Die Schadensersatzpflicht wurde verneint, weil der Schuldner die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes durch sein schuldhaftes Verhalten herbeigeführt hatte. b) KGBl. **09** 98 (KG.). Der Schadensersatzanspruch wegen ungerechtfertigter Arrestvollziehung unterliegt der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2495. § 945 ist auf den Fall einer in einem ausländischen Strafverfahren angeordneten Beschlagnahme nicht entsprechend anwendbar.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 962. *Hörle 754 ff. Der Nachlaßpfleger ist zum Antrag auf Todeserklärung des zunächst zur Erbschaft Berufenen befugt.

§ 968. BadRpr. **09** 107. Eine BadJMVf. v. 15. Februar 1909 empfiehlt, im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung schon bei Prüfung der Zulässigkeit des beantragten Aufgebots (§§ 947 Abs. 2, 963), jedenfalls aber vor Ausspruch der Todeserklärung bei dem zuständigen Bezirksamt anzufragen, ob und wann der verschollenen Person ein Ausweispapier (Heimatschein usw.) ausgestellt worden ist.

§ 992. R. **09** Ziff. 2024 (Hamburg). Die Bestimmung, daß dem Antrag auf Erlaß des Aufgebots der Nachlaßgläubiger ein Verzeichnis der bekannten Nachlaßgläubiger mit Angabe ihres Wohnorts beizufügen ist, ist kein Schutzgesetz i. S. des § 823 BGB.

§ 995. OLG. **19** 163 (Colmar). Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger hat nicht nur für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern Bedeutung, sondern nach § 1985 Abs. 2 BGB. auch für das zwischen dem Nachlaßverwalter und den Nachlaßgläubigern. Der Antrag des Nachlaßverwalters auf Erlassung des Aufgebots ist deshalb auch dann zulässig, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (Staudinger, Planck zu § 1970 BGB.). In solchen Fällen muß der Wortlaut der Androhung aus § 995 ZPO. entsprechend geändert werden.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

Literatur: Westheimer, Der ausländische Schiedsspruch. Seine Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit im Inlande, BuschsZ. **39** 241—331.

§§ 1025 ff. 1. SächsOLG. **30** 119 (Dresden). Die Vorschriften des zehnten Buches beziehen sich nur auf Schiedsverträge über privatrechtliche Gegenstände. Streitigkeiten zwischen Straßenbahn und Ortspolizeibehörde über Tariffestsetzungen gehören nicht hierher.

2. OLG. **19** 164 (Hamburg). Die Klausel, daß „Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht von Sachverständigen endgültig geschlichtet werden sollen und das

Urteil des Schiedsgerichts letztinstanzlich" sein soll, enthält unzweideutig die Einsetzung eines Schiedsgerichts.

3. a) **RG.** JW. **09** 199. Ist in den Versicherungsbedingungen eine Bestimmung dahin enthalten, daß über die Frage, ob und in welchem Umfange die Erwerbsunfähigkeit des Versicherten die Folge eines Unfalls sei, eine in bestimmter Weise zusammengesetzte Kommission zu entscheiden habe, so ist eine solche Kommission kein Schiedsgericht, ihre Entscheidung kein Schiedsspruch, mag auch die Kommission im Vertrag als Schiedsgericht bezeichnet und ihre Entscheidung unter Ausschluß des Rechtswegs für die Parteien bindend sein, denn eine solche Kommission hat keinen Rechtsstreit zu entscheiden, sondern nur eine Tatsache bindend festzustellen. Ob das Gleiche gilt, wenn die Kommission „über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden" hat, ist Sache der Vertragsauslegung. **b)** HansGZ. **09** Hauptbl. 296 (Hamburg). Die Worte „Hamburger Handelskammer-Arbitrage" sind für sich allein noch nicht ohne weiteres als Vereinbarung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens aufzufassen. **c)** Auch SchlHolstAnz. **09** 343 (Kiel) hebt die verschiedene Bedeutung hervor, die im Handelsverkehre die Klausel „Hamburger Arbitrage" haben kann. (Vgl. JDR. §§ 1025 ff. **7** 1, § 1045 **6** 3.) **d)** OLG. **19** 176 (Hamburg). Die Klausel im Versicherungsvertrage „bei Zweifeln über die Auslegung des Vertrags steht beiden Parteien innerhalb 4 Wochen nach Entscheidung der Versicherungsgesellschaft die Berufung an ein Schiedsgericht zu" enthält keine bindende Vereinbarung des Ausschlusses des ordentlichen Rechtswegs.

4. **RG.** R. **09** Ziff. 350. Es ist zulässig, die Hauptsache bloßen Arbitratoren, die Kostenentscheidung einem förmlichen Schiedsgerichte zu überweisen.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1084. Die Satzungen der auf Grund der §§ 57, 65 G. v. 1. April 1879 durch Kgl. VO. gebildeten Wassergenossenschaften haben die Eigenschaft von Rechtsnormen (Gesetzen i. S. des § 12 EGZPO.). Ist in ihnen ein Schiedsgericht eingesetzt, das unter Ausschluß der ordentlichen Rechtswegs entscheiden soll, so unterliegt diese Bestimmung als eine Norm des öffentlichen Rechtes nicht dem Verzichte der Parteien, begründet also nicht lediglich die Einrede des Schiedsvertrags, sondern die von Amts wegen zu berücksichtigende Unzulässigkeit des Rechtswegs.

§ 1025. Literatur: Kisch, Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht, RheinZ. **1** 13—38.

1. a) Kisch. Auch im Börsenverkehre kann das Schiedsgericht regelmäßig nicht durch allgemeine Bestimmung der Börsenordnung oder Börsenschiedsgerichtsordnung im voraus, sondern nur dadurch zuständig werden, daß die Parteien bei Abschluß eines einzelnen individuell bestimmten Rechtsgeschäfts oder doch im Hinblick auf ein solches sich demselben unterwerfen (27). Diese Unterwerfung kann jedoch auch stillschweigend durch Bezugnahme auf einen Schlußschein, der das Schiedsgericht vorsieht, sowie dadurch erfolgen, daß die Parteien nach einer diesbezüglichen Usance abgeschlossen haben (28, 30). Eine starke Vermutung für das Bestehen einer solchen Usance wird durch Erwähnung des Schiedsgerichts in der Börsenordnung begründet (32). Die nicht zum Börsenterminhandel zugelassenen Personen sind in der Unterwerfung unter ein Börsenschiedsgericht durch § 28 BörsG. nF. noch weiterhin insofern eingeschränkt, als sie sich nur bezüglich bereits entstandener Streitfälle dem Schiedsgericht unterwerfen können (36). **b)** RheinA. **106** II 129 (Köln). Die Bestimmung einer Börsenordnung, daß die Börsenbesucher bei Rechtsstreitigkeiten untereinander „sich dem Börsenschiedsgerichte zu unterwerfen haben", verpflichtet die Börsenmitglieder nur gegenüber der Börse, enthält aber keinen Schiedsvertrag zwischen den einzelnen Mitgliedern

2. OLG. **19** 178, SchlHolstAnz. **09** 229 (Kiel). Unzulässig ist es, die Entscheidung eines Rechtsstreits derart zum Teil dem ordentlichen Gerichte, zum Teil einem Schiedsgerichte zu übertragen, daß ersteres nur über den Grund, letzteres über die

Höhe des Anspruchs zu entscheiden hat. Etwas anderes ist es, wenn nach §§ 317 ff. BGB. durch Vereinbarung einem Dritten für den Fall des Prozesses die Entscheidung über eine für dessen Ausgang erhebliche T a t s a c h e, z. B. über die Höhe des Schadens, den Grund der Erwerbsunfähigkeit übertragen wird; in solchem Falle bleibt die Entscheidung des Rechtsstreits selbst in der Hand des Gerichts.

3. OLG. **19** 176 (178) (Hamburg). Ein rechtswirksamer Schiedsvertrag ist überhaupt nicht geschlossen, soweit es in dem Belieben der Parteien steht, ob sie sich ihm unterwerfen wollen oder nicht (JW. **07** 748) und die Einrede aus § 274 Ziff. 3 versagt, wenn nicht das ganze Sach- und Streitverhältnis, sondern nur bestimmte Fragen der schiedsgerichtlichen Beurteilung unterworfen sind (G a u p p - S t e i n III 3 zu § 274, Vorbem. II 3[1] zu §§ 1025 ff.).

4. ElsLothJZ. **09** 404 (Colmar). Da Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft den Beschluß einer Generalversammlung weder aufheben noch abändern und somit auch keinen Vergleich über die Rechtswirksamkeit eines solchen Beschlusses mit anfechtenden Aktionären abschließen können, so können die Genannten auch keine schiedsrichterliche Entscheidung hierüber vereinbaren. Die Anfechtung von Beschlüssen einer Generalversammlung ist durch §§ 271—273 HGB. zwingend geregelt.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2162. Einlassung des Beklagten auf eine Klagerweiterung ist auch bezüglich der Erweiterung als Unterwerfung unter den Schiedsspruch anzusehen.

6. **RG. 71** 254. Auch die Entscheidung darüber, ob die offene Handelsgesellschaft wegen wichtigen Grundes aufzulösen sei (§ 133 Abs. 1 HGB.), kann einem Schiedsgericht übertragen werden.

7. a) **RG.** R. **09** Ziff. 2686. Daraus, daß der Kläger nach Erhebung der Einrede des Schiedsvertrags die Klage zurückgenommen hat, ist der übereinstimmende Wille der Parteien zu entnehmen, daß über den Anspruch das vereinbarte Schiedsgericht entscheiden soll. Beklagter handelt arglistig, wenn er dann nach Erlaß eines ihm ungünstigen Schiedsspruchs behauptet, der Schiedsvertrag sei bereits zur Zeit der Erhebung der Einrede im ordentlichen Verfahren aus einem ihm damals bereits bekannten Grunde erloschen gewesen. **b)** OLG. **19** 99 (Stuttgart). Die Einrede des Schiedsvertrags geht auf den Sonderrechtsnachfolger über (**RG. 56** 182, G a u p p - S t e i n zu § 1033); um so mehr kann sie demjenigen entgegengesetzt werden, der nur formell in eigenem Namen klagt, sachlich aber das Recht des durch die Schiedsgerichtsvereinbarung gebundenen wahren Berechtigten geltend macht (Inkassomandatar). — S. auch zu § 274 Ziff. 3.

8. Einstw. Verf. bei bestehendem Schiedsvertrage s. zu § 937 Ziff. 1.

§ 1028. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 351. Soll bei Meinungsverschiedenbeiten zwischen den beiden ernannten Schiedsrichtern ein „Obmann" den Ausschlag geben, so treten, wie schon das Wort „Obmann" erkennen läßt, die beiden anderen Schiedsrichter damit nicht außer Tätigkeit.

2. OLG. **19** 165 (München). Die Ernennung eines Schiedsrichters durch den Landgerichtspräsidenten bildet keinen Akt seiner amtlichen Tätigkeit, ist daher gebührenfrei.

§ 1029. 1. OLG. **19** 174 (Breslau). Durch die Säumnis wird das Recht auf Ernennung des Schiedsrichters endgültig verwirkt. Es lebt nicht wieder auf, wenn der anderweitig ernannte Schiedsrichter sein Amt niederlegt (**RG. 45** 384).

2. RheinA. **106** II 131 (Köln): In dem gerichtlichen Verfahren betr. die Ernennung eines Schiedsrichters ist die Einrede, daß der dem Schiedsgericht zu unterbreitende Anspruch verjährt sei, unbeachtlich.

§ 1031. OLG. **19** 166 (Düsseldorf). Weigert ein Schiedsrichter sich, bei der Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs mitzuwirken, so kann zunächst die Partei, die ihn ernannt hat, gegen ihn auf Vollziehung der Zustellung und Hinterlegung klagen. Sie kann aber auch an Stelle ihres Schiedsrichters einen neuen er-

nennen und muß dies auf Aufforderung des Gegners tun (§ 1031). Der neue Schiedsrichter ist aber nicht an den gefällten Schiedsspruch gebunden und braucht nur einen unter seiner Mitwirkung erlassenen Schiedsspruch zuzustellen und niederzulegen.

§ 1032. 1. **RG.** JW. **09** 452. Wenn an sich auch vertragsmäßig bestellte Schiedsrichter abgelehnt werden können, so können doch solche Umstände, die sich aus der vertragsmäßig vorgesehenen Stellung des Schiedsrichters mit Notwendigkeit ergeben, als Ablehnungsgründe nicht geltend gemacht werden. Ist der bauleitende Architekt im Bauvertrage zum Schiedsrichter bestellt, so können nicht nachträglich aus der beim Vertragsschlusse den Parteien bekannten Stellung desselben zum Bauherrn heraus Bedenken gegen seine Unparteilichkeit erhoben werden.

2. **a)** OLG. **19** 168 (Hamburg). Ein Schiedsvertrag, der die Entscheidung ausschließlich Personen überträgt, welche der einen Partei angehören, verstößt gegen die öffentliche Ordnung und ist deshalb ungültig (Petersen § 1032 Note 2). Trotz Ungültigkeit der Schiedsgerichtsklausel kann der übrige Vertrag gültig sein ➳ § 139 BGB. ⟵, so daß dann die im Vertrage dem Schiedsgericht unterstellten Streitfragen vom ordentlichen Gerichte zu entscheiden sind. **b)** OLG. **19** 169 (Hamburg). Weder die Partei selbst, noch ihre Vertreter können Schiedsrichter in eigener Sache sein. Zu beachten ist jedoch, daß ein erheblicher Unterschied zwischen Austragung eines Rechtsstreits und Feststellungen des Vorstandes, an die das einzelne Mitglied satzungsgemäß gebunden sein soll, besteht.

§ 1033. **RG.** JW. **09** 694. Der Rücktritt eines Schiedsrichters ist gerechtfertigt, wenn ihm durch die Ausübung des Schiedsrichteramts erhebliche Geschäftsnachteile drohen.

§ 1034. 1. PosMSchr. **09** 177 (Königsberg). Die Schiedsrichter sind an die formulierten Parteianträge nicht gebunden, vielmehr berechtigt, ihren Spruch auf Punkte auszudehnen, die ohne Hervorhebung durch besonderen Antrag Gegenstand des Parteivorbringens gewesen sind.

2. **RG.** JW. **09** 421. Es ist nicht erforderlich, daß jede Partei von jedem der Schiedsrichter unmittelbar gehört wird. Es genügt, wenn die Parteien von einem Teile der Schiedsrichter gehört werden und der andere Teil von diesen Parteivorträgen in Kenntnis gesetzt wird. — Ebenso R. **09** Ziff. 1182 (Breslau). Vgl. JDR. § 1034 **1** 2, **3** 1, **4**, 1, 2, **6** 1.

3. **RG.** SeuffA. **64** 40. Die Zuziehung der Parteien zur Besichtigung des Streitgegenstandes durch das Schiedsgericht ist nicht erforderlich.

§ 1039. 1. **a)** **RG.** WarnE. **2** 238. § 319 über die Berichtigung der Urteile wegen offenbarer Unrichtigkeiten findet auf Schiedssprüche entsprechende Anwendung. AM. PosMSchr. **09** 134 (Königsberg). **b)** R. **09** Ziff. 1183 (Breslau). Fehlt unter dem Schiedsspruche die Unterschrift eines der Schiedsrichter, so kann dieser Mangel noch im Verfahren auf Erteilung des Vollstreckungsurteils geheilt werden.

2. **a)** **RG.** JW. **09** 732. Nur ein ordnungsmäßig zugestellter Schiedsspruch kann die Grundlage einer Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils bilden. Der zugestellte Spruch muß von allen Schiedsrichtern eigenhändig unterschrieben sein (**RG.** **5** 397, **13** 470). Für die Form der Zustellung gelten die allgemeinen Bestimmungen des I. Buches (§§ 166 ff.). **b)** R. **09** Ziff. 3834 (Kiel). Die Zustellung des Schiedsspruchs muß gemäß §§ 166 ff durch den Gerichtsvollzieher erfolgen. Ob diesem Erfordernisse genügt ist, ist vor Erlassung des Vollstreckungsurteils von Amts wegen zu prüfen. **c)** OLG. **19** 172 (Breslau). Die Vorschrift des § 176, nach welcher Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten der Instanz erfolgen müssen, gilt für das schiedsrichterliche Verfahren nicht.

3. *Westheimer. Gegen **RG.** **5** 399, **30** 371, JW. **89** 170, RheinA. **89** I 133 (Köln), BadAnn. **55** 258 (Karlsruhe) ist daran festzuhalten, daß sich die formelle Per-

fektion des ausländischen Schiedsspruchs als materiell-rechtliches Gültigkeitserfordernis nach dem maßgebenden fremden Rechte, nicht nach der exklusiven lex fori des inländischen Prozeßgerichts beurteilt. AM. Leske-Löwenfeld I 842 ff., Gaupp-Stein zu § 1042 I, Falkmann, Zwangsvollstreckung 23 Anm. 42. Das gleiche gilt für das dem ausländischen Schiedsspruche zugrunde liegende Verfahren.

§ 1040. 1. OLG. **19** 170 (Hamburg). Das Schiedsgericht hat darüber zu entscheiden, in welchem Verhältnisse die Parteien die Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen haben (OLG. **9** 88). Es hat auch regelmäßig die Höhe der zu erstattenden Parteikosten festzusetzen (**RG. 59** 149). Dagegen ist das Schiedsgericht mangels abweichender Bestimmungen nicht zu einer Entscheidung darüber befugt, welche Kosten ihm selbst von den Parteien zu erstatten sind (abw. OLG. **9** 88, Petersen-Anger I 270), da dies eine Entscheidung in eigener Sache wäre. — R. **09** Ziff. 3427 (Colmar) hält sogar eine Parteivereinbarung, nach welcher den Schiedsrichtern auch die Bestimmung der ihnen gegen die Parteien zustehenden Gebühren übertragen wird, für unwirksam.

2. OLG. **19** 169 (Hamburg). Es kann regelmäßig nicht als die Absicht des Schiedsvertrags angesehen werden, daß das Schiedsgericht auch über Ansprüche entscheiden solle, die erst dadurch entstehen, daß die beklagte Partei dem Schiedsspruche nicht Folge leistet.

3. *Westheimer 290. Die Vorschrift eines fremden Staates, gegenüber einem ausländischen Schiedsspruche die Rechtskraft zu beachten oder nicht oder nur auf Einrede zu berücksichtigen, kommt für den deutschen Richter nicht in Betracht. Die prozeßrechtliche Rechtskrafteinrede beurteilt sich ausschließlich nach dem Rechte des Gerichts, vor dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird. Dagegen finden die Grundsätze des internationalen Privatrechts auf die zivilrechtlichen Rechtskraftwirkungen, die subjektive und objektive Begrenzung der Rechtskraft Anwendung, da die Vorschriften der ZPO. über deren inhaltliche Begrenzung keinesfalls für die Schiedsgerichte gelten.

§ 1041. 1. SeuffA. **64** 380 (Cassel). Die Frage, ob die Aufhebung oder Unwirksamkeit des Schiedsspruchs zur Folge hat, daß der Schiedsvertrag selbst hinfällig wird, ist streitig. Während Seuffert (Anm. 9 zu § 1041), SeuffA. **44** Nr. 102 (Hamburg), **49** Nr. 140 (Frankfurt) und SchlHolstAnz. **92** 25 (Kiel) die Frage nach bürgerlichem Rechte beurteilen und die Willensmeinung der Parteien beim Abschlusse des Schiedsvertrags entscheiden lassen, nehmen Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Wilmowski-Levy, **RG. 41** 396, SeuffA. **46** Nr. 164 und SeuffA. **49** Nr. 225 (Marienwerder), RheinA. **8** 484 (Köln) und Hellwig, Anspr. u. Klagerecht 506 Anm. 99 an, daß der Schiedsvertrag regelmäßig mit der Fällung des Schiedsspruches erledigt ist. Cassel tritt letzterer Ansicht bei. Vgl. JDR. § 1041 **6** 3, **7** 1.

2. *Westheimer 304. Der dem ausländischen Rechte unterworfene Schiedsspruch kann durch inländisches Aufhebungsurteil nicht beseitigt werden. Es handelt sich hier um einen ideellen Vollstreckungsakt, dessen Schranken mit den Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit und Staatsgewalt zusammenfallen. Aus demselben Grunde ist ein inländisches Vollstreckungsurteil gegenüber dem Ausland unwirksam: es kann also der ausländische Schiedsspruch durch inländisches Vollstreckungsurteil nur dann zum ausländischen Vollstreckungstitel umgestaltet werden, wenn dies durch Staatsvertrag anerkannt ist. — Auch ein ausländisches Gericht kann ein Vollstreckungs- oder Aufhebungsurteil grundsätzlich nur für das eigene Territorium aussprechen.

3. Ziff. 1. OLG. **19** 172 (Colmar). Der Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn er Streitigkeiten entscheidet, die dem Schiedsgerichte nicht unterbreitet waren.

4. Ziff. 4. SeuffA. **64** 335, SchlHolstAnz. **09** 92, R. **09** Ziff. 2497 (Kiel).

§ 1041 Ziff. 4 trifft zu, wenn zu einer ausschlaggebenden Beweisaufnahme nur die eine Partei zugezogen war.

5. Ziff. 6. **RG.** R. **09** Ziff. 2164. Der Umstand, daß ein Schiedsrichter sich irrtümlich in erster Linie für den Vertreter der Interessen der Partei, die ihn bestellt hat, angesehen hat, bildet keinen Grund zur Aufhebung des Schiedsspruchs aus §§ 1041 Abs. 1 Ziff. 6, 580 Ziff. 5.

§ 1042. 1. **RG. 69** 52 = R. **08** Ziff. 308 (s. JDR. **7** 893). Eine schiedsrichterliche Entscheidung, die nur den Charakter eines Zwischenurteils i. S. des § 303 hat, kann für sich allein weder Gegenstand einer Anfechtung, noch eines Vollstreckungsurteils sein.

2. OLG. **19** 172 (Hamburg). Im Verfahren wegen Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs sind Widerklagen allgemein für ausgeschlossen zu erachten.

3. **a)** *Westheimer 298. Der ausländische Schiedsspruch ist hinsichtlich seiner Vollstreckungsfähigkeit dem inländischen gleichzustellen. Seine Gültigkeit beurteilt sich nach international-privatrechtlichen Gesichtspunkten. Die prozessualen Voraussetzungen der Vollstreckungs- und Aufhebungsklage und der Versagung des Vollstreckungsurteils finden in den §§ 1041 und 1042 ihre blankettmäßige Regelung. An diese Bestimmungen ist der deutsche Richter als Verfahrensvorschriften mit der Maßgabe gebunden, daß er die sechs im § 1041 aufgezählten Aufhebungsgründe als verweisendes Recht zu betrachten hat, das vom Standpunkte des internationalen Privatrechts als „abstrakte Norm" (Zitelmann) erst mit der Anwendung des fremden Rechtes seinen vollen Inhalt erhält. Deshalb müssen auch die über § 1041 hinausgehenden Aufhebungsgründe des fremden Rechtes zwar nicht als prozessualer Tatbestand der Aufhebungsklage, jedoch als materielle Voraussetzung der Richtigkeit berücksichtigt werden. Ein im § 1041 nicht vorgesehener Aufhebungsgrund des fremden Rechtes führt zur Verweigerung der Vollstreckung des ausländischen Schiedsspruchs. **b)** MecklZ. **27** 334 (Rostock). Auf Grund des Schiedsspruchs eines im Auslande zusammengetretenen, nach ausländischem Rechte urteilenden Schiedsgerichts ist im Inland eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs gegeben. Der Erlaß eines Vollstreckungsurteils ist unzulässig, wenn ein solcher Schiedsspruch weder mit Gründen versehen, noch auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niedergelegt ist (**RG. 30** 368).

§ 1045. 1. **RG.** JW. **09** 396, SchlHolstAnz. **09** 279, R. **09** Ziff. 2687. Ist im Beschlußverfahren über die Bestellung eines Schiedsrichters der Einwand des Erlöschens des Schiedsvertrags rechtskräftig für unbegründet erklärt, so kann dieser Einwand auf Grund derselben Tatsachen im Verfahren betr. die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs nicht von neuem erhoben werden. — Ebenso: OLG. **19** 175 (Kiel) = SchlHolstAnz. **08** 296 (s. JDR. **7** § 1042 Ziff. 4 b).

2. OLG. **19** 174 (Breslau). Ein Streit über die Ernennung von Schiedsrichtern ist auch dann durch Beschluß zu entscheiden, wenn die Parteien im Rahmen eines Prozesses (auf erhobene Klage) verhandelt haben.

3. **RG.** WarnE. **2** 153, SächsRpflA. **09** 40, JW. **09** 55, R. **09** Ziff. 352. Durch § 1045 sind die Parteien nicht gehindert, gleichwie die Auswahl der Schiedsrichter auch die Entscheidung über eine etwaige Ablehnung eines Schiedsrichters einer Privatperson — also auch den anderen Schiedsrichtern — zu übertragen (**RG. 53** 359). Haben unzulässigerweise die anderen Schiedsrichter statt des ordentlichen Gerichts über die Ablehnung entschieden, so hindert dies den Fortgang des Verfahrens und den Erlaß eines Schiedsspruchs nicht (§ 1037). Die Wirksamkeit des Schiedsspruchs ist dann nur dadurch bedingt, daß das ordentliche Gericht demnächst die Ablehnung für unbegründet erklärt.

4. OLG. **19** 174, R. **09** Ziff. 3153 (Hamburg). Gehört die Sache vor die Kaufmannsgerichte, so sind diese in den Fällen des § 1045 zuständig.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Außer den Teilungsgrundsätzen nach § 115, den Vorschriften über die Rangordnung im § 10 und über die Wirkung des Zuschlags in §§ 55 und 90 fand im Jahre 1909 die für die Einleitung der ZwV. so wichtige Frage des Vollstreckungstitels, namentlich im Zusammenhange mit dem ehelichen Güterrecht, eine besonders eingehende Behandlung (s. § 16). Schon beschäftigt man sich auch mit dem RGes. über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. Juni 1909 (RGBl. 449), das in Verbindung mit den zu erlassenden landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen für das ZVG. und dessen Teilungsverfahren von erheblicher Bedeutung sein wird (vgl. § 105 Ziff. 1; s. auch die Vorbem. vor §§ 16, 85, 91, 180). — 2. Von den unten mitgeteilten Entscheidungen, die mit ➠… Red. ⟵ bezeichnet sind, liegen, soviel bekannt, bisher Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Auf die schon in früheren Bänden dieses Jahrbuchs angegebenen Entscheidungen, die neuerdings in Zeitschriften erwähnt sind, war nur ausnahmsweise unten zurückzukommen. — 4. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall „Zwangsversteigerung", dagegen „ZwVerw." „Zwangsverwaltung" und „TV." „Teilungsversteigerung". — 5. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG. — 6. Ortsnamen ohne Beisatz bedeuten die dortigen Oberlandesgerichte. — 7. Bei einzelnen angeführten Entscheidungen des RG. ist deren nur teilweise in den Zeitschriften abgedruckter Inhalt aus den Urschriften ergänzt.

Literatur: Betzinger-Mainhard, Nachtrag zum Handbuche der Liegenschaftsvollstreckung im Großherzogtum Baden (das neue badische Kostengesetz betr.). Tübingen 1909. — Fischer, Das Verfahren der ZwV. nach dem ZVG., an einem Rechtsfalle dargestellt (5). Berlin 1909. — Jaeckel-Güthe, ZVG. nebst EG. und PrAG. (3). Berlin 1909. — Kann, BuschsZ. **39** 177, Literaturbericht zum ZVG. — Kretzschmar, ZBlFG. **9** 470 desgl. — Steiner, ZVG., mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Ausführungsbestimmungen und Anfügung von Beispielen erläutert (2). München 1909. — Willenbücher, Das Zivilprozeß- und ZwV.-Verfahren. Ein Grundriß mit zahlreichen Beispielen (3). Berlin 1909. — Wolff, Dr. Th., ZVG. nebst EG und PrAG. (3). Berlin 1909.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. MecklZ. **28** 46 (Rostock). Ein Grundstück, das nach früherem Rechte Zubehör eines anderen Grundstücks war, wird durch die Beschlagnahme des letzteren nicht ergriffen, nachdem (obgleich?) für beide Grundstücke ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt angelegt ist. Eine Vereinigung der beiden Grundstücke (Haus und entfernt liegende Wiese) zu einem einheitlichen Ganzen durch die hierzu zuständigen städtischen Behörden ist im gegebenen Falle nicht erfolgt, daher ist nun jedes Grundstück selbständig.

2. Wolf, Die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks, WürttJ. **09** 125. Der Vollstreckungsrichter hat genau zu prüfen, ob Vollstreckungstitel und Grundbuch zusammenstimmen, wenn die ZwV. eines Bruchteils beantragt ist. Bei Gemeinschaftsverhältnissen zur gesamten Hand (Gesellschaft, Erben-, Gütergemeinschaft) und bei altrechtlicher württ. Errungenschaftsgemeinschaft ist Zwangsvollstreckung in einen Grundstücksanteil nicht zulässig. ➠ S. auch die Autorenberichte §§ 51 Ziff. 1, 64 Ziff. 2, 92 und ZPO. § 864. Red. ⟵.

3. Grundstücksbegriff § 63. Württ. Errungenschaftsgemeinschaft § 16 Ziff. 9. Vollstreckung für Reallasten § 16 Ziff. 12.

§ 2. 1. ➠ **RG.** 7. 7. 09. Der Testamentsvollstrecker in der Nachlaßsache der Witwe X. suchte zum Zwecke der ZV. mehrerer Grundstücke, deren zwei jedoch noch zum Nachlasse des vorverstorbenen Ehemanns der X. gehörten, um Bestellung eines gemeinschaftlichen Vollstreckungsgerichts nach. Er wurde vorerst zur Nachbringung der nötigen Steuerbücherauszüge und des Nachweises angehalten, daß er auch zur Verfügung über die Grundstücke des Ehemanns X. berechtigt sei. Dagegen erachtete sich das RG. zur Entscheidung der von Planck und Wolff bejahten, von den meisten Auslegern des ZVG. verneinten Frage nicht für zuständig, ob ein Testamentsvollstrecker überhaupt die ZV. betreiben könne? Diese Frage habe erst das zu bestellende gemeinschaftliche Vollstreckungsgericht zu prüfen. Red. ⟵

2. R. **09** Ziff. 3163 (BayObLG.). Für die Vollstreckung in mehrere Grundstücke, die teils unter Reichsgrundbuchrecht, teils unter Landesrecht stehen, kann ein gemeinschaftliches Gericht nicht bestimmt werden.

3. Nicht anwendbar gegenüber Pr. Landschaften § 146 Ziff. 1.

§ 9. 1. SächsRpflA. **09** 217 (LG. Leipzig). Der Ersteher als solcher ist kein „Beteiligter", auch nicht im Sinne des § 39 RAGO. In Sachsen stehen dem Anwalte, der den Ersteher im ZwVverfahren vertreten hat, nicht die Gebühren des § 1 (zu $^5/_{10}$), sondern nur die des § 12 ($^5/_{20}$) der SächsKostO. v. 22. Juni 1900 zu.

2. **RG. 71** 424, JW. **09** 701, R. **09** Ziff. 3082, 3164—3167, 3179. Der Kläger X. hatte ein vom Mitbeklagten A. eingetauschtes Grundstück in Teilstücken weiterveräußert, der Tauschvertrag wurde aber für nichtig erklärt, und das dem X. zwar übergebene, aber nicht aufgelassene Grundstück wurde gegen A. zwangsversteigert, wobei es X. erstand. Im Teilungsplane sind dem Mitbeklagten B. für seine Hypothek 15 058 M. und dem A. als Kaufgeldüberschuß 20 935 M. zugeteilt worden, wogegen X. Widerspruch erhoben hat. Diesen verfolgte er mit Klage, schließlich nur in Höhe von 20 693 M., weil er sich von seinen Teilstückkäufern deren auf Verwendungen (Bauten rc.) in das Grundbuch gestützte Ansprüche habe abtreten lassen. Er wurde aber in drei Rechtszügen abgewiesen, und das RG. gab im wesentlichen folgende Gründe: Nur ein Beteiligter nach § 9 kann Widerspruch gemäß § 115 erheben. Zwar hat der Besitzer nach §§ 994 ff. BGB. Verwendungsansprüche gegen den Eigentümer, aber diese machen ihn nicht zum Beteiligten, geben ihm kein dingliches Recht. Nur die Rechtsbehelfe der §§ 1000—1003 BGB. sind dem Ersatzberechtigten gewährt. Er hat nur ein Zurückbehaltungsrecht und persönliche Klagen, mittels deren er einen zur Beteiligung am ZwVverfahren dienlichen Titel erwerben kann. Der auf Zahlung gerichtete persönliche Anspruch aus § 1001 BGB. ist ebensowenig wie der Anspruch auf Befriedigung aus der Sache nach § 1003 BGB. ein der ZwV. entgegenstehendes Recht oder ein Recht am Grundstücke. Andere solche Rechte als die im § 10 aufgeführten kennt das ZVG. nicht. Anmeldung zum ZwVverfahren macht Ansprüche nicht zu solchen Rechten. — Auch von einem Anspruche des X. aus ungerechtfertigter Bereicherung kann gegenüber dem Teilungsplane hier keine Rede sein.

3. OLG. **19** 193 (Colmar). Die hier geforderte Anmeldung und Glaubhaftmachung ist minder streng zu beurteilen als die des § 37. Sie ist weder an eine Form, noch an eine bestimmte Zeitgrenze gebunden.

§ 10. 1. SächsOLG. **30** 251, ZBlFG. **9** 407 (Dresden). § 10 Ziff. 3 erstreckt sich auf eine öffentliche Grundstückslast auch dann, wenn sie sich in einer einmaligen Leistung erschöpft (gegen SächsOVG. **2** 305, **4** 264, jetzt Reinhard, ZBlFG. **3** 772 und andere, auch **RG. 56** 398, **65** 4). Es kann hiergegen auch nichts aus dem weiteren Schicksale der öffentlichen Last nach und infolge der ZwV. abgeleitet werden. Ihr Schicksal ist unabhängig von dem Schicksale des von ihr erzeugten Leistungsanspruchs. Dieser kann aus verschiedenen Gründen erloschen sein, ohne daß dies einen Einfluß auf die Last selbst hat. Ist er nach § 52 ohne Befriedigung erloschen, so ist er endgültig beseitigt und lebt nicht wieder auf, wenn auch die Last selbst von

der ZwV. unberührt blieb. — Die angemeldeten 427,40 M. Schleusenbaukosten sind im Verteilungsplane mit Recht der beklagten Gemeinde zugewiesen worden.

2. Korsch, R. **09** 173, führt gegen Brückner, R. **08** 283 (JDR. **7** § 16 Ziff. 4) folgendes aus: Nach § 35 ist das Verfahren, wenn nicht Aufhebungsbeschluß nach §§ 28—34 ergeht, von Amts wegen bis zum Ende durchzuführen. Ohne besondere Übertragung geht das vom Gläubiger durch Beschlagnahme erworbene Vorzugsrecht auf seinen vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zessionar mit über (§§ 398, 268, 1150, 401 BGB.). Der Vollstreckungsrichter nimmt neben dem Schuldner die Übertragungsanzeige nach § 409 BGB. entgegen, er braucht aber keinen besonderen Beschluß zu fassen. Noch weniger ist eine neue Vollstreckungsklausel für den Zessionar nötig. Der Gläubigerwechsel vollzieht sich von selbst. Nur für die bisherigen Kosten haftet der alte Gläubiger noch weiter und das ihm etwa durch sein Mitbieten erworbene Recht geht nicht ohne besondere Abtretung auf den neuen Gläubiger über.

3. Vogt, SächsRpflA. **09** 105, bespricht das Giebel- und Kommunmauerrecht in Sachsen und kommt zu dem Schlusse, daß das öffentliche Recht dabei nur insoweit Geltung beansprucht, als es öffentliche Interessen zu schützen hat, daß es aber die Privatrechtsordnung nicht beseitigen will (136). Er stellt unter anderem (107) folgende Sätze auf: a) Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen gehören nicht ins Grundbuch, aber in das etwa vorhandene Oblastenbuch der Gemeinde (vgl. AusfVO. z. GBO. § 12, SächsBauG. § 4). b) Der öffentliche Anspruch ist schon kraft des Gesetzes dinglich gesichert; soweit fällig, wird er bei der ZwV. auf Anmeldung berichtigt, soweit nicht, geht er nicht unter (§ 10 Ziff. 3). c) Außerhalb der ZwV. vollstrecken und entscheiden die Verwaltungsbehörden und Gerichte nach SächsVRPG. v. 19. Juli 1900 §§ 21, 73. d) Dagegen ist zur dinglichen Wirksamkeit zivilrechtlicher Eigentumsbeschränkungen, worüber der Zivilrichter zu entscheiden hat, Eintragung einer Servitut und — für daraus entspringende Leistungen — einer Sicherungshypothek erforderlich. Die gesetzlichen Beschränkungen der §§ 921 ff. BGB. und der noch geltenden §§ 353 bis 356, 368 SächsBGB. sind aber nicht eintragungsfähig. (Teilweise abweichend Breit, FischersZ. **33** 155, 298.) →→ Vgl. auch SächsRpflA. **09** 117 (Dresden). Red. ←←

4. OLG. **18** 163 (Breslau). Die Kosten der Sicherungsmaßregeln aus § 1134 BGB. fallen nicht unter § 1118 daselbst, →→ also wohl auch nicht unter § 10 Abs. 2. Dieses Urteil wurde vom RG. am 22. Dezember 1909 bestätigt. Vgl. R. **10** Ziff. 524. Red. ←←

5. **RG.** R. **09** Ziff. 2995. Ein Vorschuß zu 13 080 M., den ein die ZwVerw. betreibender persönlicher Gläubiger dem Zwangsverwalter zum Zwecke der Vollendung des Rohbaues geleistet hatte, durfte in das geringste Gebot und in den Teilungsplan vor den Hypotheken aufgenommen werden, weil in diesem besonderen Falle notwendige Verbesserungen geschaffen wurden, der unvollendete Neubau gegen die Witterungseinflüsse durch Mauervollendung und Bedachung (statt nur provisorischer Maßregeln) geschützt werden mußte.

6. SeuffBl. **09** 361 (KG.). Eine Hypothek kann ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten nach §§ 1113, 1119, 877, 880 BGB. dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen vom Zeitpunkte der Verpflichtung zur Zinszahlung oder vom Zeitpunkte der Eintragungsbewilligung ab bis auf 5 pCt. haftet und daß diese Erweiterung den Rang der ursprünglichen Hypothek hat. Die Gefahr, daß dadurch die genannten Zwischenberechtigten im Übermaße benachteiligt würden, wenn die Erweiterung Zinsen aus einem längeren vergangenen Zeitraume betrifft, ist durch § 10 im wesentlichen beseitigt.

7. *Busch, ZBlFG. **9** 523. Betreibt der Hypothekengläubiger die ZwV. auf Grund eines nur wegen seiner persönlichen Forderung erlangten Schuldtitels, so hat er in dem Verfahren nur die Stellung eines persönlichen Gläubigers

in der 5. Rangklasse des § 10. Seine eigene Hypothek fällt in das geringste Gebot und bleibt zuschlagsmäßig bestehen. Wird der Gläubiger an der Stelle seiner persönlichen Forderung aus dem Erlöse gedeckt, so erlischt die Hypothek nicht (gegen Jaeckel), geht vielmehr auf den noch persönlich haftenden früheren Grundstückseigentümer nach § 1164 BGB. in Verbindung mit § 53 ZVG. über (s. auch § 44 Ziff. 1!).

8. Peltason, DJZ. **09** 1086. Das übliche Verfahren, den rückständigen Fegelohn der Bezirksschornsteinfeger immer ins Bargebot aufzunehmen, wäre zwar wünschenswert, entspricht aber in Preußen dem Gesetze nicht, solange der Fegelohn nicht durch Ortsstatut als öffentliche Abgabe an die Gemeinde erklärt ist. ➠ Vgl. JDR. **4** § 10 III Ziff. 7. Red. ⟵

9. DJZ. **09** 1151 (PrOVG.). Für Rückstände von Straßenkostenbeiträgen eines Vorbesitzers haftet kein Grundstückseigentümer persönlich, auch nicht (persönlich) „mit dem Grundstücke", wie man wohl sagt; es kann nur von einer zivilrechtlichen Pfandhaft des Grundstücks die Rede sein. Nur bei Anordnung fortlaufender Beiträge kann es vielleicht anders sein.

10. OLG. **19** 179, R. **09** Ziff. 3169 (Dresden). Der betreibende Gläubiger hat keinen Bereicherungsanspruch gegen Hypothekarier aus Vorschüssen, die er dem Zwangsverwalter außerhalb des vom § 10 Ziff. 1 gezogenen Rahmens zur Fertigstellung eines Neubaues auf dem versteigerten Grundstücke gegeben hat.

11. **RG.** JW. **09** 739. a) Für die Frage, ob preuß. Straßenanliegerbeiträge durch Zustellung der Veranlagung an den Zwangsverwalter rechtmäßig veranlagt seien, hat der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit den Parteien den Rechtsweg bejaht, ist also ein Beschwerdefall jedenfalls ausgeschlossen. b) Allerdings ist es feststehender Grundsatz (**RG. 32** 345, **34** 245), daß über die materielle Rechtsbeständigkeit von Straßenanliegerbeiträgen nach § 18 PrZustG. nur im Verwaltungsstreitverfahren entschieden werden kann. Dies trifft aber nicht die Frage ihrer Fälligkeit und ihres Ranges (ob Ziff. 3 oder 7 des § 10?), worüber gemäß § 115 nur im Rechtsweg entschieden werden kann. Wäre die Veranlagung vom Jahre 1807 nur eine Wiederholung der von 1902, so ließe sich auch die längere Fälligkeit der Forderung (und daher ihr Rang nach Ziff. 7) nicht bezweifeln. c) Für die Fragen, ob die Anliegerbeiträge wegen Zurückziehung ihrer Anmeldung in einem früheren ZwV.verfahren nicht mehr aus dem Grundstücke befriedigt werden dürften, ob sie früher vergleichsweise getilgt worden oder wegen schon vor 1900 erfolgter Kanalisation überhaupt unzulässig gewesen seien, hat das OLG. den Rechtsweg versagt. Revisionsangriffe hiergegen sind nicht erhoben und eine Nachprüfung des RG. ist daher in diesen Richtungen ausgeschlossen.

12. Schreiber, Streitfragen aus dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Baulasten, SächsRpflA. **09** 561. Die von sächsischen Gemeinden zu fordernden Auslagen und Vorschüsse für Herstellung von Straßen, Brücken, Schleusen, öffentlichen Brunnen und Wasserleitungen (§ 46 BauG.) sind öffentliche Lasten im Sinne des § 10 Ziff. 3. Das gewöhnliche Verfahren, derartige Vorschüsse in der ZwV. für den Fall der Nichtausführung des Baues dem erstausfallenden Hypothekengläubiger zuzusprechen, erscheint nicht als sachgemäß (?). Denn eine Wertsteigerung im Sinne von § 51 mit § 50 Abs. 2 ist meist nicht in Frage. Nur dann, wenn im Einzelfalle nachweisbar ist, daß der beabsichtigte Bau eine dem abgeforderten Vorschuß entsprechende Wertsteigerung keinesfalls im Gefolge haben wird, kann der betreibende Gläubiger Zuzahlung verlangen nach festzustellendem Werte. Glaubhaftmachung des angemeldeten Anspruchs ist nach § 45 nur bei Widerspruch des betreibenden Gläubigers nötig, Im Falle eingetragener Sicherungshypothek für die Leistung wird die Gemeinde nur ausnahmsweise auch nach § 10 Ziff. 3 anmelden können. Widerspruch erst im Verteilungstermin ist unzulässig (aM. Jaeckel § 45). — Der Besitz der Baukaution

hindert die Gemeinde nicht, in einem gegen den Nachbesitzer eingeleiteten ZwVverfahren ihren Erstattungsanspruch mit dem Vorrecht aus § 10 Ziff. 3 geltend zu machen. Der ihr nach Vollendung des Baues zustehende Erstattungsanspruch kann ihr durch Unterlassung der Anmeldung nicht genommen werden, wenn er als solcher erst gegen den Ersteher fällig geworden ist.

13. KGBl. **09** 66, R. **09** 814 (KG.). Die von den Gemeinden nach § 4 Komm. AbgG. v. 14. Juni 1893 erhobene Kanalisationsgebühr ruht nicht auf dem Grundstück als solchem, sondern ist eine persönliche Abgabe (OVG. **51** 62); sie gehört also nicht zu den öffentlichen Lasten des Grundstücks im Sinne des § 10 Ziff. 3 und genießt deshalb nicht das dort erwähnte Vorrecht.

14. Merk, BadNotZ. **09** 62. Der Anspruch einer Hypothekenbank auf Zinseszins (§ 248 Abs. 2 Satz 2 BGB.) ist nicht übertragbar.

15. WürttRpflZ. **09** 345. Die Gebühren des württ. Anwalts für seine Tätigkeit im ZwVverfahren sind gemäß § 31 Abs. 2 RAGebO. ausschließlich nach Artt. 4 und 5 WürttGO. festzusetzen.

16. Ehrmann, Über die ZwV. wegen Steuerrückständen, PrVerwBl. **30** 452, begründet zum Teil gegen Wolff, PrVerwBl. **26** 491, folgenden Satz: Nach § 34 der allgemein noch anwendbaren WestfExekO. v. 30. Juni 1845 (GS. 444) soll der Kassenbeamte (die Vollstreckungsbehörde), obwohl er an sich zur Beantragung der ZwV. zuständig ist, diese tiefeinschneidende Maßregel nicht ergreifen dürfen, ohne sich zuvor der Zustimmung der Aufsichtsbehörde versichert zu haben.

17. ElsLothJZ. **09** 177, 316 (Colmar). Nach § 6 ElsLothAGZVG. gehören zu den öffentlichen Lasten eines Grundstücks auch die Beiträge für öffentliche Arbeiten (auch Straßenanliegerbeiträge).

18. Witten, BraunschwZ. **09** 71. Die braunschweigischen sog. „Dienstrenten", durch Ablösung von Kirchen- rc. Lasten entstanden, sind nach § 114 BraunschwAblG. ohne Rücksicht auf die Eintragungszeit unmittelbar nach den öffentlichen Lasten, was sie nicht sind, und also vor allen übrigen Hypothekengläubigern zu befriedigen, sie gehen nicht ohne weiteres auf den Ersteher über (§ 56), sondern sie sind in das geringste Gebot aufzunehmen, soweit nicht, wie selten, wegen vorgehender Rechte (öffentlicher Lasten) das Verfahren betrieben wird.

19. Gefahr der Nachhypothek § 16 Ziff. 1. Annuitäten § 50 Ziff. 1. Verwendungen § 9 Ziff. 2. Kosten gegen den Konkursverwalter § 174. Anliegerbeiträge § 51 Ziff. 2. Reallasten § 16 Ziff. 12. Kosten- und Steuerwesen s. auch §§ 56, 58, 109!

§ 11. 1. SeuffBl. **09** 281 (KG.). Eine Änderung des unter mehreren ein Grundstück belastenden Rechten bestehenden Rangverhältnisses mit der Einschränkung, daß die das zurücktretende Recht belastenden Rechte Dritter durch die Änderung nicht berührt werden, daß also z. B. die auf die zurücktretende Hypothek pfandberechtigten Gläubiger in der ZwV. und ZwVerw. so befriedigt werden sollen, als sei die Rangänderung nicht erfolgt, ist unstatthaft (§§ 21 GBO., 876, 880 BGB.).

2. Über Rangverhältnisse s. im allgemeinen § 115 und über solche zwischen Teil- und Eigentümerhypotheken § 115 Ziff. 24.

§ 13. Gefahr der Nachhypothek § 16 Ziff. 1.

§ 14. Höchstbetragshypothek § 50 Ziff. 2.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. SächsOLG. **30** 337, LeipzZ. **09** 494 (Dresden). a) Die Beschlagnahme eines Grundstücks zum Zwecke der ZwV. oder der ZwVerw. für einen persönlichen Gläubiger ist eine nach § 30 Ziff. 2 KO. anfechtbare Rechtshandlung. b) Die mit der ZwVerwbeschlagnahme verbundene Verfügungsbeschränkung des Grund-

stückseigentümers wird noch nicht durch die Rücknahme des Antrags auf ZwVerw., sondern erst durch die Zustellung des Aufhebungsbeschlusses beseitigt.

2. SächsOLG. **30** 111 (Dresden). Die Einstellung einer auf Grund vollstreckbarer Urkunden in zulässiger Weise angeordneten ZwV. steht ausschließlich demjenigen Gerichte zu, in dessen Bezirke das Grundstück gelegen ist. Der allgemeine Gerichtsstand des § 797 Abs. 5 ZPO. ist hierbei ausgeschlossen.

3. OLG. **19** 193, R. **09** Ziff. 3176, 3177 (Breslau). Gegen Anordnung der ZwV. muß zuerst nach § 766 ZPO. (**RG. 16** 433) wirkliche Entscheidung des AG. herbeigeführt werden, bevor Beschwerde erhoben werden kann. ➠ Ebenso OLG. **19** 194, ElsLothJZ. **09** 230 (Colmar). Red. ⟵

4. WürttZ. **09** 207 (LG. Stuttgart). Die Gläubigerin A. hatte auf Grund ihr günstigen, aber noch nicht rechtskräftigen Versäumnisurteils über ihre Anfechtungsklage die Anordnung der ZwV. in die von ihrem Schuldner B. an C. veräußerten Grundstück erwirkt. Auf Beschwerden der C. und des Konkursverwalters für B., welche Beschwerden gemäß § 99 verbunden wurden, hat das LG. Stuttgart den Anordnungsbeschluß aufgehoben, weil nach § 13 Abs. 1 Satz 1 AnfG. nur der Konkursverwalter das Anfechtungsverfahren fortsetzen konnte und dies im Klageweg, aber auch durch Beschwerde geltend gemacht werden durfte.

5. Geschäftsunfähigkeit des Schuldners § 83 Ziff. 1. Bruchteils ZwV. § 1 Ziff. 1. Rechtsmittel § 16 Ziff. 8 f.

Vorbemerkung: Wie sich aus nachfolgenden Ziff. 2, 5, 8, 13 ergibt, ist die Rechtsprechung und Rechtslehre über die Frage, welche Titel zur Vollstreckung in eingebrachten Grundbesitz der Frau nötig sind, noch immer nicht einig. Doch hat sich auch schon das KG. dafür ausgesprochen, daß, wenn der Mann die Unterwerfung der Frau unter die Zwangsvollstreckung genehmigt hat (was wohl auch anzunehmen sein wird, wenn er selbst sich gleichzeitig ihr als Gesamtschuldner unterworfen hat), der Notar gegen ihn Vollstreckungsklausel auf Duldung erteilen muß (vgl. JDR. **7** § 16 Ziff. 8!). Jedenfalls empfiehlt es sich, bei der Urkundenerrichtung und Urteilserwirkung immer möglichst sicher zu gehen. Auch die Eintragung des ehelichen Güterstandes grundbesitzender Eheleute in das Grundbuch erscheint überall als sehr wünschenswert und zwar nicht bloß künftiger Vollstreckung wegen.

§ 16. 1. Herold, SächsRpflA. **09** 102, empfiehlt Vormündern, sich bei Ausleihung von Mündelgeldern auf Hypothek deren sofortige Fälligkeit für den Fall der Anordnung der ZwV. oder ZwVerw., vielleicht auch des Eigentumswechsels, der säumigen Zinszahlung und unpfleglichen Behandlung des Grundstücks auszubedingen, und weist auf die aus §§ 44 ff., 10 Ziff. 1, 13 Abs. 3 sich ergebenden Gefahren von Nachhypotheken für Vormundschaften hin, ebenso (124) auf die Gefahren von Gleichrangshypotheken und der Nichtentlassung des Mündels aus der persönlichen Haftung für Hypothekforderungen bei Grundstücksveräußerungen.

2. Neumiller, Die Zwangsvollstreckung aus den (altrechtlichen) bayerischen Hypothekenbriefen, BayRpflZ. **09** 141 (157), vertritt in dem Streite hierüber (vgl. BayOLG. **1** 447, **9** 83) folgende Mittelmeinung: Gemäß Art. VIII EGZPONov. in Verbindung mit der Aufrechterhaltung der Artt. 127, 129 ff. BayAGZPO. besteht die Möglichkeit, gegen den die Hypothekbestellung oder Rechtsnachfolge seiner Frau genehmigenden Ehemann eine Duldungsklausel so zu erteilen, als ob dieser Genehmigung die ausdrückliche Vollstreckungsbewilligung im Sinne des § 794 Abs. 2 ZPO. beigefügt wäre. Andererseits ist aber eine solche Duldungsklausel nach Art. 136 Bay. AGBGB. auch erforderlich (s. Ziff. 4, 5, 13, 8).

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1518. Der, dem eine Hypothekforderung verpfändet ist, kann, wenn im übrigen die Voraussetzungen dazu vorliegen, nach §§ 1275 BGB., 794 Ziff. 5 ZPO. auch die ZwV. des Grundstücks betreiben.

4. ➠ **RG.** 30. 6. 09. Dem KG. ist darin beizutreten, daß zum Vollzug eines

gegen beide Eheleute gerichteten Arrestbefehls in das Eingebrachte der Frau ein im Arrestbefehl enthaltener besonderer Duldungsanspruch gegen den Ehemann nicht nötig gewesen sei. (Vielleicht ist diese auf §§ 1412 BGB., 739, 928 ZPO. fußende Entscheidung auch für sonstige Zwangsvollstreckungen in Eingebrachtes von Bedeutung.) S. oben Ziff. 2 und OLG. **18** 396. Red. ←

5. OLG. **18** 395 (Breslau). Zur Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte der Frau ist Duldungsurteil gegen den Mann selbst dann nötig, wenn beide Gesamtschuldner aus einem Prozeßvergleiche sind.

6. OLG. **18** 411 (Breslau). Die Nachlaßverwaltung wird mit Recht als ein abgeschwächtes Konkursverfahren bezeichnet. Ein Urteil, das gegen den Erben während der Nachlaßverwaltung ergeht, ist vielleicht in das freie Vermögen des Erben, nicht aber in den Nachlaß (z. B. in ein Nachlaßgrundstück) vollstreckbar. Nur gegen den Nachlaßverwalter kann nach § 1984 BGB. der (auch der dingliche) Anspruch geltend gemacht werden. → Diese Entscheidung ist auch abgedruckt in BreslauAK. und dort das unten § 17 Ziff. 4 Stehende beigefügt (s. auch § 17 Ziff. 1). Red. ←

7. OLG. **18** 414, BayNotZ. **09** 328, DJZ. **09** 777 (KG.). Der Vollstreckungsrichter hat nicht zu prüfen, ob der Notar die vollstreckbare Urkunde als Beteiligter aufnehmen oder die Klausel erteilen durfte.

8. Dürr, Die Anordnung der ZwV. und der ZwVerw. von Grundstücken unter Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts, BayRpflZ. **09** 443. a) Gütertrennung übt überhaupt keinen Einfluß aus. Sind hierbei die Gatten Miteigentümer, so ist Vollstreckungstitel gegen beide nötig, bei Bruchteilsmiteigentum ist die Vollstreckung auch nur gegen den Bruchteil eines Gatten zulässig. b) Bei gesetzlichem Güterstand ist es ebenso, wenn nur ein Grundstück des Mannes oder des Vorbehaltsguts der Frau in Frage ist. Für Vollstreckung in ein eingebrachtes Grundstück ist Leistungstitel gegen die Frau und Duldungstitel gegen den Mann und zwar (contra Jaeckel) selbst dann nötig, wenn sich beide Gatten in einer vollstreckbaren Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen haben, ausgenommen bei selbständigem Erwerbsgeschäfte der Frau zur Zeit der Vollstreckungshandlung. Die Regel gilt aber wieder bei eingetragenem Widerspruche des Mannes gemäß § 741 ZPO. Die Regel gilt auch im Falle der Prozeßführungslegitimation der Frau nach §§ 1401, 1407 BGB. Freiwillige Duldung der Vollstreckung durch den Mann ohne Anwendung des § 794 Abs. 2 ZPO. genügt nicht. Der Duldungstitel gegen den Mann macht diesen zum Schuldner in der Vollstreckung, aber nicht im Sinne des § 17. c) Die Grundsätze a und b sind entsprechend anzuwenden, wenn es sich bei Gütergemeinschaft, Errungenschafts-, Fahrnisgemeinschaft um Einzelgut nach §§ 1439, 1440 f., 1526, 1555, 1520 ff., 1550 ff. BGB. handelt. Gegen Gesamtguts-Grundstücke genügt dagegen nach § 740 ZPO. regelmäßig ein Titel gegen den Mann. Dieser ist allein Vollstreckungsschuldner und braucht als Eigentümer nur allein eingetragen zu sein. § 40 GBO. steht hier der Eintragung des Vermerkes nicht entgegen, auch dann nicht, wenn beide Eheleute als Eigentümer eingetragen sind. Ist es nur die Frau allein, so bedarf es bei nur vorliegendem Titel gegen den Mann vorgängiger Grundbuchberichtigung durch Vermerk der Gütergemeinschaft. Vollstreckungstitel gegen die Frau allein genügt nur bei deren selbständigem, widerspruchsfreiem Erwerbsgeschäfte. Dann muß aber die Frau als Alleineigentümerin oder Miteigentümerin kraft Gütergemeinschaft eingetragen sein. — Der Vollstreckungsantrag auf Grund eines gegen beide Gatten als Gesamtschuldner gerichteten Titels ist gegen beide Gatten nur zulässig, wenn sich aus dem Grundbuch ihr Miteigentum ergibt. Dagegen steht in diesem Falle der Vollstreckung gegen den Mann oder die selbständige Geschäftsfrau allein an sich nichts im Wege. d) Nach Beenidigung der Gütergemeinschaft genügt bei Vorliegen von Leistungstiteln gegen beide Eheleute deren Eintrag als Eigentümer im Grundbuch ohne Rücksicht auf die Art ihrer Gemeinschaft. Liegt dagegen nur

ein Duldungsurteil gegen den einen, ein Leistungsurteil gegen den anderen Gatten vor, so muß die Eintragung das Grundstück als Gesamtgutsbestandteil erkennen lassen. Die Eintragung e i n e s Ehegatten ist niemals genügend. e) Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft gilt im allgemeinen das Vorstehende. Nur gestattet ein gegen die Abkömmlinge allein erwirkter Titel n i e m a l s die Zwangsvollstreckung. § 741 ZPO. ist nicht anwendbar. Die gegen E r b e n im § 17 gegebene Erleichterung gilt nicht gegen die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft Beteiligten. f) Je nach Inhalt der vorliegenden An- und Einträge hat der Vollstreckungsrichter Beschluß nach obigen Grundsätzen zu fassen (dies wird kasuistisch ausgeführt). Gegen prozessual unrichtige Vollstreckungsablehnung hat der Gläubiger sofortige Beschwerde, gegen prozeßwidrige Anordnung der Schuldner vorerst nur Einwendungen nach § 766. Gegen prozeßgerechte Vollstreckungsanordnung steht nur der Klageweg offen, der oft auch wahlweise gegeben ist.

9. WürttRpflZ. **09** 274 (LG. Stuttgart). Die Zwangsvollstreckung in Errungenschaftsgrundstücke bei württemb. Errungenschaftsgesellschaft ist für die Schuld des Mannes zulässig.

10. BadRpr. **09** 195 (LG. Offenburg). Zur Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand, dessen Veräußerung nach dem AnfG. angefochten worden ist, genügt das Urteil, das den Anfechtungsgegner zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt, als Vollstreckungstitel; es ist nicht erforderlich, daß auch der gegen den Schuldner vorhandene Vollstreckungstitel vorgelegt wird.

11. NaumburgAK. **09** 43 (Naumburg). Ein Konkursverwalter, der weder die ZwV. selbst betreibt, noch dem Hypothekengläubiger freiwillig einen Vollstreckungstitel nach § 794 Ziff. 5 ZPO. verschafft, muß zur Ermöglichung der ZwV. dinglich verklagt werden. Die Kosten dafür treffen dann trotz § 93 ZPO., § 11 KO. immer die Konkursmasse.

12. D ü m ch e n, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten; Die Reallasten, JheringsJ. **54** 355. Die Sachhaftung wird bei den Grundpfandrechten und Reallasten durch ZwV., ZwVerw. und Mobiliarvollstreckung in das pfändbare Pfandzubehör durchgeführt. Sämtliche Realisierungsarten sind nur zulässig wegen G e l d forderungen. Für Reallasten ergibt sich dies aus der Überschrift von Buch VIII Abschn. 2 ZPO., in deren Untertitel (2) die Immobiliarvollstreckung geregelt ist (409). Die Umwandlung der auf Sach- und Dienstleistungen gerichteten Reallastenansprüche in Geldansprüche wird durch die §§ 280, 286 Abs. 2, 283 BGB. ermöglicht. Zulässig und empfehlenswert ist es, den Individualanspruch und den eventuellen Wertsersatzanspruch miteinander in einem Prozesse zu verbinden (§ 260 ZPO.) und sich zugleich auf Grund des § 255 ZPO. die im § 283 BGB. geforderte Frist im Urteile bestimmen zu lassen (449). ➠ Man wird diesen Ausführungen beitreten können, obschon § 1107 BGB. für unmittelbare Haftung des Grundstücks für die einzelnen N a t u r a l leistungen zu sprechen scheint. An diesen kann dem Berechtigten oft viel liegen und er wird sie jedenfalls auch nach §§ 883 ff. ZPO. beitreiben können. Red. ⇜

13. BayJMBl. **09** 511, SeuffBl. **09** 768. (Gutachten der vereinigten Zivilsen. des BayObLG.). Hat die Frau nach Landesrecht während der Ehe mit Zustimmung des Mannes Hypothek bestellt, so bedarf es zur Vollstreckung in ihr Eingebrachtes besonderen Titels gegen den Mann nicht. Bei Vollstreckung wegen der v o r der Ehe entstandenen Hypotheken gegen die Frau und den Mann gilt dasselbe wie für reichsrechtliche Hypothekenurkunden im Sinne des § 800 ZPO.

14. Bloß persönlicher Titel § 10 Ziff. 7. Hinausgabe des vollstreckbaren Titels § 127.

§ 17. 1. K r e t s ch m a r, Nachlaßverwaltung, ZBlFG. **9** 455. Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nach-

laßgläubiger ist, sind ausgeschlossen (§ 1984 Abs. 2 BGB.). Dem Verwalter stehen dagegen Einwendungen aus § 766 ZPO. zu, ob Klage zulässig, ist fraglich. Die Zwangsvollstreckung in den abgesonderten Nachlaß erfordert einen gegen den Nachlaßverwalter gerichteten oder umgestellten Vollstreckungstitel. Die zur Zeit der Anordnung der Nachlaßverwaltung bereits erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung bleiben bestehen. Doch kann der Nachlaßverwalter auf deren Aufhebung klagen, wenn sie zugunsten eines Nichtnachlaßgläubigers in einen Nachlaßgegenstand erfolgt sind (§§ 784, 785 ZPO., Warneyer **07** 537). (S. § 16 Ziff. 6!)

2. PosMSchr. **09** 134 (Königsberg). Wer die Eigentumsübertragung einer Grundstückshälfte siegreich angefochten hat, kann nach § 7 AnfG. verlangen, daß die grundbuchmäßige Vereinigung der früheren beiden Hälften zum Zwecke der Zwangsvollstreckung durch Wiederzerlegung in die früher tatsächlich getrennten Bruchteile wieder aufgehoben wird. Diese Wiederzerlegung erfolgt nicht im Grundbuche selbst, sondern bei der ZwV. in der Form des ZwVvermerkes und dessen Eintragung im Grundbuche. AM. DJZ. **04** 161 (JDR. **3** § 17).

3. ElsLothNotZ. **09** 29 (Colmar). Der die Eigentumseintragung zum Zwecke der ZwV. erleichternde § 26 ElsLothAGZVG. gilt nur für Fälle des § 17 ZVG., aber dann nach § 1148 BGB. nicht, wenn die im Grundbuche bestehende Eintragung des Eigentümers unrichtig ist. Nach § 17 kann auch das Verfahren gegen den Erben des Schuldners betrieben werden, wenn noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist.

4. BreslauAK. **09** 42 (Breslau). Obwohl die Witwe, gegen die der Vollstreckungstitel lautet, im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist, wurde auf Antrag des Nachlaßverwalters über den Nachlaß ihres Ehemanns gemäß § 766 ZPO. die von der Hypothekengläubigerin betriebene ZwV. und ZwVerw. mit Recht wieder aufgehoben. Der Nachlaßgläubiger hat Eintragung der Nachlaßverwaltung im Grundbuch und vollstreckbaren Titel gegen den Nachlaßverwalter zu erwirken, wenn er die ZwV. einleiten lassen will (§ 1984 Abs. 2 BGB., § 784 Abs. 2 ZPO.). Dagegen konnte der Hypothekgläubigerin eine auf ZwVerw. gerichtete einstweilige Verfügung gegen den Nachlaßverwalter schon jetzt bewilligt werden, weil dieser die Mietzinsen zwar eingezogen, die Hypothekzinsen aber nicht bezahlt hat (s. § 16 Ziff. 6!).

5. Ausnahme § 133. — Ehelicher Güterstand § 16 Ziff. 8.

§ 19. Beschwerderecht § 130 Ziff. 6.

§ 20. Mißwirtschaft § 23, § 146 Ziff. 2. — Versicherung § 148 Ziff. 1. — Preuß. Gutsjagd § 57 Ziff. 1. — Arrestpfändung von Mietzinsen § 148 Ziff. 2. — S. im allgemeinen auch §§ 37, 55, 65, 90.

§ 22. **RG.** R. **09** Ziff. 222. Der Grundstückskäufer kann vor Entgegennahme der Auflassung verlangen, daß ein inzwischen seit dem Kaufe für Zinsen einer von ihm zu übernehmenden Hypothek eingetragener ZwVvermerk beseitigt wird.

2. Spätere Eintragung § 28 Ziff. 1.

§ 23. 1. Schneider, ZBlFG. **9** 460. Der Zuschlag erstreckt sich nicht auf die vom Schuldner in unwirtschaftlicher Weise veräußerten Gegenstände. Auch gegen den betreibenden Gläubiger, den er nicht für Unterlassung gehöriger Aufsicht verantwortlich machen kann, hat der Ersteher deswegen keinen Anspruch. Die nicht betreibenden Hybothekengläubiger können sich für die Zukunft nur nach §§ 1133, 1135 BGB., für die Dauer der ZwV. nur durch Beitritt und Anfechtung der unwirtschaftlichen Handlungen des Schuldners schützen. Betreibende Gläubiger haben aber auch ein auf ihr Pfandrecht und auf die bewußte Verletzung des Veräußerungsverbots gestütztes unmittelbares Klagerecht gegen den verbotswidrig handelnden Erwerber von Sachen. Dieses Recht kann, solange die betreibenden Gläubiger noch nicht befriedigt sind, an den Ersteher abgetreten werden. Auch unwirtschaftliche Miet- und Pachtverträge sind dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Der

Ersteher kann sich gegen sie nur durch Kündigung helfen. Für den Versteigerungsrichter ergibt sich die Unannehmlichkeit, daß er nie mit Sicherheit angeben kann, auf welche bewegliche Sachen sich die ZwV. miterstreckt.

2. Stein, SächsRpflA. **09** 9. Die Beschlagnahme hindert eine wirksame Pfändung, nicht weil sie eine relative Unwirksamkeit späterer Rechte gemäß § 23 ZVG. mit § 135 BGB. dem betreibenden Gläubiger gegenüber begründet, sondern weil mit ihr wegen § 865 Abs. 2 ZPO. die Pfändung als der Weg der Mobiliarvollstreckung unzulässig wird.

3. **RG. 70** 378, JW. **09** 233, R. **09** Ziff. 1287, 1372. Ein Tischlermeister C. war durch einstweilige Verfügungen gezwungen worden, Türen und Fenster, die er im Einverständnisse mit dem Eigentümer des Grundstücks aus diesem nach Beschlagnahme entfernt hatte, herauszugeben. Der Hypothekengläubiger-Ersteher A. und dessen Meistgebotszessionar B. klagten gegen ihn auf Einwilligung in Rückzahlung der Sicherheitsbeträge, die sie für die einstweiligen Verfügungen hinterlegen mußten und das RG. gab dieser Klage aus folgenden Hauptgründen vollständig statt: Die Eintragung des Versteigerungsvermerkes hat am 9. Mai 1906, die Aneignung der Türen und Fenster durch C. Ende Juni 1906 stattgefunden. Der durch die Aneignung vermittelte Eigentumserwerb war daher nach § 135 Abs. 1 BGB. in Verb. mit § 20 (und § 23 Abs. 2) ZVG. gegenüber der betreibenden Gläubigerin D. nichtig und dadurch, daß die D. am 1. August 1906 ihre I. Hypothek, wofür sie die ZwV. betrieb, an Kläger A. abtrat, hat sie ihm zugleich, ohne daß dies gesagt zu werden brauchte, den Anspruch auf Rückschaffung der weggebrachten Gegenstände gegen C. übertragen. Daher sind die einstweiligen Verfügungen für A. und B. mit Recht ergangen und die Sicherheitsleistungen an sie zurückzugeben.

4. Unschädliche Zubehörveräußerung § 90 Ziff. 3. — Arrestpfändung von Mietzinsen § 148 Ziff. 2. — Verfügung des Konkursverwalters § 55 Ziff. 8. — Mißwirtschaft § 146 Ziff. 2.

§ 24. **RG.** R. **09** Ziff. 1275. Der Eigentümer, gegen den ZwV. eingeleitet worden war, konnte noch mit Erfolg den Dritten, der unberechtigterweise die Bäume und Gesträuche des Wirtschaftsgartens verstümmelt hatte, auf Schadensersatz verklagen, obschon eine Minderung des Meistgebots durch jene Verstümmelung nicht anzunehmen war.

§ 25. Bei TV.? § 146 Ziff. 5.

§ 27. Beitritt des betreibenden Gläubigers selbst § 84 Ziff. 1. — Wahrung der Rechte § 29 Ziff. 2, § 31 Ziff. 1.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. OLG. **19** 180, R. **09** Ziff. 131 (Cassel). Das dem Vater nach gemeinem Rechte am mütterlichen Vermögen seiner Kinder zustehende Verwaltungs- und Nutznießungsrecht ist ein Recht im Sinne des § 28, wenn es im Grundbuche durch Vormerkung gesichert ist. Es ist zu beachten, auch wenn die Vormerkung erst nach der Zustellung des Einleitungsbeschlusses erfolgt ist.

2. OLG. **19** 180 (KG.). Reicht die Frist des § 28 nicht aus, so kann nur eine Verlängerung, nicht aber eine einstweilige Verfügung beantragt werden.

3. HessRspr. **10** 30 (LG. Mainz). Es ist zulässig, bei einer Hypothek die zeitliche (nicht dauernde) Unzulässigkeit des ZwVverfahrens auf ihr einzutragen.

4. PosMSchr. **09** 110 (Marienwerder). Die Veräußerungsverbote aus dem preuß. Anerben- und Ansiedelungsgesetze hindern die ZwV. keineswegs unbedingt nach § 772 ZPO., sondern machen nur vor dem Zuschlage die vorgängige Genehmigung der Generalkommission, vielleicht auch die der Ansiedelungskommission nötig (§ 7 G. vom 8. Juni 1896).

5. Nachlaßverwaltung § 17 Ziff. 1, 4.— Nachteil für den betreibenden Gläubiger § 75. — Auflassungsvormerkung § 161 Ziff. 1. — Hinderung durch ZwVerw. § 146 Ziff. 3. — Gerichtsstand § 15 Ziff. 2. — Anfechtungsgesetz § 15 Ziff. 4. — ElsLoth-Enteignung § 130 Ziff. 3. — Anspruch aus §§ 1001 ff. BGB. hindert nicht § 9 Ziff. 2.

§ 29. 1. OLG. **19** 181, RheinA. **105** 77, R. **09** Ziff. 3171 (Düsseldorf). Hat der betreibende Gläubiger nach der Versteigerung den Antrag „den Zuschlag bezüglich verschiedener Zubehörstücke zu versagen" darauf gestützt, daß er insoweit den Versteigerungsantrag zurücknehme, so muß der Zuschlag gänzlich versagt werden: Gegen die Zulässigkeit solcher teilweisen Zurücknahme sprechen weder der Wortlaut des § 29 noch sonstige Erwägungen. Zustimmung der Beteiligten nach § 59 ist nicht erforderlich. ➠ Vgl. § 55 Ziff. 7. Red. ⟵

2. Berolzheimer, BayNotZ. **09** 246. Beantragt nur einer von mehreren betreibenden Gläubigern die Aufhebung des Verfahrens, so ist hinsichtlich seiner ein förmlicher Aufhebungsbeschluß und dessen Zustellung gemäß § 32 erforderlich. Die Löschung des Versteigerungsvermerkes (§ 34) erfolgt wegen § 27 Abs. 2 nicht. Entsprechendes gilt für vereinzelte Einstellungsanträge.

3. Rücknahmewirkung § 15 Ziff. 1.

§ 31. 1. BadRpr. **09** 217 (BadJustMin.). Stellt nur einer von mehreren Gläubigern den Fortsetzungsantrag, so sind trotzdem auch die anderen als Gläubiger im Sinne des Gesetzes anzusehen und ihnen ihre Rechte aus § 10 Ziff. 5 gewahrt. So auch Jaeckel.

2. Ausgesonderte Sachen § 65.

§ 32. Beschluß auf Einstellung in Zubehör § 37 Ziff. 1. Teilanträge § 29.

§ 33. Zubehörfreigabe §§ 29 Ziff. 1, 55 Ziff. 7.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 35. Durchführung von Amts wegen § 10 Ziff. 2.

§ 36. Gesetz über Sicherung der Bauforderungen § 105.

§ 37. 1. **RG. 70** 399, JW. **09** 251, R. **09** Ziff. 1373—1376. Die Klägerin hatte prozeßgerichtlichen Einstellungsbeschluß auf Maschinen erwirkt, der Vollstreckungsrichter im ZwVtermin bekannt gegeben, daß sie von der Versteigerung ausgeschlossen seien, und eine Vereinbarung der Beteiligten protokolliert, wonach die Maschinen, falls Klägerin mit ihrem Eigentumsanspruche nicht durchdringe, nachträglich versteigert werden sollten. Der Grundstückszuschlag wurde sodann „unter den gesetzlichen Bedingungen" erteilt. Das Landgericht hat die gegen den Ersteher auf Freigabe der Maschine gerichtete Klage wegen deren Bestandteilseigenschaft, das OLG. hat sie deshalb abgewiesen, weil, wenn die Maschinen auch nur Zubehör sein sollten, es doch an einem Einstellungsbeschlusse des Vollstreckungsgerichts und seiner Zustellung fehle und die „Vereinbarung" gegenüber dem Zuschlag, unter den gesetzlichen Bedingungen" bedeutungslos sei. Vom RG. wurde aus folgenden Gründen dieses Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen: Richtig ist zwar, daß, wenn der Vollstreckungsrichter zu Unrecht im Zuschlagsbeschlusse die protokollierte Vereinbarung nicht berücksichtigte, dies nur mittels Beschwerde gegen jenen Beschluß hätte geltend gemacht werden können (§§ 96 ff., **RG. 67** 382) und daß ferner trotz des § 775 ZPO. nach den Sondervorschriften in §§ 37 Ziff. 5, 55 Abs. 2 ein Einstellungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts notwendig war. Aber mit Unrecht vermißt das OLG. einen solchen Beschluß, der durch einfache Erklärung des Richters im ZwVTermin (nicht etwa auch durch bloße konkludente Handlungen) erlassen und verkündet werden konnte und so auch wirklich erfolgt ist. Einer Zustellung bedurfte dieser Beschluß nach §§ 329 Abs. 2, 312 Abs. 2 ZPO., 32, 88 ZVG. nicht. Er wurde auch nicht durch den Zuschlag „unter den gesetzlichen Bedingungen" beseitigt. Ist die Einstellung nach § 37 Ziff. 5 rechtsgültig erfolgt, so hat das kraft des Gesetzes

(§§ 90 Abs. 2, 55 Abs. 2) zur Folge, daß die von der Einstellung betroffenen Gegenstände auf den Ersteher nicht übergehen. — Es muß daher noch die materielle Prüfung des klägerischen Anspruchs (des Eigentums an den etwa nicht zu Bestandteilen gewordenen Maschinen) stattfinden.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 2025, 2026. a) Wer bei einer vom Verwalter im Konkurse betriebenen Grundstücksversteigerung die Anmeldung von Rechten an Zubehör (§ 37 Ziff. 5) unterläßt, verliert dadurch allein seine Ansprüche gegen die Konkursmasse nicht. b) Die Verwertungspflicht des Konkursverwalters (§§ 117, 126 KO.) hindert nicht, daß er sich nach § 989 BGB. durch die Verwertung (dem wahren Eigentümer der Sachen) ersatzpflichtig macht.

3. S. im allg. §§ 55, 65, 90, 20. — Antrag nach § 769 ZPO. s. § 43 Ziff. 1. — Teilweise Zurücknahme § 29 Ziff. 1. — Anmeldung § 9 Ziff. 3. — Folge der Nichtanmeldung § 110 Ziff. 1. — Verspätete Anmeldung § 115 Ziff. 25.

§ 41. 1. OLG. **18** 46 (Hamburg). Der Gläubiger braucht dem Bürgen nicht Kenntnis vom ZwV.Termine zu geben.

2. ➻ **RG.** 26. 09. Der wegen Nichtbenachrichtigung vom ZwVTermine nach § 1166 BGB. geforderte Schaden kann mittels Schätzung des Wertes des Grundstücks im Vergleiche zum Erlöse gefunden werden. Dabei kann in Betracht kommen, daß der persönliche Schuldner, falls er das Grundstück wieder erstanden hatte, die bisherige Schankerlaubnis nicht wieder erhalten haben würde. — Die Mitteilung nach § 1166 BGB. muß so rechtzeitig erfolgen, daß sie dem Ersatzpflichtigen das Ergreifen entsprechender Maßregeln noch ermöglicht. Red. ⟵

3. **RG.** JW. **09** 496, R. **09** Ziff. 2370, DJZ. **09** 1211. Der mit der ZwV. beauftragte Anwalt haftet dem betreibenden Hypothekengläubiger für den Schaden, den dieser infolge der Unterlassung der Benachrichtigung des persönlichen Schuldners nach § 1166 BGB. erleidet. S. a. BGB. § 1166.

4. OLG. **19** 191, R. **09** Ziff. 3175 (KG.). Tatfrage ist es, ob stillschweigende Genehmigung eines Ladungsfehlers vorliegt? Solche wurde angenommen, als der Vormund des nicht ordnungsmäßig Geladenen im Versteigerungstermin anwesend war und keinen Antrag stellte.

5. **RG.** R. **09** Ziff. 3749. Das Recht, einen Grundstückskauf zu wandeln, kann unter Umständen dadurch verwirkt werden, daß der Wandelungskläger es unterläßt, von der eingeleiten ZwV. dem Verkäufer Nachricht zu geben.

6. Pflicht des Beauftragten § 66 Ziff. 4. — Verspätete Anmeldung § 43 Ziff. 1.

§ 43. 1. SächsOLG. **30** 126, OLG. **19** 182, SeuffBl. **09** 183, R. **09** 3173 (Dresden). Nur wenn der Beschwerdeführer dem Gericht als Beteiligter (Erwerber eines Grundstücksanteils) schon zur Zeit der Anberaumung des Versteigerungstermins bekannt gewesen wäre, hätte er die Rechte aus §§ 41, 43 Abs. 2 gehabt. Die Unterlassung der nachträglichen Zustellung an ihn konnte daher mangels jener Voraussetzung nicht zu einer Versagung des Zuschlags führen. Nach § 83 Ziff. 1, 7 ist zwar ein Verstoß gegen § 43, nicht aber ein solcher gegen § 41 Versagungsgrund. Der vom Beschwerdeführer im Versteigerungstermine gestellte Einstellungsantrag (§§ 769 Abs. 2, 771 Abs. 3 ZPO.) hinderte die Fortsetzung des Verfahrens um so weniger, als er nicht gegen die Zulässigkeit des ganzen Verfahrens, sondern nur auf Anberaumung eines neuen Versteigerungstermins gerichtet war.

2. Geschäftsunfähiger Schuldner § 83 Ziff. 1. — S. auch § 41.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. NaumburgAK. **09** 62 (LG. Stendal). Bei nur persönlichem Titel für (Hypothek-)Zinsen sind sämtliche eingetragenen Rechte in das geringste Gebot aufzunehmen (s. § 10 Ziff. 7).

2. Änderung durch Beitritt § 84 Ziff. 1. — Nur teilweise Aufnahme in das

geringste Gebot § 130 Ziff. 4. — Hypothek bei ungeteilter Erbschaft § 182. — Gefahr der Nachhypothek § 16 Ziff. 1. — Vorschüsse § 10 Ziff. 5, 12. — Bloß persönlicher Titel § 10 Ziff. 7. — Braunschweiger Dienstrente § 10 Ziff. 18.

§ 45. Keine Anmeldung bei Annuitätenhypotheken § 50 Ziff. 1. — Vorschüsse § 10 Ziff. 5, 12.

§ 47. Preuß. Grund- und Gebäudesteuer § 56 Ziff. 2.

§ 48. Väterliche Rechte § 28 Ziff. 1. — Löschungs- usw. Vormerkungen § 115 Ziff. 6, 9, 10, 23; 161 Ziff. 1.

§ 50. 1. BayObLG. **9** 497, BayRpflZ. **09** 25. a) Der Ersteher eines Grundstücks kann dem rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusse gegenüber sich nicht darauf berufen, daß er bei der Abgabe des Meistgebots über die Bedeutung von Versteigerungsbedingungen und den Inhalt seiner Erklärung (z. B. über nachstehende Fragen) im Irrtume gewesen sei oder ein Gebot des im Beschlusse bezeichneten Inhalts nicht abgegeben habe. b) Der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer findet auch dann statt, wenn die Tilgung der Forderung durch Annuitätenzahlungen erfolgt. c) Steht dem Ersteher eine Hypothek an dem versteigerten Grundstücke zu und geht ihm eine Eigentümergrundschuld vor, so kommt, wenn das Meistgebot die Hypothek vollständig deckt, der auf die Grundschuld treffende Betrag dem Eigentümer als solchem zu, auch wenn er in bindender Weise im voraus erklärt hatte, die Eigentümergrundschuld, falls sie entstehen sollte, aufzugeben, oder nach dem früheren Rechte auf das Recht der Rangeinräumung verzichtet hatte. d) Der Verzicht auf Rangeinräumung bedurfte nach bayerischem Hypothekenrechte notarieller Beurkundung und bedarf nach BGB. einer öffentlich beurkundeten oder beglaubigten Erklärung. Die Eigentümergrundschuld, schon durch die Eintragung der Hypothek gedeckt, braucht zur Feststellung des geringsten Gebots nicht angemeldet zu werden. Die Vorschrift des § 50 gilt auch für Tilgung durch Anuitätenleistungen. e) Wird die Forderung gegen den Ersteher auf den von ihm nach § 50 zu zahlenden Betrag im Verteilungsverfahren nicht berücksichtigt, so wird dadurch der Ersteher von der Zahlung nicht frei, sondern der Berechtigte kann den ihm gebührenden Betrag ohne weiteres von dem Ersteher fordern. ➻ Teilweise schon erwähnt in IDR. **7** § 50 Ziff. 4. S. die dortige Redaktionsbemerkung. Red. ⟵

2. BuschsZ. **39** 113 (Cassel). Erlischt die durch eine Höchstbetragshypothek gesicherte Forderung — sei es auch durch Erlaß — erst nach dem Zuschlage, so hat sie doch zur Zeit des Zuschlags bestanden und dies allein genügt, um die Anwendung der §§ 50, 125 auszuschließen. Die Höchstbetragshypothek fällt nicht unter § 14. Auf die Art der die Forderung tilgenden Geschäfte zwischen dem Gläubiger K. und dem beklagten Ersteher kommt hier nichts an; denn in jedem Falle hat der Beklagte nicht in die Rechte des klagenden Nachhypothekars, sondern nur in die der Subhastaten eingegriffen. Der Zuzahlungsanspruch ist hiernach nicht begründet, auch nicht durch den Pfändungsbeschluß vom 16. Juni 1906, der nur eine Eigentümergrundschuld der Subhastaten, nicht aber eine persönliche Forderung gegen den Ersteher betrifft.

3. Öffentliche Last § 51 Ziff. 2. Sächs. Baulasten § 10 Ziff. 12, 1, 3.

§ 51. 1. *Wolf, WürttZ. **21** 130. Wenn ein Grundstücksbruchteil Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist, so ist nicht der volle Wert des auf dem ganzen Grundstücke haftenden Rechtes, sondern nur eine dem Grundstücksbruchteil entsprechende Quote in Ansatz zu bringen.

2. ➻ **RG.** 10. 11. 09. A. mußte wegen seiner dem B. geleisteten sog. Ausbietungsgarantie zwei Grundstücke nach Aufnahme von rund 31 000 M. städtischen Anliegerbeiträgen als öffentlicher Lasten, die er vergeblich bestritten hatte, in das geringste Gebot teuer erstehen. Als später die Stadt die angemeldeten Beträge zurückgezogen hatte, wurden sie dem Nachhypothekar C. zugeteilt. Die Klage des A. gegen C. deswegen wurde in 3 Rechtszügen abgewiesen, weil weder Vertrag zwischen

A. und C. noch Arglist des C. vorliege, die Klage übrigens schon daran scheitern, daß die freigewordenen Beträge wenn nicht dem C., so doch dem Schuldner D., keinesfalls aber dem A. nach §§ 50, 51, 125 zuzuteilen seien. Red. ←

3. Bauvorschüsse für sächs. Gemeinden § 10 Ziff. 12.

§ 52. Sächs. Schleusenbaulast § 10 Ziff. 1, 12. Gesamthypothek § 83 Ziff. 3 a. Gebührenberechnung § 109 Ziff. 1. Altrechtliche Dienstbarkeiten § 130 Ziff. 2.

§ 53. 1. Scherer, Schuldübernahme bei Grundstücksveräußerungen, Bay. RpflZ. **09** 123 (126). Der Schuldner (Subhastat) ist als Veräußerer anzusehen. § 53 gilt im Gegensatze zu § 416 BGB. nicht nur für Hypotheken, sondern auch für Grund- und Rentenschulden. Die Mitteilung an den Gläubiger kann erfolgen, sobald der Zuschlag rechtskräftig ist, also schon vor Grundbuchberichtigung. — Bei vereinbartem Fortbestehen einer Hypothek gemäß § 91 wird der Subhastat von der persönlichen Schuld frei und (anderweitige) Pfandrechte und Bürgschaften dafür erlöschen (RG. v. 6. 7. 05 u. andere, so auch BayRpflZ. **05** 118). Da aber diese Ansicht nicht unbestritten ist, dürfte sich Protokollierung der Entlassung des Subhastaten aus der persönlichen Haftung dabei empfehlen. — Wird endlich das Bestehenbleiben einer Hypothek nach § 59 als Bedingung festgesetzt, so liegt hierin im Zweifel die im voraus erklärte Einwilligung des Gläubigers in die Schuldübernahme, so daß es hier des Verfahrens nach § 416 BGB. nicht bedarf (ZBlFG. 8 394 [Dresden]).

2. Dümchen, IheringsJ. **09** 457. Die Vorschrift des § 53 muß entsprechend auch für die Reallast gelten.

3. Schuldentlassung § 16 Ziff. 1. Nichtanwendbarkeit des § 53 s. § 91 Ziff. 1! Hypothek und persönlicher Titel § 10 Ziff. 7. Gebührenberechnung § 109 Ziff. 1.

§ 55. 1. DJZ. **09** 272 (Karlsruhe). Für Zubehörstücke, die einem Dritten gehören und bei der ZwV. nicht in das (badische) Zubehörverzeichnis aufgenommen werden, tritt die Wirkung des § 55 Abs. 2 nicht ein. Der Einwand des Erstehers, die badische VO. könne Reichsrecht nicht abändern, trifft nicht zu, weil bei allseitiger Übereinstimmung darüber, daß nur die im Verzeichnis enthaltenen Fahrnisse mitversteigert werden, der Dritteigentümer keinen Anlaß hatte, nach § 37 Ziff. 5 vorzugehen.

2. **RG. 70** 193, JW. **09** 144, R. **09** Ziff. 634, 731, 732. Der Beklagte B. hatte Hypothek auf einem Gasthof und dessen Zubehör, welch letzteres durch Sicherheitsverkäufe an verschiedene Brauereien, zuletzt an die Klägerin A. überging, aber im Gasthofe blieb. B. fiel mit seiner neuen Hypothek in der von ihm betriebenen ZwV. aus, will aber die bisher eingestellte Vollstreckung in jenes Zubehör fortsetzen. Die A. erwirkte zunächst klageweise Anerkennung ihres Zubehöreigentums. Das RG. verwies aber die Sache aus folgenden Gründen zurück: Auf Fortwirkung seiner alten Hypothek und auf Vertrag kann sich B. nicht stützen, wohl aber auf seine — auch im Teilungsverfahren zulässige — Arglistbehauptung. Ist es wahr, daß ihn die A. bei sog. „Sanierungsverhandlungen" durch falsche Vorspiegelungen" arglistig zur Löschung seiner alten Hypothek gegen Eintragung einer neuen bestimmt hat, so kann er nach §§ 823, 826, 249 BGB. Schadensersatz in der Weise verlangen, daß der frühere Zustand, wenn auch nicht tatsächlich, so doch rechtlich wiederhergestellt wird, daß ihm also die A. Fortsetzung der Immobiliarvollstreckung in das Zubehör gestatten muß, obwohl sie es zum Eigentum frei von B.'s alter Hypothek erwarb. Diese Entscheidung würde jedoch nur Recht zwischen den jetzigen Parteien schaffen für die künftige Erlösverteilung.

3. SeuffA. **64** 303 (München). Der zur Zeit der ZwV. auf dem Gute befindlich gewesene, vom Einsteller (Verleiher) dann wieder abgeholte Ochse mußte dem Ersteher zugesprochen werden, weil er tatsächliches im Besitze des Schuldners stehendes Gutsbehör bildete (vgl. **RG. 49** 253, **63** 371).

4. → **RG.** 26. 6. 09 (R. **09** Ziff. 2507?). Maschinen zur Herstellung von Mineralwasser und Spirituosen, die von einer GmbH. als Mieterin in das Grundstück ihres

Geschäftsführers eingebracht worden waren, wurden wegen des „vorübergehenden Zweckes" dieser Einbringung weder als wesentliche Bestandteile (§ 95 Abs. 2 BGB.), noch als Zubehörstücke (§ 97 Abs. 2 BGB) erachtet und gingen daher trotz der §§ 37 Ziff. 5, 55 Abs. 2 nicht durch den Zuschlag auf den Ersteher mit über. Anders wäre es, wenn sie Bestandteile, wenn auch nur unwesentliche, gewesen wären. Red. ←

5. SeuffA. **64** 172, PosMSchr. **09** 16, R. **09** Ziff. 2172 (Königsberg). Ein 58,10 Ar großes Grundstück, auf dem der Kläger A. als Miteigentümer einiges Vieh stehen hatte, wurde in der TV dem anderen Teilhaber, dem Beklagten B., zugeschlagen. Dieser glaubte, die erwähnten Viehstücke miterworben zu haben, drang aber damit im Rechtsstreit aus folgenden Gründen nicht durch: Das Grundstück ist unter den gesetzlichen Bedingungen zugeschlagen. Das kleine Gütchen ließ aber einen landwirtschaftlichen Betrieb nicht zu, darum waren die Viehstücke nicht Zubehör und sind nicht mitzugeschlagen. Eine etwaige Erklärung des ZwVRichters: „alles außer Hausgerät ist mitverkauft" oder auch eine derartige — schon wegen Nichtprotokollierung unwirksame — Vereinbarung der Beteiligten ist unerheblich. → In einer damit zusammenhängenden, ebenso entschiedenen, bei nur 80 M. Streitwert ohnedies nicht revisibeln Sache hat das RG. die Beschwerde wegen Verweigerung des Armenrechts zurückgewiesen. Die tatsächliche Feststellung, daß in jener Gegend auf 2 Morgen nicht Landwirtschaft betrieben werden könne, ist vielleicht nicht ganz unbedenklich, aber unangreifbar. Außerdem kann aber auf bewegliches Sondereigentum der Teilhaber der § 55 kaum Anwendung finden (vgl. JDR. **7** § 180 Ziff. 1). Red. ←

6. **RG.** JW. **09** 485. Die Klägerin verlangt vom Konkursverwalter Herausgabe der für den Metzgerladen des Gemeinschuldners gelieferten Einrichtung kraft Eigentumsvorbehalts. Der Beklagte und der Grundstücksersteher als Nebenintervenient betrachteten den letzteren als Erwerber der als Zubehör zu erachtenden Sachen. Die Zubehöreigenschaft ist aber zweifelhaft. Wird sie bei nochmaliger Prüfung verneint, so ist zu dem durch die ZwV. nicht erloschenen Eigentumsanspruche der Klägerin gegen den Konkursverwalter Stellung zu nehmen. Wird sie wieder bejaht, so kann die Klägerin nach §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 ihr untergegangenes, dem Ersteher zugefallenes Eigentum nicht mehr geltend machen, wohl aber vielleicht einen Anspruch nach § 59 Ziff. 1, 3 KO.

7. OLG. **19** 183 (Königsberg). Obschon der Richter im Versteigerungstermine den Einstellungsantrag hinsichtlich der unter § 55 fallenden Sachen zurückgewiesen hatte, durfte er nach Wiederholung des Antrags im Termine zur Verkündung der Entscheidung über den Zuschlag entgegengesetzt entscheiden, nämlich den Zuschlag versagen, die ZwV. in jene Sachen einstellen und dem Antragsteller Klagefrist vorstrecken (§ 769 ZPO.). Zwei gesonderte Beschlüsse: a) auf Versagung des Zuschlags, b) auf Klagefristsetzung brauchten nicht erlassen zu werden. — Bloße Freigabe von Zubehörstücken genügt (ohne Gerichtsbeschluß) nicht, deren Mitversteigerung zu hindern.

8. OLG. **19** 186, BuschsZ. **39** 533 (Cassel). Der beklagte Mieter des Buchhändlerladens hatte vom Konkursverwalter die Regale gekauft, er war zu deren Herausgabe an den Ersteher des Grundstücks zu verurteilen. Einstellungsbeschluß in sie ist nicht erfolgt, bloße Freigabe hätte nichts genützt. Durch den Verkauf der Regale seitens des Konkursverwalters hat im gegebenen Falle die Beschlagnahme ihre Wirkung nicht verloren. Wenn dieser nicht selbst die ZwV. betrieb, durfte er nach § 23 über die Regale nicht so verfügen. Dies stand ihm zwar bei Selbstbetrieb der ZwV. zu, aber ohne Entfernung der Regale vom Grundstücke war der Verkauf wirkungslos. Abs. 2 des § 55, eine Erweiterung des Abs. 1, spricht gegen vorstehendes ebensowenig, als § 57 ZVG. mit §§ 571, 547 Abs. 2 BGB. Der Ersteher tritt nur insoweit in die Vermieterpflichten ein, als sie sich nicht durch den Zuschlag ändern.

9. **RG.** JW. **10** 4, BayRpflZ. **10** 116. Der Ersteher eines halbfertigen Neubaues gestattete zuerst dem angeblichen Eigentümer, die noch nicht eingefügten Fenster und Türen zu entfernen, erhob dann aber Klage auf deren Herausgabe. Diese Klage wandelte er später dahin um, daß ihm 3600 M. Schadensersatz deswegen zu zahlen seien, weil er andere Fenster und Türen habe anschaffen müssen. Das OLG. hat die Klage abgewiesen, weil a) wegen fehlender Zubehöreigenschaft der Sachen der § 55 Abs. 2 nicht Platz greife, b) weil die nun als Schadensersatzklage wegen Verzugs gemäß §§ 286, 250 BGB. zu beurteilende Klage gegen den redlichen Besitzer nach §§ 989, 990 Abs. 2, 993 Abs. 1 daselbst nicht statthaft sei. Das RG. ließ den Grund zu a dahingestellt, billigte aber den zu b.

10. Vgl. im allg. §§ 20, 37, 65, 90.

§ 56. 1. Thaysen, Die Generalgarantie der Ostpreußischen Landschaft, GruchotsBeitr. **53** 807 (822). Im Falle der ZwV. eines garantiepflichtigen Grundstücks trägt der Ersteher die nach dem Zuschlage fällig gewordenen Beiträge.

2. Langer, PrVerwBl. **30** 310, führt in Ergänzung von Rütgers Abhandlung, das. **28** 835, aus, daß die Gemeinden gemäß § 56 mit den Mitteln des Zivilprozesses, aber nicht durch ZwVerw. wegen veranlagter preuß. Grund- und Gebäudesteuer während der Zeit vom Zuschlage bis zum ersten Tage des folgenden Monats gegen den dafür dinglich haftenden Ersteher vorgehen können. In das geringste Gebot nehmen dagegen nach seiner Meinung mit Recht die Gerichte jenen Steuerbetrag nicht mit auf.

3. Kosten- und Steuerwesen §§ 10, 58, 109. Braunschw. Dienstrente § 10 Ziff. 18.

§ 57. 1. **RG. 70** 70. Preußische Gutsjagd ist kein Bestandteil im Sinne des § 96 BGB., sondern nur eine Eigentumsnutzung. Ihre Verpachtung hört bei (freiwilliger) Gutsveräußerung auf.

2. ZBlFG. **9** 585 (Dresden). Der Mieter eines Grundstücks, der es nachmals in der ZwV. ersteht, schuldet von dem Zuschlag an keinen Mietzins mehr und braucht deshalb auch im Falle der Pfändung der Mietzinsforderung von dieser Zeit an keinen Mietzins mehr zu zahlen. §§ 573, 571 BGB. sind hier nicht anwendbar. ➻ Ebenso OLG. **17** 20 (Celle), JDR. **7** § 57 Ziff. 4. Red. ⟵

3. **RG. 71** 404, JW. **09** 506, R. **09** Ziff. 2505. Bei dem Übergange der Rechte des Vermieters auf den Ersteher kommen nur solche Rechte in Betracht, welche die Pflichten des Mieters in bezug auf die Gebarung mit dem Mietgegenstande, in bezug auf dessen Rückgabe und auf die Entrichtung der Gegenleistung für den Sachgebrauch betreffen (SeuffA. **61** 183, JW. **05** 58/10). Hierher ist die Verpflichtung des Mieters, eine ihm gegen den Vermieter zustehende Hypothekforderung während der Mietdauer nicht zu kündigen, zu rechnen, sofern diese Verpflichtung als Teil der Gegenleistung des Mieters erscheint. Gegen eine derartige Verpflichtung, nicht zu kündigen, kann der Mieter sich dem Ersteher gegenüber nicht auf § 111 berufen. Denn diese Bestimmung soll nur dem Ersteher ein lastenfreies Grundstück verschaffen, soweit die Belastungen nicht in das geringste Gebot aufgenommen sind.

4. KGBl. **09** 63 (KG.). Die Auffassung des Klägers, daß in der Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung über die Mietzinsen liege, die der Beklagte nach § 573 BGB., § 57 ZVG. für das zur Zeit des Zuschlags laufende und nächstfolgende Kalendervierteljahr gegen sich gelten lassen müsse, steht mit der Rechtslage nicht im Einklange. **RG. 68** 10, auf § 1124 BGB. u. § 148 ZVG. gestützt, sagt nicht das Gegenteil.

5. Mietzinsen § 148. Unwirtschaftliche Verfügung § 23 Ziff. 1. Einschränkung § 55 Ziff. 8.

§ 58. 1. BayObLG. **9** 625, BayRpflZ. **09** 112. Auch bei der ZwV. eines Grundstücks ist die vom Ersteher zu entrichtende Gebühr des Art. 146 BayGebG. aus dem ungeteilten Versteigerungserlöse zu entrichten, wenn nicht der Wert der

als Zubehör mitversteigerten beweglichen Sachen in der Urkunde besonders ausgewiesen wird (Artt. 188, 10 aaO.). ➵ Die Redaktion letztgenannter Zeitschrift bezweifelt, ob diese z. B. bei ZwV. von Gasthöfen mit großem beweglichen Zubehör sehr erhebliche Frage etwa durch „Quasiversteigerungsbedingungen" oder Erklärungen des Erstehers über den Zubehörwert befriedigend gelöst werden könnte. S. auch Ziff. 2. Red. ⟵

2. Löhe, BayRpflZ. **09** 253, bespricht vorstehenden Beschluß, hält Aufnahme der Wertsausscheidung in die Versteigerungsbedingungen für unzulässig und ist der Meinung, daß die Ausscheidung des Mobiliarwerts erst nach Abgabe des Meistgebots stattzufinden habe und im Versteigerungsprotokolle festzustellen sei. Für die Bewertung seien aber nicht schlechthin die vom Meistbietenden angegebenen, sondern die vom Versteigerungsbeamten — unter Umständen auf Grund früherer Ermittelungen — für zutreffend erachteten Werte maßgebend und hiergegen dem Meistbietenden der Beschwerdeweg zu überlassen.

3. SächsRpflA. **09** 292 (Redaktion). Wird bei der TV. das Grundstück einem Teilhaber zugeschlagen, so wird nach sächs. Vorschrift bei der Berechnung des Stempels vom Meistgebote der betreffende Kopfteil abgezogen. Dies gilt auch für Bruchteilseigentum und bei Ungleichheit der Bruchteile.

4. PrVerwBl. **30** 498 stellen die über Befreiung von der preuß. Umsatzsteuer im ZwVVerfahren ergangenen Entscheidungen zusammen. S. auch 752, 559 das. u. JDR. **7** § 58 Ziff. 2, 4.

5. SchlHolstAnz. **09** 127 (Kiel). Auch der bisherige Eigentümer als Ersteher hat den nach § 35 Tarifst. 32, 78 PrStG. zu erhebenden Stempel zu bezahlen.

6. HansGZ. **09** Beibl. 13 (Hamburg). Die Hamburger Immobilienabgabe wird nicht gefordert, wenn ein Hypothekarier im Zwangsverkaufe das Grundstück innerhalb seines Postens kauft. Hatte diesen aber der Ersteher zur Sicherheit einem Dritten übertragen, so ist er nicht befreit, ebensowenig dann, wenn er selbst den Posten später als $1/2$ Jahre vor der ZwV. erworben oder zurückerworben hatte.

7. Anwaltsgebühren § 9 Ziff. 1. — Umschreibungsbedingung § 130 Ziff. 1. — Kosten s. auch §§ 10, 56, 109.

§ 59. Vereinbarungen über Zubehör §§ 29 Ziff. 1, 55 Ziff. 5, 82 Ziff. 2, 90 Ziff. 5. — Hypothekenübernahme § 53 Ziff. 1. — Bedingungsfreiheit § 130 Ziff. 4. Irrtum § 82 Ziff. 1.

§ 61. *Reichel, Schuldübernahme 123. § 61 statuiert eine gesetzliche Nachübernahme (privative Schuldübernahme), verbunden mit gesetzlicher Surrogation des Übernehmers in die Forderung gegen den Ersteher.

§ 63. Bonschab, SeuffBl. **09** 270. Die Gutseinheit nach § 120 BayHypG. ist nicht als Vereinigung der Grundstücke im Sinne des § 890 Abs. 2 BGB. anzusehen. Es ist dies von besonderer Bedeutung für §§ 63, 64, 122. Die Hypothek, die auf mehreren, auf einem Blatte eingetragenen, aber nicht ausdrücklich als ein Grundstück erklärten, Grundstücken ruht, nimmt den Charakter einer Gesamthypothek nach § 1132 BGB. an. Ähnlich Steiner, ZVG. § 130 Anm. 1, v. d. Pfordten, Jaeckel, ZVG. zu §§ 63, 64 und ein Beschluß des AG. Traunstein.

§ 64. 1. **RG. 70** 245, RJA. **10** 57, JW. **09** 164, R. **09** Ziff. 990, 992, 2597, BankA. 8 334. Es ist unzulässig, für dieselbe Forderung auf dem einen Grundstück eine Verkehrshypothek, auf dem anderen eine unbedingte Sicherungshypothek einzutragen. Dagegen ist es statthaft und wegen der bei der Behandlung von Gesamthypotheken sich ergebenden Schwierigkeiten vielleicht empfehlenswert, daß auf dem einen Grundstück eine Verkehrshypothek und für den Fall, daß diese hier einen Ausfall erleidet, auf dem anderen Grundstück eine bedingte Höchstbetragshypothek eingetragen wird.

2. *Wolf, WürttJ. **21** 133. Eine Gesamthypothek im Sinne des § 64 liegt nicht vor, wenn die Hypothek auf dem ganzen Grundstücke bestellt ist und nachher erst Bruchteile des Grundstücks erwachsen sind. — Ebensowenig ist § 64 anwendbar, wenn ein im Alleineigentume stehendes Grundstück, welches in seinen Bruchteilen verschieden belastet ist, Gegenstand der ZwV. ist. — In beiden Fällen muß hingegen für die Verteilung des Erlöses auf die mehreren verschieden belasteten Bruchteile des versteigerten Grundstücks die entsprechende Anwendung der §§ 112, 122 gestattet sein.

3. Dümchen, JheringsJ. **09** 457. Zwar gibt es auch eine Gesamtreallast (§§ 50 Ziff. 2, 51, 112, 122), aber der analogen Übertragung des § 64 auf sie dürften Bedenken entgegenstehen, da dessen Bestimmungen auf Kapitalleistungen zugeschnitten sind.

4. Grundstücksbegriff § 63. Zusammenhang mit § 83 s. dort Ziff. 3.

§ 65. 1. PosMSchr. **09** 134 (Posen). Nach erfolgter Befriedigung der betreibenden Gläubiger konnte die Beschwerdeführerin, als zum Teil ausgefallene Gläubigerin, nicht die Fortsetzung der ZwV. hinsichtlich der ausgesonderten Gegenstände zu ihren Gunsten verlangen, da sie dem Verfahren nicht beigetreten war. Nur Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in jene Sachen kann sie erheben. Vergeblich stützt sie sich auf § 31 und darauf, daß die vom Vollstreckungsrichter bei Einstellung der ZwV. in das Zubehör vorgestreckte dreiwöchige Klagefrist nicht eingehalten worden sei. Nach Befriedigung der betreibenden Gläubiger konnte trotzdem der ZwVRichter das Verfahren nicht weiter fortsetzen.

2. Fortsetzung in Zubehör § 55 Ziff. 2. Versicherung § 148 Ziff. 1.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. ➸ **RG.** 24. 2. 09. Wer sich darauf verläßt, daß ein anderer seine vertragsmäßige Ausbietungspflicht erfüllen werde, begeht jedenfalls dann keine Mitschuld nach § 254 BGB., wenn er die Ausbietungsweigerung des anderen erst im Versteigerungstermin oder kurz zuvor erfährt und dann es unterläßt, selbst auszubieten. (In einem ähnlichen Falle verneinte das RG. im Urt. vom 9. Januar 1909 die eigene Ausbietungspflicht dessen, dem Ausbieten seiner Hypothek versprochen war.) S. Ziff. 7. Red. ⇚

2. BayRpflZ. **09** 154 (Nürnberg). Wer einen Nachhypothekar durch Zusicherung der Zahlung vom Mitbieten abhält, handelt nicht gegen die guten Sitten, da der gleiche Zweck auch durch Zession der Nachhypotheken erreicht werden konnte. Dagegen ist sittenwidriges Handeln dessen anzunehmen, der einen bietungslustigen Nichtgläubiger durch Versprechen von Vorteilen vom Bieten abhält und einen infolgedessen ausfallenden Realberechtigten schädigt. Er beschränkt den freien Wettbewerb bei der ZwV., arbeitet der Rechtsordnung zuwider und verletzt das Sittengesetz. Der in ärmlichen Verhältnissen lebende Geschädigte beging durch Nichterscheinen im Termine keine Mitschuld, er konnte sich auf ordnungsmäßiges Verfahren und auf die Sicherheit seiner Forderung verlassen.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1487. Zwei Hypothekengläubiger, zwischen denen eine gewisse Interessengemeinschaft bestand, handelten nach besonderer Beschaffenheit des Falles nicht wider die guten Sitten, als sie vereinbarten, das Grundstück für gemeinschaftliche Rechnung zu versteigern und dabei eine ihrer Hypotheken nicht auszubieten.

4. OLG. **18** 19 (Stuttgart). Der Kläger hatte die beklagte Bank beauftragt, seine Hypothekforderung einzuziehen, nötigenfalls durch ZwV., und ihn in diesem Verfahren und dessen Terminen zu vertreten. Sie benachrichtigte den Kläger zwar vom Versteigerungstermine, tat aber sonst nichts, so daß er leer ausging. Der Schadensersatzanspruch des Klägers wurde als begründet anerkannt.

5. OLG. **17** 398 (Braunschweig). In einem Falle, da der Rechtsanwalt den

Hypothekgläubiger, seinen Auftraggeber, durch das Gebot von 55 000 M. gedeckt glaubte und sich mit ihm entfernte, wurde er als schadensersatzpflichtig deswegen erachtet, weil (wohl infolge Überhörens jenes Gebots durch den Richter), der Zuschlag nur für 45 000 M. erfolgt ist. Wegen der verschiedensten Möglichkeiten (z. B. Erlöschen des Gebots, §§ 67, 72, 74) durfte der Anwalt den Termin nicht vorzeitig verlassen und seinen Auftraggeber nicht veranlassen, sich zu entfernen. ➼ Vgl. JDR. **5** § 80. Vorstehendes Urteil ist vom RG. bestätigt worden, R. **09** Ziff. 251, WarnE. **09** 198. Red. ⇜

6. **RG.** R. **09** Ziff. 1777. Wenn ein Hypothekgläubiger an dem Erwerbe des zur ZwV. kommenden Grundstücks kein Interesse hat und deshalb lediglich in der Absicht, seine Hypothek zu bewahren, mit einem Dritten vereinbart, daß dieser das Grundstück zu einem die Hypothek nicht deckenden Preise ansteigere und dann die Hypothek wieder eintragen lasse, so kann darin noch nicht ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten gefunden werden. ➼ Vgl. auch die ähnlichen Entscheidungen § 91 Ziff. 5, 7 und die nicht ganz überstimmende § 85 Ziff. 3 sowie Vorbemerkung vor § 91. Red. ⇜

7. **RG.** R. **09** Ziff. 2919. Hat ein Bietlustiger sich verpflichtet, die Hypothek des anderen auszubieten, so kann er der Schadensklage des ausgefallenen Hypothekgläubigers nicht entgegenhalten, daß dieser ja selbst hätte mitbieten können. Dagegen haftet er nicht, wenn der Hypothekgläubiger einen anderen Bietlustigen vom Ausbieten arglistig abgehalten hat.

8. SächsOLG. **30** 374. Der ZwVRichter, der in der vom RG. abgeurteilten Sache (**RG. 64** 100) einem Beteiligten eine zwar schließlich für unrichtig zu erachtende, aber doch anderweitig in der Wissenschaft vertretene Rechtsansicht über einen Hypothekenrang mitgeteilt hatte, war weder nach § 839 BGB. noch sonstwie als haftbar zu erklären. ➼ Bestätigt vom **RG.** R. **09** Ziff. 835. Red. ⇜

9. **RG.** JW. **10** 30, R. **10** Ziff. 88. In gewissem Maße muß der Pfandgläubiger die Interessen des Pfandschuldners wahren. Es kann aber von ihm jedenfalls nicht verlangt werden, daß er in der ZwV., von der die ihm verpfändeten Hypotheken betroffen sind, unter Einsetzung eigener Mittel und auf eigene Gefahr ein höheres Gebot abgab, als zur Wahrung seiner persönlichen Interessen erforderlich war.

10. Gebote unter Wert §§ 85, 91. — Mitbieten des Zedenten § 10 Ziff. 2. — Unwirksame Bedingung § 55 Ziff. 5.

§ 71. 1. ZBlFG. **9** 578 (Dresden). Die L. hatte dem K. Generalvollmacht in allen Angelegenheiten mit Substitutionsbefugnis erteilt. K. übertrug diese Vollmacht in einem ZwVVerfahren mit dem Rechte, zu bieten und den Zuschlag zu beantragen, auf seinen Prokuristen M. und dieser ersteigerte für die L. das Grundstück. Auf deren Beschwerde hob das Landgericht den Zuschlag auf, das OLG. wies aber auf weitere Beschwerde eines Gläubigers S. die Beschwerde gegen den Zuschlag zurück, indem es aussprach, daß die Frage, ob der mit Vollmacht versehene Vertreter zum Bieten berechtigt gewesen sei, sich lediglich nach dem Inhalte der Vollmacht entscheide, daß sie aber hier gemäß § 172 Abs. 1 BGB. bejaht werden müsse.

2. Verspätete Irrtumsanfechtung § 82 Ziff. 1.

§ 72. 1. OLG. **19** 190, R. **09** Ziff. 3174 (Düsseldorf). Nicht sofort zurückgewiesenes Übergebot, wenn es sich auch nachträglich als unwirksam erweist, hebt das Vorgebot auf. Auf dieses darf später nicht zurückgegriffen werden, ausgenommen, wenn der Zulassung des Übergebots widersprochen war (**RG. 54** 310). — Stellt sich erst nach Schluß des Versteigerungstermins oder gar erst im Beschwerdeverfahren die Unwirksamkeit des Meistgebots heraus, so kann dies nicht mehr wie im ZwVTermin gemäß § 71 Abs. 1 zurückgewiesen werden, sondern es ist lediglich der Zuschlag zu versagen, was wie einstweilige Einstellung wirkt (§§ 81, 86).

2. Gefahr vorzeitiger Entfernung § 66 Ziff. 5.

§ 75. Zeitlmann, SeuffBl. **09** 77, ist im Gegensatze zu der einschränkenden Gesetzesauslegung Plancks, Staudingers, Turnau-Försters, Fuchs', Oberneck mit Böhm, Örtmann, Schollmeyer der Meinung, daß jeder rechtliche und wirtschaftliche Nachteil den Gläubiger berechtige, gegenüber dem zahlenden Bürgen oder Dritten den seiner tatsächlichen Begründung nach jedoch immer genau zu prüfenden Einwand der §§ 774 Satz 2, 268 Abs. 3, 426 Satz 4, 1143 Satz 2, 1225 Satz 2 BGB. zu erheben. Wenn z. B. der dritte Hypothekgläubiger die erste Hypothek, wofür die ZwV. betrieben werde, bezahle, so könne der bezahlte bisher betreibende Gläubiger, wenn ihm auch die zweite Hypothek zustehe, verlangen, daß der Zahler den ZwVAntrag wegen der ersten Hypothek unterlasse, weil das zur Zeit zu erwartende Ergebnis der ZwV. zur Deckung der zweiten Hypothek nicht hinreiche.

§ 77. OLG. **19** 195 (Breslau). Gegen Aufhebung des Verfahrens gemäß § 77 Abs. 2, wenn solches ohne Anhörung der Beteiligten nach Schluß des ZwV. Termins erfolgt ist, müssen zuerst Erinnerungen nach § 766 ZPO. erhoben werden.

§ 78. Folgen der Nichtprotokollierung §§ 55 Ziff. 5, 66 Ziff. 5.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 79. Beispiel der Nichtbindung § 55 Ziff. 7.

§ 80. Nichtprotokollierung §§ 55 Ziff. 5, 66 Ziff. 5.

§ 81. 1. ➼ **RG.** 23. 1. 09. Der Anwendung des § 460 BGB. steht der Umstand nicht entgegen, daß unmittelbarer Gegenstand der Meistgebotsabtretung ein Recht ist, da dies die Auffassung nicht ausschließt, daß nach dem Willen der Vertragschließenden eigentlicher Gegenstand des Kaufes doch das Grundstück, also eine Sache, sein sollte (vgl. JDR. **7** § 81 Ziff. 2 und unten Ziff. 4. Red. ⟵

2. R. **09** 223 (KG.). Die Beurkundung der Meistgebotsabtretung unterliegt auch dann nur dem Feststempel von 1,50 M. (Tarifst. 32 Abs. 10), wenn derjenige, dem abgetreten wurde, die Rechte vor der Erteilung des Zuschlags an einen anderen weiter abtritt.

3. **RG.** JW. **09** 358, R. **09** Ziff. 1972, 1978. War zwischen den Parteien ein — der Form des § 313 BGB. nicht bedürftiger (**RG. 53** 268) — Vertrag über Meistgebotsabtretung geschlossen, so mußte der Beklagte als Zessionar den dem Vertrag entsprechenden Zustand herstellen, also zu der für den Vollstreckungsrichter nach § 81 Abs. 2 nötigen (nachträglichen) urkundlichen Nachweisung mitwirken. Diese Leistung ist dadurch unmöglich geworden, daß der Beklagte es durch sein Verhalten dahin gebracht hat, daß bei Erteilung des Zuschlags auf den Vertrag keine Rücksicht genommen werden konnte und das Grundstück dem Kläger zugeschlagen werden mußte. Dieses sein Verhalten ist mindestens fahrlässig und nach § 276 BGB. von ihm zu vertreten, ohne daß auf §§ 280, 327 daselbst gegriffen zu werden braucht. Der vom Beklagten hiernach gemäß § 249 BGB. zu leistende Schadensersatz kann aber nicht einfach, wie von den Vorderrichtern geschieht, in Vergütung der Zuschlagskosten und Stempel und der Umsatzsteuer gefunden, es muß vielmehr noch untersucht werden, ob nicht und inwieweit nicht der Kläger durch den ihm durch den Zuschlag zugekommenen Vermögenszuwachs für genannte Aufwendungen schon Ersatz gefunden hat.

4. ➼ **RG.** 28. 5. 09. Der Beklagte, der bei Abtretung des Meistgebots dem Kläger die Schwammbehaftung des Hauses arglistig verschwiegen hat, ist mit Recht für schadensersatzpflichtig nach § 826 BGB. erklärt worden, obwohl es sich nicht um Vertretung von Sachmängeln handelt und vertragsmäßig die Gewährleistungspflicht ausgeschlossen war. Red. ⟵

5. Fischer, BayNotZ. **09** 23. Der in Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft lebende Mann kann sein Meistgebot ohne Einwilligung seiner Ehefrau abtreten.

6. *Reichel, Schuldübernahme 120 ff. Hier liegen zwei Fälle gesetzlicher Schuldübernahme vor.

7. Unwirksames Meistgebot § 72 Ziff. 1.

§ 82. 1. BayObLG. **9** 497, BayRpflZ. **09** 25, DJZ. **09** 1391. Gegenüber dem rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusse kann der Ersteher nicht Irrtum über die Bedeutung von Versteigerungsbedingungen und über den Inhalt seiner Erklärungen geltend machen (ausführlicher s. § 50 Ziff. 1!).

2. NaumburgAK. **09** 42 (Naumburg). Der Ausschluß von Zubehör aus der ZwV. muß im Zuschlagsbeschlusse — nicht bloß in den Versteigerungsbedingungen — ausgesprochen werden.

3. Ausschluß von Sachen § 90 Ziff. 5, 6.

§ 83. 1. R. **09** Ziff. 1040 (Stuttgart). Im Beschwerdeverfahren ist — und zwar auch dann, wenn das ZwVVerfahren inzwischen gänzlich durchgeführt ist und der Ersteher die Liegenschaft weiterveräußert hat — der Zuschlagsbeschluß aufzuheben und der Zuschlag zu versagen, wenn der Vollstreckungsschuldner schon zur Zeit der Einleitung des ZwVVerfahrens geschäftsunfähig war und demgemäß die Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses an ihn mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgen konnte.

2. SächsOLG. **30** 339, OLG. **19** 195, R. **09** Ziff. 3178 (Dresden). Der Beschluß auf Versagung des Zuschlags unterliegt nicht der Einwendung (§ 766 ZPO.), sondern der sofortigen Beschwerde (§ 96).

3. Voß, Das „Gesamtergebnis" der Einzelausgebote im § 83 Ziff. 3 ZVG., ZBlFG. **9** 773, führt, zum Teil gegen v. d. Pfordten, BayNotZ. **04** 251, folgendes Wesentliche aus: a) Durch § 64 wird der in §§ 44, 52 anerkannte Deckungsgrundsatz zum Nachteile der vorgehenden Gesamthypothek durchbrochen. Allein es werden dadurch nur deren prozeßrechtliche Wirkungen zugunsten des betreibenden Gläubigers auf dessen Antrag außer Kraft gesetzt. b) Durch das Gegenmittel des § 64 Abs. 2 soll es aber dem Gesamthypothekar ermöglicht werden, die bedrohte Hypothek völlig aus dem Grundstücke herauszuziehen. Das geringste Gebot wird so bemessen, als wenn der Gesamthypothekar zum Beitritte zugelassen wäre (§ 27). Um aber zu verhüten, daß der Zuschlag ohne Deckung der Gesamthypothek und der ihr gleich- oder nachstehenden Rechte erfolgt, ist § 83 Ziff. 3 gegeben. Hierdurch werden die auf Grund des Gegenantrags erfolgten Gebote nicht nachträglich für unzulässig erklärt, es wird ihnen nur die regelmäßige Meistgebotswirkung entzogen. Dabei rechtfertigt sich die Zusammenwerfung der Einzelgebote sachlich dadurch, daß es dem Gesamtgläubiger, der seine Hypothek gegen Barzahlung aufgibt, unter den fraglichen Umständen gleichgültig ist, woraus er bezahlt wird. — Erst durch die dem Richter im § 83 Ziff. 3 für den Fall der Deckung der betreffenden Rechte gegebene Zuschlagsbefugnis wird das Wahlrecht des Gesamtgläubigers zwar nicht völlig beseitigt, aber auf den nach Berücksichtigung der Zwischenberechtigten verbleibenden Gesamterlös beschränkt. Ob und inwieweit es bestehen bleibt, das hängt von dem Umfange der durch die Einzelmeistgebote für den Gesamtgläubiger gewährten Gesamtdeckung ab. Nicht erforderlich ist, daß sämtliche Einzelerlöse zur Deckung des Gesamtgläubigers beitragen. c) In Form von Spezialmassen wird hier nicht verteilt. Der Gesamtgläubiger kann sein Recht nach dem im § 122 angezogenen § 1132 Abs. 1 BGB. nur insoweit ausüben, als ihm das nach Abzug der Zwischenrechte verbleibende Gesamtergebnis der Einzelausgebote Spielraum gewährt. Macht er davon keinen Gebrauch, so ist bei jedem einzelnen Grundstücke nur ein nach dem Verhältnisse der Erlöse zu bestimmender Betrag in den Teilungsplan aufzunehmen. Unterbleibt die Zahlung eines einzelnen dem Gesamtgläubiger zugeteilten Betrags, so ist — unter Planänderung — der Anspruch bei jedem Grundstück in Höhe dieses Betrags aufzunehmen (§ 118 Abs. 1, Zahlenbeispiel). Im all-

gemeinen gilt auch für §§ 64 Abs. 2 und 83 Ziff. 3 die Regel der §§ 122, 123. d) Der Subhastat kann durch Teilbefriedigung des Gläubigers Teil-Gesamtgrundschuld oder Hypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1143 Abs. 1 BGB. erwerben. (Wird näher ausgeführt.)

4. Einzelfälle §§ 71 Ziff. 1, 43 Ziff. 1, 55 Ziff. 7, 29 Ziff. 1. Irrtum § 82 Ziff. 1. Unwirksames Meistgebot § 72 Ziff. 1.

§ 84. 1. Rost, DJZ. **09** 1384. Zwischen Versteigerungs- und Zuschlagsverkündungstermin ergab sich, daß das bisherige Verfahren wegen Nichtumschreibung des Vollstreckungstitels gegen den derzeitigen Eigentümer mangelhaft sei. Nun trat der Gläubiger, der bisher die ZwV. nur wegen Zinsen betrieben hatte, ihr wegen des Kapitals auf Grund richtigen Vollstreckungstitels bei, der Zulassungsbeschluß konnte dem Subhastaten noch vor dem Verkündungstermine zugestellt werden und in diesem genehmigte der Subhastat das Verfahren, das dadurch geheilt worden ist. Denn andere Beteiligte waren nach § 100 nicht beschwerdeberechtigt, da sich das geringste Gebot nach § 44 Abs. 2 nicht änderte.

2. Heilung von Ladungsmängeln § 41 Ziff. 4. Anerben- und Ansiedelungsrecht § 28 Ziff. 4.

Vorbemerkung: Von dem an schwere Bedingungen geknüpften Rechtsbehelfe des § 85 gegen zu niedrige Versteigerungserlöse wird wohl nie, oder nur äußerst selten Gebrauch gemacht. Wenigstens sind einschlagende gerichtliche Entscheidungen darüber bisher nicht veröffentlicht worden. Aber der Mißstand — oft bei weitem — nicht wertentsprechender Erlöse nimmt eher zu als ab.

§ 85. 1. Giese, DJZ. **09** 263, macht zur Vermeidung der ungerechten Weiterhaftung der persönlichen Schuldner für die bei niedrigem Meistgebote scheinbar ausgefallenen, in Wirklichkeit aber durch den Grundstückswert gedeckten, Schuldbeträge den Vorschlag, gemäß § 124 Abs. 1 PrGKG. den wahren Wert des Grundstücks feststellen und nach der ZwV. die persönlichen Schuldner nur für die nicht innerhalb dieses letzteren Wertes fallenden Beträge weiter haften zu lassen. ➠ Zuverlässige Schätzung wäre wohl noch besser als Berechnung nach den bald veraltenden Grund- und Gebäudesteuernutzungswerten. Aber, sofern man nicht schon jetzt nach § 1113 BGB. annehmen darf, daß der Gläubigerersteher aus dem Grundstücke durch dessen wahren Wert befriedigt ist, wird nur die Gesetzgebung dem schreienden Mißstand etwa durch die Bestimmung abhelfen können, daß das geringste Gebot auf 80 oder 85 pCt. des Schätzungswerts festgesetzt wird, oder besser, daß jeder, dem als persönlichem Schuldner, Bürgen rc. daran liegt, sich insoweit befreien kann, als er Befriedigung des Gläubigers durch den wahren Grundstückswert nachweist. Gegen Giese kämpft übrigens Kleemann, DJZ. **09** 484, der wegen des „Risikos" des Erstehers diesem den Gewinn und die persönliche Forderung zugleich belassen will. Die Frage wird dem Vernehmen nach auch den nächsten Juristentag beschäftigen. Red. ⟵

2. BadNotZ. **09** 186. Im Jahre 1908 wurden in Baden Grundstücke mit einem Schätzungswerte von 28,3 Millionen M. und einem Erlöse von 22,6 Millionen M. zwangsversteigert.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2907. Der Ersteher A. eines ursprünglich ihm gehörigen, dann durch verschiedene Hände gegangenen Grundstücks hatte nach Vereinbarung mit der Hypothekengläubigerin B., der er noch persönlich haftete, deren Hypothek zu 45 000 M. nicht ausgeboten, aber nach erlangtem Zuschlage neu eintragen lassen. Er nahm wegen dieser angeblichen Aufwendung seinen Rückgriff gegen seine frühere Abkäuferin C., die ihm vergleichsweise 20 000 M. zahlte. Die C. verlangte ihrerseits die 20 000 M. von ihrem, ihr persönlich haftenden, Abkäufer D. ersetzt, wurde aber abgewiesen, weil sie den durch Erwerb des Grundstücks unter seinem Werte schon

befriedigten A. nicht hätte abzufinden brauchen (JDR. **5** § 85 Ziff. 4). Nunmehr focht die C. dem A. gegenüber den Vergleich zu 20 000 M. wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Das sie abweisende Urteil des OLG. wurde aufgehoben, weil A. beim Vergleiche durch Verschweigen seiner Deckung aus dem Grundstück arglistig gehandelt haben würde und es nur noch darauf ankomme, ob die C. in Kenntnis dieser Sachlage auf den Vergleich eingegangen wäre.

4. Verträge über Bieten s. §§ 66, 91.

§ 86. Unwirksames Meistgebot § 72 Ziff. 1.

§ 87. Rechtsmittel § 83 Ziff. 2.

§ 90. 1. **RG. 70** 200, DJZ. **09** 490, R. **09** Ziff. 793, 903 ff. Der auf der Grenze der beiden Grundstücke errichtete Neubau ist dadurch, daß demnächst in der ZwV. der Kläger das eine, der Beklagte das andere Grundstück erworben hat, nicht zum Miteigentume geworden. Vielmehr hat jede der Parteien mit dem zugeschlagenen Grundstück auch den darauf stehenden Teil des Neubaues als wesentlichen Bestandteil des betr. Grundstücks gemäß § 94 Abs. 1, § 946 BGB. erworben (GruchotsBeitr. **45** 1018, **RG. 53** 311, **65** 363). Wenn Beklagter seinen Gebäudeteil abbrechen will, kann der Kläger dies zwar nicht — auch nicht wegen der gerade auf der Grenze stehenden T-Träger, Steine ꝛc. — verbieten, da § 921 BGB. keine Anwendung findet, er kann auch nicht auf V o r n a h m e von Stützungs- und Sicherungsmaßregeln, etwa aus §§ 908, 909, wohl aber gemäß § 823 BGB., § 367 Ziff. 14 StGB. auf die Feststellung klagen, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber verpflichtet ist, die zur Verhütung des Einsturzes seines Gebäudeteils erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen.

2. L u d o w i e g, JW. **09** 94, bekämpft **RG. 69** 247 (JDR. **7** § 90 Ziff. 7), wonach Bergschadensansprüche auf den Ersteher mitübergehen; er ist der Meinung, daß diese Rechtsansicht der Erzielung angemessener Erlöse hinderlich sei und daß die Artt. 52, 53 EGBGB. nicht die Hypothek auf den Entschädigungsanspruch „erstrecken". ➻ Gegen ihn G r u n d m a n n, JW. **09** 307. Red. ⟵

3. **RG.** R. **09** Ziff. 1041, BayRpflZ. **09** 168. Die Klägerin betrieb für vollstreckbare 8356,40 M. von ihrer Sicherungshypothek zu 24 215,90 M. die ZwV., wurde Ersteherin, kam mit 8356,40 M. zur Hebung, fiel aber mit mehr als 5000 M. aus und verlangt von der Beklagten Schadensersatz zu 5000 M., weil diese nach Zustellung des die ZwV. anordnenden Beschlusses ein zum Grundstücke gehöriges Lichtleitungsnetz für 5000 M. von der Subhastatin gekauft und einige Wochen vor dem Versteigerungstermine weggeschafft habe. Die Klage wurde in drei Instanzen abgewiesen, weil die Beklagte nichts vom Werte des Grundstücks und dessen Hypothekverhältnissen wußte, die erfolgte Beschlagnahme nach GruchotsBeitr. **48** 348 nicht ausschlaggebend sei und weil auf §§ 826, 1121 BGB., 20, 23 ZVG. die Klage nicht gestützt werden könne. Denn die Klägerin sei mit ihrer vollstreckbaren Forderung befriedigt, habe mit dem Zuschlag alles erhalten, worauf sich — § 90 — die ZwV. erstreckte und einen Anspruch auf E r w e r b des zur Zeit des Zuschlags nicht mehr als selbständige körperliche Sache bestehenden Leitungsnetzes nicht gehabt.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 843. Es ist an der Rechtsprechung (GruchotsBeitr. **46** 1155, **RG. 61** 193) festzuhalten, daß die über rechtliche Beziehungen hinausgehenden Angaben tatsächlicher Art im Grundbuch und Kataster für den Umfang eines Zuschlags in der ZwV. (besonders bei Zuschlag mehrerer Grundstücke desselben Schuldners an verschiedene Ersteher) nicht immer maßgebend sind. Dies muß insbesondere dann gelten, wenn sich die Katasterangaben selbst widersprechen.

5. H e n l e, R. **09** 382, führt gegen O b e r n e c k, RG. und BayObLG. aus: a) daß es zulässig sein muß, auf Grund besonderer Versteigerungsbedingung wesentliche Bestandteile vom Zuschlag auszunehmen und hierdurch den Ersteher zu deren Herausgabe zu verpflichten; b) daß ähnlich dem Ersteher (entgegen GruchotsBeitr.

46 1035) auch ein Recht auf Zubehörstücke abzusprechen ist, die einem, ihm als solchen bekannten, Dritteigentümer beim Zuschlage vorbehalten worden sind.

6. **RG.** R. **09** Ziff. 2506. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. werden wesentliche Bestandteile des Grundstücks von dem Zuschlage mitergriffen, auch dann, wenn der Zuschlagsbeschluß ausdrücklich eine gegenteilige Bestimmung enthält. Im gegebenen Falle wollte übrigens das Vollstreckungsgericht eine persönliche Herausgabeverpflichtung des Erstehers nur zugunsten dessen begründen, der im Widerspruchsprozeß obsiegen würde und das ist hier der Ersteher selbst.

7. **RG.** ZBlFG. **10** 387, PosMSchr. **09** 178, JW. **09** 701. Nach feststehender Rechtsprechung erwirbt der Ersteher ohne Rücksicht auf seinen Willen und guten Glauben die aus dem Grundbuch und der Versteigerungsbekanntmachung ersichtlichen Flächen des Grundstücks. Nur bei sog. Doppelfolien mag vielleicht mit **RG. 11** 275 eine Ausnahme zugelassen werden. Diesem Falle kann aber nicht der andere gleichgestellt werden, daß die betreffende Fläche im b u c h u n g s f r e i e n Gemeindeeigentume bis zur ZwV. stand. Allerdings aber ist in vorliegender Streitsache noch nicht genügend untersucht, ob aus der Versteigerungsbekanntmachung genügend erkennbar gewesen ist, daß mit dem zur ZwV. gestellten Grundbesitz auch die von den anderen dazu gehörigen Flächen, auch den als „Garten" und „Wiese" bezeichneten, völlig getrennt liegende streitige Baulandparzelle getroffen war.

8. OLG. **19** 192, HansGZ. **09** Beibl. 291, R. **09** Ziff. 3113 (Hamburg). Der Ersteher ist Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 265, 266, 325 Abs. 3 ZPO. in einem über eine dingliche Hypothekenzinsklage schwebenden Rechtsstreit und zwar — bei noch nicht rechtskräftig entschiedener Sache — auch dann, wenn der Kläger im ZwV.-Verfahren nicht entsprechend angemeldet hatte.

9. SeuffA. **64** 456 (Königsberg). Nach den Satzungen der Sparkasse hat nicht der jeweilige Grundstückseigentümer Anspruch auf die angesammelten Amortisationsraten, sondern der Schuldner, der sie gezahlt hat. Selbst wenn aber die Satzungen eine Bindung jenes Anspruchs an das Grundstückseigentum beabsichtigt hätten, würde dies doch nicht dinglich wirken und — sofern nicht § 1179 BGB. angewendet — die Entstehung der Eigentümerhypothek für den Schuldner, der die Amortisationsbeträge gezahlt hat, nicht hindern können. Der Amortisationsfonds ist daher nicht auf den Ersteher mitübergegangen. — Die mit Gesetzeskraft ausgestatteten abweichenden Vorschriften preuß. landschaftlicher Kreditanstalten können auf andere Kreditanstalten nicht übertragen werden.

10. **RG. 72** 269, JW. **10** 60, R. **10** Ziff. 337, 371 ff. Der frühere Eigentümer der Flurnummern 681 und 665 hatte darauf die Häuser Nr. 5 und 7 errichtet und zu Nr. 7 einen 2 m breiten Grenzstreifen von Flur-Nr. 681 mitverwendet. Bei späteren gesonderten ZwV. erstand der Kläger Nr. 5, der Beklagte Nr. 7. Die Klage auf den Grenzstreifen und auf Räumung desselben und des Überbaues usw. wurde in den beiden ersten Rechtszügen abgewiesen, das RG. hob aber, im wesentlichen aus folgenden Gründen, auf: Bei dem Erwerbe durch ZwV. entscheidet lediglich die Bekanntmachung und der Zuschlagsbeschluß über den Gegenstand, nicht aber der gute oder der böse Glaube des Erstehers (**RG. 45** 285, GruchotsBeitr. **44** 1007, JW. **09** 701). Nicht der Überbau und die Gebäudesteuerrolle, sondern die Grundfläche, das Flurbuch, ist maßgebend (**RG. 18** 278, GruchotsBeitr. **42** 525). Nur wenn die Grenzangaben im Kataster unrichtig sind, können die Bauten als Beweisgründe in Betracht kommen (GruchotsBeitr. **53** 843). Wenn somit der Kläger den bestrittenen Grenzstreifen miterstanden hat, so folgt daraus nicht ohne weiteres auch sein Eigentum an dem über dem Grenzstreifen befindlichen Gebäudeteile (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB., **RG. 65** 363, **70** 200, **61** 193, JW. **06** 417). Es ist anzunehmen, daß der frühere Eigentümer das Haus Nr. 7 nur für das Grundstück Flur-Nr. 665 errichten wollte. Dann müßte der Be-

klagte, da ihn § 912 BGB. nicht schützt (**RG. 65** 361), den Überbau beseitigen, wenn nicht im gegebenen Falle nach den noch fortwirkenden Artt. 690 ff. code civil eine Grundgerechtigkeit zugunsten des Überbaues durch Bestimmung des Eigentümers feststünde. Da solche gegeben, muß der Kläger, obwohl Eigentümer des bestrittenen Streifens, den Überbau dulden und ist vom OLG. nur noch festzustellen, ob etwa auch das unüberbaute Hinterland des Streifens durch sichtbare Anlagen (Art. 689 code civil) vor dem 1. Januar 1900 dem Grundstücke Flur-Nr. 665 dienstbar gemacht worden ist. — Zu Schadensersatzleistung ist der Beklagte als gutgläubiger Besitzer auch des unbebauten Teiles des Streifens keinesfalls verpflichtet, ebensowenig natürlich zur Zahlung einer Überbaurente.

11. Rechtskräftiger Zuschlagsbeschluß nicht mehr anfechtbar § 50 Ziff. 1. — Unwirtschaftliche Verfügung § 23 Ziff. 1. — Schadensersatzklage des ZwVSchuldners § 24. — ElsLothr. Enteignung § 130 Ziff. 3. — Ausschluß von Zubehör § 82 Ziff. 2. — S. im allgemeinen auch §§ 20, 37, 55, 65.

Vorbemerkung: Die immer häufiger werdenden Abmachungen, daß Hypotheken durch die ZwV. erlöschen, vom Ersteher aber wieder neu bestellt werden sollen, tragen das ihre zur Vermehrung niedriger Scheinerlöse bei. Wie sich unten aus § 91 Ziff. 5, 7 und aus § 66 Ziff. 6 oben ergibt, können sie von der Rechtsprechung grundsätzlich nicht beanstandet werden. Die preuß. Staatskasse ist nun gegen sie geschützt (s. § 91 Ziff. 8 unten). Auch die anderen Einzelstaaten werden ähnliche Steuerbestimmungen haben oder anstreben. Sofern auch der persönliche Schuldner und dessen Haftungsgenossen gegen Ausfallsklagen sich durch die Arglisteinrede sichern könnten (vgl. § 85 Ziff. 3), was aber kaum schon allgemein angenommen wird, könnte man sich beruhigen.

§ 91. 1. **RG. 70** 411, JW. **09** 286, R. **09** Ziff. 1377—1379. Der § 91 bezieht sich dem Wortlaute nach nur auf das Erlöschen oder Bestehenbleiben des dinglichen Rechtes, er spricht nicht von einer Übernahme der Schuld; die Vorschrift des § 53 läßt sich hierher nicht übertragen. Läßt man aber auch dahingestellt, ob nach § 91 Abs. 2 ohne weiteres auch die persönliche Haftung auf den Ersteher mitübergeht, so kann dies doch bei hierauf gerichteter Willensmeinung der Beteiligten unbedenklich angenommen werden. Auch eine Vereinbarung, daß der bisherige Bürge für die vom Ersteher übernommene persönliche Schuld weiterhafte, ist zulässig, sie ist auch formfrei. Einer solchen Vereinbarung steht auch Abs. 3 Satz 2 § 91 nicht im Wege (vgl. § 418 Abs. 1 Satz 3 BGB.).

2. DJZ. **09** 832 (Karlsruhe). Der Nachbar, auf dessen Grund der Angrenzer die Hälfte einer Mauer gutgläubig hinübergebaut hat, wird infolge der Ausnahmebestimmung des § 912 BGB. nicht Eigentümer der Mauerhälfte; wird ihm sein Grundstück zwangsweise versteigert, so erwirbt auch der Ersteher diese Mauerhälfte nicht nach § 91 Abs. 1.

3. Rothmann, DJZ. **09** 823. Trotz mancher entgegenstehenden Erwägungen wird dahin zu entscheiden sein, daß der für den Mündel erstehende Vormund gerichtlicher Genehmigung zu einer Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 bedarf, weil die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit dabei vorliegt (§ 1822 Ziff. 10 BGB.).

4. Seligsohn, ZBlFG. **10** 200. Entgegen der Meinung vieler ist nach dem Inhalt und der Fassung des § 91 Abs. 2, nach seinem Zusammenhange mit den übrigen Vorschriften des ZVG. (z. B. §§ 112, 113) und nach der Entstehungsgeschichte anzunehmen, daß sich der § 91 Abs. 2 nur auf zur Hebung kommende Rechte bezieht.

5. ➻ **RG.** 18. 11. 09. Eine Vereinbarung über Erlöschenlassen von Hypotheken und deren Neueintragung nach dem Zuschlage wurde hinsichtlich ihrer Klagbarkeit nicht beanstandet. Red. ⟵

6. ➻ **RG. R. 10** Ziff. **311.** Durch die zwischen dem Kläger und dem Beklagten getroffene nicht formbedürftige Vereinbarung, ihre beiderseitigen Hypotheken mittels

Ersteigerung des Grundstücks zu retten, war ein Gesellschaftsverhältnis (§ 705 BGB.) entstanden, dem der Kläger nicht dadurch entgegenhandeln darf, daß er jetzt das von ihm in der ZwV. erstandene Grundstück nicht als gemeinschaftliches behandelt, sondern als sein ausschließliches Eigentum und die ihm an sich zustehende Ausfallsforderung gegen den Beklagten (als ursprünglichen persönlichen Schuldner) geltend macht. Red. ←

7. → **RG.** 18. 12. 09. Ein Vertrag über Erlöschenlassen einer Hypothek und deren Neueintragung durch den Ersteher verstößt dann weder gegen die PrVO. v. 14. Juli 1797, noch gegen die guten Sitten, wenn feststeht, daß ohne Vertragsabschluß das Versteigerungsergebnis auch kein anderes geworden wäre, wenn also durch den Vertrag niemand geschädigt worden ist. — War bei jenem Abkommen der Bietungspflichtige anfangs über die Höhe der Zinsrückstände getäuscht worden, hat er diese aber im Versteigerungstermine noch rechtzeitig erfahren, so bestätigt er durch sein Meistgebot den anfechtbaren Vertrag (§ 144 BGB.) und kann ihn nicht mehr wegen arglistiger Täuschung oder Irrtums anfechten. Red. ←

8. Sontag, PrVerwBl. **30** 486, bespricht jene die Stempelansprüche der preuß. Staatskasse schädigenden Verträge über Erlöschenlassen und Neueintragung von Hypotheken (Ziff. 5, 7 vorstehend, § 66 Ziff. 6), wodurch schon Grundstücke im Werte von 75 000 M. für 400—500 M. zum Zuschlage gekommen seien; er erwartet Abhilfe von dem neuen PrStStG. (v. 26. Juni 1909) Tariffst. 32 Abs. 2 Ziff. 2.

9. Schuldentlassung §§ 53 Ziff. 1, 16 Ziff. 1. Altrechtliche Dienstbarkeiten § 130 Ziff. 2.

§ 92. *Wolf, WürttJ. **21** 130. Ist Gegenstand der Versteigerung ein Grundstücksbruchteil, so entscheidet der Charakter des auf dem ganzen Grundstücke lastenden Rechtes, ob sein voller Wert oder eine dem versteigerten Bruchteil entsprechende Quote aus dem Versteigerungserlös entnommen wird (s. auch §§ 1 Ziff. 1, 51 Ziff. 1, 64 Ziff. 2).

§ 93. 1. BayRpflZ. **09** 114 (München). Die bisherige Wohnungsberechtigte erhob gegen die vom LG. gegen sie gemäß § 576 Abs. 2 ZPO. angeordnete Räumungsklausel Beschwerde zum OLG., weil die Klauselerteilung nach § 9 Abs. 2 EGZVG. und überhaupt ungerechtfertigt sei. Das OLG. hielt aber diese weitere Beschwerde nach § 93 Abs. 1 Satz 3, in zweiter Reihe nach § 567 ZPO. für unzulässig.

2. Dümchen, JheringsJ. **18** 463. Zwangsvollstreckung kann der Eigentümer für die gesetzlich nach § 889 BGB. mögliche Eigentümerreallast nicht betreiben. Doch wird sein Recht bei der von einem anderen eingeleiteten Vollstreckung berücksichtigt. Erlischt es durch ZwV., wird es aber durch den Erlös gedeckt, so erhält er Wertsersatz.

3. Verwendungen §§ 9 Ziff. 2, 10 Ziff. 5, 10.

§ 94. HansGZ. **09** Beibl. 46 (AG. Hamburg). Aus dem Bargebote des beklagten Erstehers sollte die Hypothek des Klägers gedeckt werden. Als der Beklagte darauf in Konkurs geriet, beantragte der Kläger ZwVerw. nach § 94. Die dafür entstandenen 79 M. Kosten wurden voll (trotz Zwangsvergleichs zu 30 pCt.) eingeklagt und auch voll (nicht bloß zu 30 pCt.) zugesprochen, weil die Kostenforderung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht im Sinne des § 193, 3 KO. begründet war.

VII. Beschwerde.

§ 95. Zuerst Erinnerungen? §§ 15 Ziff. 3, 16 Ziff. 8 f. — Beschwerde und Klage § 15 Ziff. 4. — Beschwerde gegen das Grundbuchamt § 130 Ziff. 6. — Beschwerde gegen ZwVerw. § 146 Ziff. 5.

§ 96. 1. OLG **19** 196 (Colmar). Zur Geltendmachung der angeblichen (auf Behinderung des Notars nach § 41 Ziff. 1 ZPO. gestützten) Nichtigkeit des Zuschlags war der Klageweg überhaupt nicht gegeben, sondern nur die Beschwerde gegen den Zuschlag, die bei gegebenen Voraussetzungen der Nichtigkeits- oder Restitutions-

klage auch nach Ablauf der zweiwöchigen Notfrist erhoben werden kann. — Über den Zuschlagsbeschluß des elf-loth. Notars ist aber zuerst amtsgerichtliche Entscheidung nachzusuchen, gegen die erst vorerwähnte Beschwerde Platz greift.

2. Beschwerdefälle § 83. — Beschwerde gegen das Grundbuchamt § 130 Ziff. 6. — Gegen Vollstreckbarkeit § 118 Ziff. 3.

§ 99. Beschwerdeverbindung § 15 Ziff. 4.

§ 100. Geschäftsunfähiger Schuldner § 83 Ziff. 1. — Heilung § 84 Ziff. 1.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 105. 1. Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. Juni 1909, SeuffBl. **09** 658 ff., bespricht die im allgemeinen nach Grundsätzen des ZVG. erfolgende Verteilung der für die Bauforderungen hinterlegten Sicherheiten und die abweichenden Bestimmungen des erstbezeichneten Gesetzes über Anmeldung und Widerspruch, ferner 661 die ZwV. des Baustellengrundstücks, die hierfür vorgeschriebene Zeit des Versteigerungsterimns (§ 38 BauSichG.), die Nichtnotwendigkeit wiederholter Anmeldung der Baugläubiger (§ 37 daselbst) und die Wirksamkeit des Urteils über einen begründeten Widerspruch für alle Baugläubiger (§ 40 daselbst).

2. Teilung bei TV. s. § 180 und Vorbem. dazu,

§ 107. 1. **RG. 71** 179. Bei Pfändung des auf eine Eigentümergrundschuld treffenden Erlösanteils ist Briefwegnahme nicht nötig. — Auslegung dahingehend ist möglich, daß die zunächst nur die Eigentümergrundschuld benennende Pfändung sich zugleich auf den Erlösanteil erstrecke. — Der Ersteher kann mit seiner Forderung nicht gegen Erlösanteile, die auf Eigentümergrundschulden des ZwVSchuldners entfallen, aufrechnen. — Die Vorpfändung von Eigentümer-Grundschulden und darauf treffenden Erlösanteilen ist nach § 845 ZPO. auch dann zulässig, wenn noch keine auf die derzeitigen Schuldner und Gläubiger gestellte vollstreckbare Ausfertigung vorliegt.

2. Schüller, R. **09** 639. Gegen Reinhardt und Wolff ist die Zulässigkeit einer Aufrechnung des Erstehers mit der Forderung aus seinem Realrecht an sich zu verneinen, da das ZVG. nur Befriedigung durch gerichtliche Teilung kennt. Gleichwohl ist die sog. Aufrechnungserklärung des Erstehers nicht unbeachtlich. Doch empfiehlt es sich, daß der ZwVRichter die Minderung der Ersteherschuld und die Befriedigung des Berechtigten zum betreffenden Betrag ausdrücklich feststelle. Noch besser ist es, diesen Betrag zu übertragen und zwar im Falle eines Widerspruchs bedingt sowohl dem Widersprechenden als dem erstehenden Gläubiger.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 2836. Die vertragliche Verpflichtung des Eigentümers, eine ihm erwachsende Eigentümergrundschuld an einen Nachhypothekar abzutreten, steht der Rechtswirksamkeit der Pfändung des aus dieser Eigentümergrundschuld erwachsenen Anspruchs auf den Versteigerungserlös nicht im Wege.

4. ElsLothNotZ **09** 119 (LG. Straßburg). Wenn der in einem ZwVVerfahren dem Schuldner verbleibende Überschuß von einem Gläubiger gegen den Ersteher und von dem anderen Gläubiger gegen den Versteigerungsbeamten gepfändet ist, so muß nach Hinterlegung des Betrags auf Grund der Anzeige des Versteigerungsbeamten das zuständige Amtsgericht das Verteilungsverfahren vornehmen.

5. HessRspr. **10** 92 (LG. Mainz). Erlöspfändungen, nach Zuschlag erfolgt, sind nicht ins Grundbuch einzutragen. Doch geschehene Eintragung hat keine Bedeutung.

6. Keine Erlöspfändung vor Zuschlag § 115 Ziff. 4.

§ 109. 1. BadRpr. **09** 181. Die badische Steuerdirektion ist der Meinung, daß bei Berechnung der Gebühren für das Verteilungsverfahren nach §§ 139, 141 BadKG. das Bargebot samt Zinsen, die nach § 125 zu zahlenden Beträge und die bestehen bleibenden und übernommenen Rechte (§§ 52, 53) zugrunde zu legen seien.

→ Vgl. aber Unterscheidung Öfterdings daselbst 234 zwischen vor und im Teilungstermin übernommenen Rechten. Red. ←

2. Kostenwesen s. auch §§ 10, 56, 58!

§ 110. 1. KGBl. **09** 106 (KG.). Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß der Rechtsnachteil nach §§ 37 Ziff. 4 und 110 nur ein auf das Verteilungsverfahren als solches beschränkter, also provisorischer sei, vielmehr ist er endgültig, so daß der Beteiligte seinen Vorrang (z. B. für nicht angemeldete Zinsen) gänzlich verliert und nicht nachträglich Bereicherungsklage deswegen erheben kann.

2. Verspätete Berichtigung § 115 Ziff. 25.

§ 111. Ausnahme § 57 Ziff. 3.

§ 112. S. §§ 64 und 83 Ziff. 3.

§ 115. 1. *Schneider, BayRpflZ. **09** 2, bespricht das Eintreten neben die Schuld eines anderen, auch soweit es durch Hypothekrangrücktritt und Verzicht auf Anmeldung zur ZwV. geschieht, und gibt (37) Zahlenbeispiele für die Ausgleichung mehrerer Interzedenten unter sich, wenn sie bei der ZwV. gegen den Hauptschuldner, für den sie eintraten, ganz oder teilweise ausgefallen sind.

2. **RG. 70** 112, WürttZ. **09** 339, HessRspr. **10** 69, JW. **09** 81, R. **09** Ziff. 566. Ein Urteil **RG. 47** 216 spricht aus, daß die Anfechtung nach dem AnfG. weder die Nichtigkeit noch das Erlöschen der angefochtenen Hypothek zur Folge habe und daß deshalb für ein Aufrücken der Zwischenhypothek kein Raum sei. Nicht anders ist der besondere Fall zu beurteilen, wenn an I. Stelle die angefochtene Hypothek des Beklagten, an II. Stelle eine nicht angefochtene Hypothek desselben, an III. Stelle die Hypothek des Anfechtungsklägers steht. Letzterer braucht also das, was er an Stelle der angefochtenen ersten Hypothek aus dem Versteigerungserlös erlangt, nicht dem Beklagten für dessen II. Hypothek zu überlassen.

3. **RG.** JW. **09** 142, R. **09** Ziff. 888, 889. Den beklagten Verteilungsrichter trifft kein Verschulden deswegen, daß er nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils und eines Berichtigungsbeschlusses hierzu unter Berücksichtigung deren Inhalts sowie neu hervorgetretener Umstände im neuen Teilungstermine, wozu der Kläger geladen, aber nicht erschienen war, einen neuen veränderten Teilungsplan unter Zustimmung aller Erschienenen aufstellte und ausführte. Die hierdurch etwa erlittenen Nachteile hat sich der Kläger durch sein Ausbleiben selbst zugezogen.

4. **RG. 70** 278, WürttZ. **09** 242, BankA. **8** 334, DNotV. **09** 408, JW. **09** 167, DJZ. **09** 546, R. **09** Ziff. 1025 ff., 1042. In einem Falle, da das ZwVGericht nach einem inmitteliegenden prozeßgerichtlichen Urteil über einen Teil des bestrittenen Hinterlegungsbetrags einen zweiten Teilungsplan, der abermals bekämpft wurde, aufgestellt hatte, wurde unter anderem folgendes ausgesprochen: Allerdings hat das Vollstreckungsgericht in beiden Teilungsverhandlungen nicht gemäß § 124 Abs. 1 bestimmt, wie der streitige Betrag verteilt werden solle, wenn der Widerspruch für begründet erklärt werde. Abs. 1, 2, 3 des § 124 in Verbindung mit § 120 enthalten aber nur eine Verfahrensanweisung, deren Nichtbeobachtung nicht bewirkt, daß ein Teilungsplan mit seinen gesetzlichen Folgen nicht als bestehend gilt. Ist die Eventualverteilung unterblieben, so wird für den durch diese Unterlassung allein betroffenen Fall, daß die Widerspruchsklage erhoben und der Widerspruch für begründet erklärt ist, gemäß § 115 ZVG., § 880 ZPO. vom Prozeßgerichte durch die Bestimmung, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Teil der Masse auszuzahlen sei, zugleich die Zuweisung an den mit Erfolg Widersprechenden nachgeholt. Die Kläger haben nach §§ 878, 879 ZPO. fristgemäß und bei dem zuständigen Gerichte Widerspruchsklage erhoben. Diese ist trotz bestehender Zweifel darüber, ob ihnen die Rolle der Widersprechenden zukam, zulässig und begründet, zwar nicht auf Grund der (brieflosen und daher unwirksamen) Übertragung der Eigentümergrundschuld des Subhastaten an sie vom 13. August 1903, wohl aber deswegen, weil ihnen der

letztere am 11. Oktober 1906 nach dem Zuschlage den auf seine erloschene Eigentümergrundschuld treffenden Erlösanteil gültig abgetreten hat. Dagegen muß die vom Beklagten vorgelegte, bereits vor dem Zuschlag erfolgte Pfändung des zukünftigen Anspruchs auf den Versteigerungserlös für unwirksam erachtet werden. Man kann bei Bestehen der Hypothek das in ihr liegende Recht auf einen etwaigen künftigen Versteigerungserlös nicht abtrennen und selbständig pfänden. Pfändung vor Zuschlag muß immer in den Formen der Hypothekpfändung geschehen.

5. **RG.** ZBlFG. **10** 248, R. **09** Ziff. 1363. Es ist zwar richtig, daß für die Durchführung des Rechtsstreits nach § 878 Abs. 1 ZPO. nicht unter allen Umständen die Bestimmung und Einhaltung der Parteirollen erforderlich ist (**RG. 52** 336). Immerhin muß aber, wenn der § 878 streng angewendet werden soll, schon um der schwereren Beweispflicht des Angreifenden wegen, sich klar ergeben, wer als Liquidant und wer als widersprechender Realgläubiger anzusehen ist. Wäre — wie möglich — die Klägerin auf Grund ihrer früheren (allerdings unwirksamen) Pfändung der Eigentümergrundschuld, welche Pfändung mit Überweisung ja auch Rechtsnachfolge begründet, vom ZwVRichter vor dem Beklagten, als Zessionar jener Eigentümergrundschuld, eingesetzt worden, dann hätte sie sich auf Abwehr des Widerspruchs des Beklagten mittels der Anfechtungseinrede (GruchotsBeitr. **50** 1170) beschränken können, auf ihre spätere, nach dem Teilungstermin erwirkte Erlöspfändung gar nicht Bezug zu nehmen brauchen. Beim Mangel eines regelrechten Abschlusses des Verteilungsverfahrens ist die gegenwärtige Klage eine außerhalb des Verteilungsverfahrens fallende, nach § 878 Abs. 2 ZPO. zulässige, wobei sich die Klägerin nicht als Realberechtigte unbedingt ausweisen muß, sondern auch obligatorische Rechte, hier Anfechtungsrechte, geltend machen kann und damit muß sie bei deren nachgewiesenen Voraussetzungen siegen.

6. ➸ **RG.** 10. 2. 09. Der nacheingetragene Vormerkungsberechtigte kann seinen Widerspruch gegen die vorgehende Hypothek nicht darauf stützen, daß ihre geschehene Umwandlung aus einer Eigentümergrundschuld nichtig sei. Wäre dies der Fall, so würde eben die letztere fortbestehen und das Vorrücken des Widerspruchsklägers ausschließen. Die Voraussetzungen des § 826 BGB. hat der Kläger in keiner Weise dargelegt (s. dasselbe Urteil auch § 118 Ziff. 1). Red. ⇜

7. **RG.** R. **09** Ziff. 838. Die Hypothek, der von allen Nachmännern der Vorrang eingeräumt ist, tritt uneingeschränkt an die erste Stelle (**RG. 64** 100). Erlischt eine der zurücktretenden Hypotheken durch Nichtrechtsgeschäft (§ 880 Abs. 4 BGB.), so ändert dies an vorstehendem nichts, sofern der Erlöschungsgrund (Bedingung ꝛc.) nicht im Grundbuch eingetragen und der Vorrangserwerber in gutem Glauben war.

8. **RG. 69** 245. Der Hypothekgläubiger, der infolge irrtümlicher Löschung einer ihm vorgehenden Hypothek aus dem Grundstück in der ZwV. befriedigt worden ist, haftet dem ausgefallenen Inhaber der gelöschten und an späterer Stelle wieder eingetragenen Hypothek nicht aus Bereicherung.

9. ZBlFG. **9** 581 (Dresden). Die auf Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. gestützte Widerspruchsklage gegen die im Teilungsplane vorangehenden, von einer Baugelderhypothek abgetretenen Teilbeträge war abzuweisen. Denn bei ihrer Vorrangseinräumung zugunsten dieser Baugelderhypothek waren die aus der Löschungsvormerkung Berechtigten von allem Anfang an damit einverstanden, daß eine Darlehnshypothek von 45 000 M. zum Zwecke der Beschaffung eines Baudarlehns in gleicher Höhe den Rang vor ihnen erhalte, und es ist nicht nur juristisch (§ 607 Abs. 2 BGB.), sondern auch wirtschaftlich für sie ganz gleichgültig, ob der ihnen vorgehende Hypothekgläubiger bares Geld darleiht oder Materialien zum Baue liefert. Die Hauptsache ist die Verbauung des Gegenwerts für die Hypothek in das Grundstück. — Vgl. Ziff. 14 unten.

10. SächsOLG. **30** 272, SächsRpflA. **09** 70. Der Hypothekgläubiger, der gegen Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. hinter eine Baugelderhypothek zurückgetreten war, brauchte im ZwVTeilungsverfahren nicht zu dulden, daß in die Baugelderhypothek 750 M. Schadensersatzforderung wegen Nichtlieferung von Öfen und 120 M. Gerichtskosten für die Eintragung der Hypothek eingerechnet wurden.

11. **RG. 70** 344, SeuffBl. **09** 664, JW. **09** 220, R. **09** Ziff. 1311, 1316, 1317. Die Gläubiger des Bestellers eines Nießbrauchs an einem Vermögen haben nach §§ 1086, 1089 BGB. ein vorzugsweises Befriedigungsrecht, das der Eintragung im Grundbuche weder bedürftig noch fähig ist. Der Hypothekgläubiger, dem vor einem derartigen Nießbrauche der Vorrang im Grundbuch eingetragen ist, kann sich bei der ZwVTeilung jenen später als der Nießbrauch eingetragenen Gläubigern des Nießbrauchbestellers gegenüber nicht auf seinen guten Glauben nach § 892 BGB. berufen. Dahingestellt bleibt, ob § 880 Abs. 4 u. 5 BGB. zu gleichem Ergebnisse führen würde.

12. **RG.** R. **09** Ziff. 1380. Im els.-loth. vorläufigen Grundbuch über Grundstücke des F. war für dessen Tochter E. eine Sicherungshypothek zu 75 000 M. eingetragen, die von F.s Gläubigern S. u. M. wegen ihrer vollstreckbaren Forderungen zu 55 795 M. mit Erfolg angefochten worden war. E. hatte aber löschungsfähige Quittung über die 75 000 M. ausgestellt und G. ließ die dadurch entstandene Eigentümerhypothek für 40 000 M. pfänden, sich an Zahlungsstatt überweisen und dies im vorläufigen Grundbuch eintragen. Die Grundstücke wurden in der ZwV. für 58 000 M. zugeschlagen. Im Teilungsplane wurden dem S. u. M. 55 795 M. und nur ein Rest von 2127 M. dem G. zugeteilt. Dessen Widerspruchsklage wurde vom OLG. abgewiesen, weil im Beschwerdewege sein Pfändungs- und Überweisungsvermerk inzwischen wieder gelöscht worden sei. Das RG. hob auf und verwies die Sache zurück, wobei u. a. ausgeführt wurde: Mag nach irrevisibelm § 100 ElsLoth. AGBGB. die Eintragung des Pfändungs- und Überweisungsvermerkes auch kein Realrecht begründet haben, seine Löschung im Beschwerdewege war jedenfalls unzulässig. Indessen kommt es auf all dies zunächst nicht an, weil G. behauptet, im Bietungstermine mit den anderen Beteiligten vereinbart zu haben, daß er zuerst mit 42 841 M. vor den Beklagten S. u. M., dann diese und dann erst der Rest der F.schen Eigentümerhypothek „zum Zuge kommen sollten". Ein solcher Vergleich war rechtlich möglich und — obwohl nur obligatorisches Rechtsgeschäft — nach ständiger Rechtsprechung des RG. zu berücksichtigen. Er durfte nicht ohne weiteres wegen nachträglichen Wegfalls des G.schen Rechtes als gegenstandslos erklärt werden.

13. ➝ **RG.** 21. 5. 09. Der auf die Kreditsicherungshypothek des A. zugeteilte Betrag von 16 756,19 M. gebührte dem A. auch, weil er 1. bis zur Pfändung des Kreditgewährungs-Anspruchs durch B. mindestens soviel von den Schuldnern zu fordern hatte, und weil 2. hierauf gar nichts ankommt, indem die Forderung auf Kreditgewährung weder abgetreten noch gepfändet werden konnte (§§ 399 BGB., 851 ZPO.). Red. ←

14. ➝ **RG.** 14. 4. 09. Beim Stillschweigen der Vereinbarung darüber ist es Tatfrage, ob der Vorrang nur Baugeldern oder allgemein eingeräumt ist. — Auf Legitimationsmangel des Vormanns allein kann der Widerspruch nicht gestützt werden. — Eine nach dem Verteilungstermine bewirkte Pfändung des bestrittenen und hinterlegten Betrags ist nicht zu berücksichtigen (**RG. 62** 171, **65** 66). Red. ←

15. **RG.** ZBlFG. **10** 296. Obschon feststand, daß die in den Teilungsplan eingesetzte Darlehnshypothek nach ursprünglicher Vereinbarung nur zur Sicherung verschiedener künftiger Forderungen dienen sollte, mußte der Widerspruchskläger, der einen Teil davon wegen angeblich entstandener Eigentümerhypothek hatte pfänden lassen, die teilweise Nichtausfüllung der Darlehnshypothek beweisen.

16. R. **09** Ziff. 2021 (Colmar). Der Widerspruch braucht weder Grund noch Betrag anzugeben.

17. PosMSchr. **09** 6 (Posen). Der Hypothekgläubiger hat, wenn ein ihm aus der ZwV. gebührender Kaufgeldanteil im Verteilungstermine dem Pfandgläubiger einer Nachhypothek ausgezahlt wird, gegen diesen keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

18. SeuffA. **64** 374, R. **09** Ziff. 2996 ff. (Dresden). Der Hypothekgläubiger S. erhob Widerspruch dagegen, daß seinem Vormanne C. statt 4500 M. der volle Hypothekbetrag zu 14 000 M. zugeteilt worden sei. Das AG. wies den Widerspruch als unzulässig zurück, da die Hypothek, soweit nicht ausgefüllt, Eigentümergrundschuld geworden sei. Vom Landgerichte wurde die Beschwerde des S. wegen bereits erfolgter Teilungsausführung zurückgewiesen. Die weitere sofortige Beschwerde hiergegen ist zulässig und begründet. Gegen den Verteilungsplan findet nach § 793 ZPO. sofortige Beschwerde statt. Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund ist gegeben und nicht richtig ist, daß die Teilung schon ausgeführt sei, denn für das Kapital ist nicht Barzahlung, sondern nur Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 erfolgt. Über die materiellen Fragen, ob Eigentümergrundschuld bei der Vorhypothek entstanden sei, durfte das AG. nicht entscheiden, sondern es mußte nach § 124 verfahren. Dies kann und muß jetzt noch nachgeholt werden, obschon Erhebung einer Widerspruchsklage nicht feststeht. Vor Berücksichtigung des Widerspruchs lief die Frist zur Widerspruchsklage nicht.

19. ➠ **RG.** 13. 10. 09, Auf dem von den Beklagten A., B., C. an D. u. E. verkauften Baulande wurde für erstere eine Restkaufgeldhypothek zu 100 000 M. eingetragen und zwar ohne die vereinbarte, zunächst untunliche, Freilassung des an die Stadt abzutretenden Straßenlandes. Die Kläger F., G., H. ließen diese Freilassungsrechte des D. u. E. pfänden und sich überweisen und klagten dann a) auf löschungsfähige Quittung über die Hypothek auf dem Straßenlande, b) auf Ermöglichung der Berichtigung des Hypothekenbriefs, c) auf Anerkennung ihres alleinigen Anrechts auf den in einer etwaigen ZwV. auf das Straßenland treffenden Erlösanteils. Nach der während des Rechtsstreits erfolgten ZwV. der ganzen Fläche erhoben die Kläger Widerspruch gegen den Teilungsplan und änderten ihren Klagantrag c in das Verlangen der Einwilligung in Auszahlung der auf das Straßenland treffenden 10 038 M. ab. Der Rechtsstreit hatte — bei Zusammenhalt der in den 3 Instanzen ergangenen Urteile — das Endergebnis, daß die Beklagten nach den 3 Klaganträgen verurteilt wurden, jedoch nur Zug um Zug gegen Zahlung ihrer Kaufpreisrestforderung zu 100 000 M. Sämtliche Streitkosten blieben den (eigentlich doch sachfälligen) Klägern. Das RG. gab unter anderem folgende Gründe: Die Frage, ob die Geltendmachung des geänderten Klaganspruchs c sich zugleich als Verfolgung des von den Klägern im Verteilungstermine gegen das Liquidat der Beklagten erhobenen Widerspruchs im Sinne der §§ 878 ff. ZPO., 115 ZVG. darstelle (vgl. GruchotsBeitr. **42** 746), könne auf sich beruhen, da sie nur für den ZwVRichter etwa wegen der Frist des § 878 aaO. erheblich wäre, die Auszahlung des bestrittenen Betrags noch nicht stattgefunden habe, im übrigen aber der ursprüngliche Rechtsstreit trotz veränderter Umstände zu Ende geführt werden dürfe. In der Sache selbst sei entscheidend, daß dem D. und E. das von den Klägern gepfändete Recht auf Freilassung des Straßenlandes aus dem Kaufvertrage zustehe, daß ihnen und den Klägern gegenüber aber die Beklagten für ihren Kaufschillingsrest das Zurückbehaltungsrecht nach § 321 BGB. geltend machen könnten. (Bei derartigen, nicht selten vorkommenden und unvermeidlichen Zug- um Zug-Urteilen ergeben sich Schwierigkeiten für den Weiterbetrieb der Sache, hier für den des ZwVVerfahrens.) Red. ⟵

20. **RG.** JW. **09** 732. a) Es läßt sich viel zugunsten der Anschauung der Revision sagen, daß die beiden Widerspruchskläger durch die entgegengesetzte besondere Klage der Beklagten zu 3 unter keinen Umständen gehindert sein könnten, demnächst auch ihrerseits eine Klage gemäß § 878 ZPO. zu erheben, daß daher die Einrede

der Rechtshängigkeit gegen sie keinesfalls durchgreife. Indessen kann diese Meinung auf sich beruhen, weil hier jene Einrede schon aus besonderen Gründen hinfällig ist. Denn 1. hat die Beklagte zu 3 dem Vollstreckungsgerichte nicht nachgewiesen, daß sie ihre Klage innerhalb der einmonatigen Ausschlußfrist erhoben habe, und 2. gehört sie nicht zu den in der betreffenden Frage widersprechenden Gläubigern, die allein Widerspruchsklage deswegen im Sinne des § 878 ZPO. erheben können. b) Eine Widerspruchsklage nach § 878 ZPO. ist dann abzuweisen, wenn der Kläger unter keinen Umständen wegen Unzulänglichkeit der Masse und vorgehender unzweifelhafter Rechte zur Hebung kommen kann.

21. PosMSchr. **09** 89 (Königsberg). Sind in einem Verteilungsverfahren mehrere Widersprüche erhoben worden, so muß die Klage aus jedem dieser Widersprüche, möge er auch weniger als 300 M. zum Gegenstande haben, gemäß §§ 879 Abs. 2, 802 ZPO. bei dem betreffenden Landgericht erhoben werden, gleichviel, ob die anderen (mehr als 300 M. ausmachenden) Widersprüche überhaupt mit Klage verfolgt werden oder nicht.

22. OLG. **19** 197 (Braunschweig). Gegen eine Hypothek zu 1600 M. hatte der Nachhypothekar (Bekl.) und ein an sich Unbeteiligter (Kl.) Widerspruch erhoben. Das Gericht hatte die 1600 M. wegen Unbekanntheit ihres Gläubigers und Nichtvorliegens des Hypothekenbriefs hinterlegt und einen Vertreter nach § 135 aufgestellt. Der sich anschließende Rechtsstreit der beiden Prätendenten war nicht als Teilungs-, sondern als (zulässiger) Feststellungsstreit aufzufassen. Die negative Feststellungswiderklage des Beklagten war auch begründet. Auf Einwilligung des Klägers in Auszahlung brauchte sie sich nicht zu erstrecken. Ob freilich das ZwVGericht auszahlen wird, war nicht zu prüfen.

23. Korn, Die löschungspflichtige Eigentümerhypothek, R. **09** 800, bespricht einen Vortrag Siméons, der eine vollkommene Beseitigung des Mißstandes, daß in der ZwV. pfändende persönliche Gläubiger den dinglichen vorgehen können, nicht von § 1179 BGB., sondern nur von künftiger Gesetzgebung erwartet.

24. Behrle, BadNotZ. **09** 48. Die neben Teilhypotheken, wovon eine den Vorrang hat, durch Abzahlungen entstandenen Eigentümergrundschulden stehen sowohl der Vorrangsteilhypothek wie auch der Resthypothek nach und haben untereinander gleichen Rang. So auch OLG. Karlsruhe 22. 4. 04 u. Dresden, DJZ. **06** 884; aM. Fuchs teilweise u. Oberneck.

25. WürttZ. **09** 233 (Stuttgart). Gläubiger M. hatte 540 M. Zinsen, die er schon in der ZwVerw. erhalten hatte, fälschlich als rückständige zur ZwV. angemeldet, dies zwar im Teilungsplane dahin berichtigt, daß er unbezahlte laufende Zinsen anmelden wollte, aber infolge des Widerspruchs des Nachmanns H. nur Auszahlung vorbehaltlich Rechtsstreits darüber erlangt. LG. u. OLG. erachteten die nun von H. gegen M. erhobene Widerspruchsklage nicht für eine solche im Sinne des Gesetzes, sondern für eine Bereicherungsklage und das OLG. wies sie ab, weil der Beklagte, wenn auch wegen verspäteter (richtiger) Anmeldung nicht im Verteilungsverfahren, so doch nach allgemeinen Bestimmungen ein Recht auf jene Zinsen hätte.

26. PosMSchr. **09** 178 (Königsberg). Das Widerspruchsrecht eines bei der ZwV. ausgefallenen Gläubigers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er wegen eines ihm vorgehenden ausgefallenen Gläubigers aus dem angefochtenen Liquidat keine Befriedigung erlangen kann. ➛ S. aber oben Ziff. 20 b. Red. ⬸

27. Nur Recht zwischen den Parteien § 55 Ziff. 2. — Schleusen-Baukosten §§ 10 Ziff. 1, 12. — Annuitätshypotheken § 50 Ziff. 1, § 90 Ziff. 9. — Versäumung der Klagefrist § 128 Ziff. 1. — Zinsverlust § 124 Ziff. 1. — Rangrechte Dritter § 11 Ziff. 1. — Vorschuß § 10 Ziff. 5. — Zinserhöhung § 10 Ziff. 6. — Höchstbetragshypothek § 118 Ziff. 2. — Verwendungen § 9 Ziff. 2. — Wegfallende Last § 51

Ziff. 2. — Bauforderungen § 105 Ziff. 1. — Zinseszins § 10 Ziff. 14. — Pfändung, Aufrechnung § 107. — Preuß. Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 11.

§ 118. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1039. Mit Unrecht sieht der ausgefallene Widerspruchskläger den ihm für die Anfechtung der Vorhypothek notwendigen Vollstreckungstitel in dem bedingten Übertragungsbeschlusse des Vollstreckungsrichters. Dieser den Teilungsplan ausführende Beschluß ist selbst eine Vollstreckungshandlung, nicht aber ein Titel zur Vornahme von Vollstreckungs- und Anfechtungshandlungen.

2. ZBlFG. **10** 40 (Dresden). Auf die Höchstbetragshypothek des Erstehers zu 10 000 M. entfielen 4393,77 M., wovon das Vollstreckungsgericht dem Ersteher 1872,08 M. wegen hierfür vorgelegter Schuldurkunden unbedingt, 2521,69 M. aber nur unter der Bedingung, daß er hierfür seine Forderung nachweise, zugeteilt und nach §§ 118, 119, 120 überwiesen hat. Unter der entgegengesetzten Bedingung erfolgte Zuteilung und Überweisung an die Hypothekbestellerin. Die weitere Beschwerde des Erstehers hiergegen wurde zwar für zulässig erachtet, da der Teilungsplan nicht durch Barzahlung ausgeführt sei, sachlich aber wurde das Verfahren des Vollstreckungsgerichts gebilligt.

3. **RG. 71** 404, JW. **09** 506, R. **09** Ziff. 2509. Hält man die Gläubigerrechte aus §§ 118, 128 auch für anders geartet, als die ursprünglichen Forderungen (**RG. 55** 264), so bilden sie der Sache nach doch nur eine Fortsetzung der letzteren in einer unmittelbar die Zwangsvollstreckung ermöglichenden Gestalt, wobei allerdings der eigentümliche Aufbau des ZwVVerfahrens das Erlöschen des ursprünglichen Anspruchs mit sich bringt. Bei der Zwangsvollstreckung aus der übertragenen Forderung müssen auch Einwendungen gegen den ursprünglichen Anspruch zugelassen werden. Denn es muß § 767 ZPO. (§§ 132, 95 ZVG., 794 Ziff. 3, 795 ZPO.) Platz greifen, Nur scheidet hier wegen fehlender mündlicher Verhandlung die Beschränkung des § 767 Abs. 2 ZPO. aus.

4. Gesamthypothek § 83 Ziff. 3 c. — Aufrechnung § 107 Ziff. 2. — S. auch § 128.

§ 122. Grundstücksbegriff § 63. — Gesamthypothek § 83 Ziff. 3 c. — S. auch § 64.

§ 123. Vgl. § 83 Ziff. 3 c.

§ 124. 1. ➛ **RG.** 14. 4. 09. Hat A. vor und in dem Verteilungstermine den von ihm der Hypothek des B. bewilligten und im Grundbuch eingetragenen Vorrang bestritten und ist vereinbarungsgemäß deswegen der auf diese Hypothek treffende Betrag bis zum Streitausgange hinterlegt worden, so kann B. zwar in der Regel nicht aus dem schon erfüllt gewesenen Vorrangseinräumungsvertrage, wohl aber aus § 823 BGB. (vgl. **RG. 57** 353, **59** 326) auf Ersatz des durch zu geringe Verzinsung des Betrags ihm zugefügten Schaden gegen den in der Hauptsache unterlegenen A. etwa klagen, sofern nicht in der Hinterlegungsvereinbarung ein Verzicht auf solchen Schadensersatz zu finden ist. Red. ⬸

2. TV. § 180 Ziff. 1. — Bloße Verfahrensvorschrift § 115 Ziff. 4. — Keine Anfechtungstitel § 118 Ziff. 1.

§ 125. Beispiel § 51 Ziff. 2. — Gebührenberechnung § 109 Ziff. 1. — Zuzahlung § 50.

§ 127. BadRpr. **09** 217 (BadJustM.). Aus Abs. 2 kann gefolgert werden, daß die vollstreckbaren Titel nicht bei Gericht zu bleiben brauchen. Der vollbezahlte Titel wird dem Schuldner, der nicht oder nicht ganz befriedigte dem Gläubiger (je mit entsprechendem Vermerke) hinauszugeben sein.

§ 128. 1. **RG.** BayRpflZ. **09** 253, LeipzZ. **09** 544. Die Ersteherin E. hatte den Betrag zu 10 837 M. der von ihr in Anspruch genommenen, nach § 128 eingetragenen Sicherungshypothek der Sch. unter Verzicht auf Rücknahme hinterlegt. M. kaufte von ihr ohne Übernahme dieser Hypothek das Grundstück, er klagte mit Erfolg nach §§ 894, 1163 BGB. gegen die Sch. auf Löschung der 10 837 M. Der § 372 BGB. findet auch Anwendung, wenn nur der Schuldner selbst zugleich das Gläubigerrecht

an der sonst unstreitigen Forderung in Anspruch nimmt, wenn also nicht zwei oder mehrere Prätendenten auf die Forderung vorhanden sind. Fahrlässigkeit im Sinne des § 372 BGB. konnte der E. nicht vorgeworfen werden, denn sie brauchte nicht vorauszusehen, daß ihr Anwalt die einmonatige Klagefrist der §§ 115 ZVG., 878 ZPO. versäumen werde, abgesehen davon, daß ihr immer noch die Bereicherungsklage gegen die Sch. zusteht. S. a. BGB. § 372 Ziff. 1.

2. ➠ **RG.** 21. 4. 09. Der widersprechende Gläubiger A., der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß auf die bestrittene, nach § 128 auf dem vom anderen Prätendenten B. ersteigerten Grundstück eingetragene Sicherungshypothek, aber nicht dessen Eintragung im Grundbuch erwirkt hatte, konnte — von anderen Zweifelsfragen abgesehen — trotz Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner B. und trotz des § 830 Abs. 2 ZPO. gegen B. nicht auf Anerkennung klagen, daß ihm, dem A., diese Sicherungshypothek zustehe. Red. ⬅

3. Gesamthypothek § 83 Ziff. 3c. — Konfusion § 130 Ziff. 4. — S. auch § 118.

§ 130. 1. BayObLG. **10** 146, SeuffBl. **09** 562, BayRpflZ. **09** 233, ZBlFG. **10** 38, RJA. **10** 155, R. **09** Ziff. 1594. Das Landesrecht kann den Vollzug des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts um Eigentumsüberschreibung durch das Grundbuchamt von der Zahlung oder Sicherstellung landesrechtlicher Gebühren abhängig machen, wie dies z. B. in Bayern durch Artt. 252, 293 GebG. geschehen ist.

2. OLG. **19** 198, R. **09** Ziff. 3180 (Düsseldorf). Die unter der Herrschaft des früheren Rechtes vor Anlegung des Grundbuchs begründeten Grunddienstbarkeiten sind, auch wenn sie bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt worden sind und auch dann, wenn sie tatsächlich eingetragen sind, dem Ersteher gegenüber wirksam (Jaeckel **3** 707). Sie dürfen nicht gelöscht werden. Die Zeit der Begründung solcher Servituten braucht nicht im Grundbuche zu stehen, sie kann sonstwie glaubhaft gemacht werden.

3. ElsLothNotZ. **09** 229 (Colmar). Die ZwV. eines Grundstücks steht der vor ihr eingeleiteten Enteignung eines Teiles desselben nicht entgegen. Demgemäß ist das in dem Versteigerungsprotokolle nach dem Eintrage zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerkes bezeichnete versteigerte Grundstück auch nach Abschreibung des enteigneten Teiles auf den Ersteher umzuschreiben, da trotz dieser Abschreibung das Grundstück im Ersuchen des Versteigerungsbeamten genügend bezeichnet ist. — Die Berichtigung des Eigentumsbuchs ist nach den bestehenden (elsaß-lothringischen) Bestimmungen, besonders denen vom 12. August 1905, herbeizuführen.

4. BadRpr. **09** 64 (LG. Freiburg). Auf Ersuchen des ZwVRichters mußte das Grundbuchamt vollziehen: a) die Löschung eines Teilbetrags der nur zum Teil in das geringste Gebot aufgenommenen, dem W. verpfändeten Hypothek der G., b) die Eintragung von Sicherungshypotheken für die auf die Hypothekgläubiger S. übertragenen Forderungen gegen sich selbst als Ersteher nebst dem Pfandrechte des W. — Die Beteiligten konnten frei nach § 59 die Bedingungen in dieser Weise festsetzen und trotz der Konfusion stand dem Eigentümer die einem Dritten verpfändete Forderung gegen sich selbst zu.

5. BadRpr. **09** 165 (Karlsruhe). Die Beschwerde gegen die auf Grund des § 130 erfolgte Eintragung war nach § 71 Abs. 2 GBO. unzulässig. Soweit aber Widerspruchseintragung gemäß § 54 GBO. damit bezweckt wurde, war sie nach §§ 90, 130 ZVG. unbegründet.

6. Josef, ZBlFG. **9** 488. So wenig die materiell Berechtigten die Eintragung der ZwVAnordnung und die des Erstehers und des Erlöschens von Rechten beantragen können, ebensowenig können sie solche Anträge durch Beschwerde geltend machen. Antrags- und Beschwerderecht steht also in diesen Fällen nur der formell beteiligten Behörde zu.

§ 132. Einwendungen aus dem ursprünglichen Anspruche § 118 Ziff. 3.

§ 133. SeuffBl. **09** 185 (LG. München). Die Ausnahme des § 133 von der Regel des § 17 darf nicht ausgedehnt werden. Hiernach muß, wenn gegen den zweiten (nicht zahlenden) Ersteher die ZwV. eingeleitet werden soll, der erste Ersteher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein.

§ 135. Beispiel § 115 Ziff. 22.

§ 143. Schüller, R. **09** 639. Nicht einmal in den Fällen der §§ 143, 144 wird der Richter durch eine außergerichtliche Befriedigung (z. B. sog. Aufrechnung s. § 107 Ziff. 2) von der Pflicht der Aufstellung und Ausführung des Teilungsplans befreit, es sei denn, daß der Ersteher diese Befriedigung durch Urkunden nachweist.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. OLG. **18** 405 (KG.). Nach dem PrG. vom 3. August 1897 kann satzungsgemäß landschaftlichen Instituten ein Vollstreckungsrecht, besonders auch die ZwVerw. der von ihnen beliehenen Grundstücke zustehen und zwar nach § 7 auch auf Grund Arrestes. Gegen einen Arrest aus diesem § 7 ist weder ein Widerspruch gemäß §§ 924 ff. ZPO. zulässig, noch sind für die Arrestvollziehung oder deren Hemmung die §§ 928 ff. das. maßgebend. Auch die Zuständigkeit des Arrestgerichts, wie es in der ZPO. vorgesehen, ist nicht begründet. Nur der in §§ 767, 802 ZPO. vorgesehene ausschließliche Gerichtsstand ist maßgebend, also Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk die Verwaltung der Kreditanstalt ihren Sitz hat. Für §§ 24 oder 29 ZPO. ist kein Raum, daher auch nicht für § 2 ZVG.

2. *Grabner, GruchotsBeitr. **53** 671, setzt den Unterschied zwischen der ZwVerw. nach dem ZVG. und derjenigen nach §§ 1134 Abs. 2, 1135 BGB. wegen Mißwirtschaft des Grundstückseigentümers auseinander. (S. unter §§ 1134, 1135 BGB.).

3. Sinzheimer, BayRpflZ. **09** 352, führt gegen Steiner und v. d. Pfordten in Übereinstimmung mit Jaeckel aus, daß nur dann bei schwebender ZwVerw. durch einen Nachmann die ZwV. nicht durchgeführt werden kann, wenn das Recht des sie betreibenden Gläubigers zu der Zeit nicht eingetragen war, als der die ZwVerw. anordnende Beschluß erging.

4. **RG.** BayRpflZ. **10** 18. Mit Unrecht nimmt das Berufungsgericht, indem es die Berufung gegen das die einstweilige Verfügung aufhebende Urteil als unzulässig verwirft, an, daß der Gegenstand des Rechtsstreits dadurch in Wegfall gekommen sei, daß die Klägerin die (mittels einstweiliger Verfügung bezielte) ZwVerw. inzwischen auf Grund des in der Hauptsache ergangenen, aber nur vorläufig vollstreckbaren Urteils (nach §§ 146 ff.) erreicht habe. Der Kläger hat immer noch ein rechtliches Interesse auf die Feststellung, ob der Antrag auf einstweilige Verfügung von Anfang an berechtigt war oder nicht. Vgl. § 945 ZPO., **RG. 58** 236, **59** 360.

5. OLG. **19** 200, SeuffA. **64** 250, R. **09** Ziff. 734 (Braunschweig). Die Anordnung der ZwVerw. als Vollstreckungsmaßregel kann allerdings nicht mit der Beschwerde nach §§ 95 ff., wohl aber mit der allgemeinen sofortigen Beschwerde nach §§ 793, 866, 869 ZPO. angegriffen werden. Im gegebenen Falle wurde die ZwVerw. nicht etwa nach § 25, sondern nach § 180 angeordnet. Aber dieser § 180 gestattet solche Anordnung nicht.

6. BreslauAK. **09** 45 (Breslau). Bei landschaftlicher ZwVerw. ist deren prozeßlegitimiertes Subjekt nicht die Landschaft, sondern der von ihr bestellte Sequester.

7. Mietzinsenarrest § 148 Ziff. 2. — Anfechtbarkeit und Aufhebung § 15 Ziff. 1. — Nachlaßverwaltung § 17 Ziff. 4. — Reallasten § 16 Ziff. 12.

§ 148. 1. Kretzschmar, Die hypothekenrechtlichen Vorschriften des Vers.VertrG. vom 30. Mai 1908, ZBlFG. **9** 679, führt u. a. aus: Der § 193 Abs. 1 G. läßt Versicherungsabschluß in der Weise zu, daß die Entschädigungssumme nur zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes (z. B. Gebäudes) zu zahlen ist. Eine

dementsprechende Zahlung an den Versicherten ist dem Hypothekgläubiger gegenüber wirksam, er kann die Versicherungsforderung nicht zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, sowie auch nur durch Erwirkung der ZwVerw. des Grundstücks einen Einfluß auf die bestimmungsmäßige Verwendung der Entschädigungssumme gewinnen (680). Der Anspruch gegen den Versicherer wird nach Einleitung der ZwVerw. von dem bestellten Verwalter geltend zu machen sein. Gelangt das Grundstück zur Versteigerung, so geht er auf den Ersteher über; seine Ausschließung von der Versteigerung gemäß § 65 behufs besonderer Verwertung ist der Natur der Sache nach untunlich (685).

2. SeuffBl. **09** 365 (Dresden). Die während der ZwVerw. geschehene Arrestpfändung der Mietzinsen durch den Beklagten war schlechthin — auch unter dem Vorwande der Sicherungsabsicht für den Fall der Beendigung der ZwVerw. — unzulässig. Der Zwangsverwalter hatte dagegen nicht, wie Gaupp-Stein, ZPO. § 865 Anm. 5, annimmt, nur Einwendungen nach § 766 das., sondern war zu der von ihm erhobenen Klage nach § 771 ZPO. gemäß §§ 20, 23, 146 ZVG., deren Kosten der unterlegene Beklagte tragen muß, berechtigt (s. Ziff. 4).

3. Schneider, Die Gläubigeranfechtung und der § 1124 BGB. (Veräußerung von Mietzinsen), LeipzZ. **09** 422, gelangt in einem Falle, da der Hypothekengläubiger während des Konkurses des Schuldners die vorher von diesem vorgenommene Mietzinsabtretung mit dem Antrage, die Mietzinsen zu Händen des Zwangsverwalters zu zahlen, angefochten hatte, zu folgenden Schlußsätzen: Es soll nicht die Anfechtbarkeit einer nach § 1124 BGB. dem Hypothekengläubiger gegenüber freigegebenen Verfügung des (Hypotheken-) Schuldners im allgemeinen geleugnet sein, wohl aber behauptet werden, daß deren etwa mögliche Anfechtung wegen „Erlöschens" des sich vorher auf den Mietzins „erstreckenden" Hypothekenrechts nur zugunsten der Masse erfolgen darf, wenn inzwischen Konkurs ausbrach, daß die Anfechtung sonst freilich auch vom Hypothekengläubiger betrieben werden kann — wenigstens wenn ihm ein persönliches Forderungsrecht gegen den verschiebenden Schuldner zusteht. — Die „Haftung" bedeutet nur ein bedingtes Vorrecht, bedingt durch rechtzeitigen Zugriff. Ohne solchen erlischt sie, oder entsteht sie vielleicht gar nicht. S. auch BGB. § 1124 Ziff. 6 und den Selbstbericht von Nissen ebenda Ziff. 5.

4. HansGZ. **09** Beibl. 3 (LG. Hamburg). Die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der ZwVerw. verhinderte (absolut) die Gültigkeit der späteren Mietzinspfändung, obschon bereits vor der Beschlagnahme Vorpfändung erfolgt war. Die notwendige Zustellung des Zahlungsverbots an den Mieter war vor Zustellung der endgültigen Pfändung erfolgt.

5. BadRpr. **09** 218 (BadJustMin.). Zur Vermeidung von Zweifeln darüber, ob der ZwVerwBeschluß oder die Mietzinspfändung zuerst zugestellt, wird angeordnet, daß der Gerichtsvollzieher bei Zustellung der ZwVerwAnordnung auch die Stunde vermerkt, wie dies für Forderungspfändungen ohnedies schon vorgeschrieben ist.

6. S. im allg. § 146. — Nießbrauchsbestellung § 57 Ziff. 4. — Rücknahmewirkung § 15 Ziff. 1 b.

§ 149. BadNotZ. **09** 202 (Notariat Mannheim III). Das Recht des Vollstreckungsschuldners eines in ZwVerw. befindlichen Hauses auf Belassung einer Wohnung erlischt, wenn er das Haus an eine offene Handelsgesellschaft veräußert hat, selbst dann, wenn er Teilhaber dieser offenen Handelsgesellschaft ist.

§ 151. Zustellung des Zahlungsverbots § 148 Ziff. 4, 5.

§ 152. 1. OLG. **19** 199 (Naumburg). Für Streitigkeiten zwischen dem den Subhastaten vertretenden Konkursverwalter und dem Zwangsverwalter ist der Klageweg und ist einstweilige Verfügung ausgeschlossen und sind nur Erinerungen nach § 766 ZPO. zuläßig (vgl. OLG. **15** 33).

2. ➻ RG. 10. 11. 09. Der Nießbraucher hatte gegen den Zwangsverwalter auf Unterlassung weiterer Einziehung der Grundstücksmieten usw. geklagt.

Sein nebenher laufender Antrag auf einstweilige Verfügung war vom LG. und vom KG. (27. 7. 09) abgewiesen worden. Seine Revision gegen letzteres Urteil wurde wegen fehlenden Beschwerdewerts verworfen, weil, wenn auch die Mieten mehr als 2500 M. betrügen, doch der Zwangsverwalter ebenso wie gegebenenfalls der Kläger selbst gesetz- und pflichtmäßig mit den Mietzinsen verfahren müsse, somit der wirtschaftliche Wert der einstweiligen Verfügung für den Kläger ein ganz verschwindender sei. Red. ←

3. Rohbausicherung § 10 Ziff. 5. — Vorschüsse § 10 Ziff. 10.

§ 155. 1. D ü m c h e n , JheringsJ. **18** 454. Bei einer ZwVerw. bleibt die Reallast als solche bestehen. Befriedigung erhalten, vom Antragsanspruch abgesehen, nur die laufenden Leistungen und zwar vom Verwalter auf Grund des Teilungsplans, soweit die Einnahmen reichen. → Vgl. § 16 Ziff. 12. Auch die nicht betreibenden Reallastgläubiger werden sich gemäß § 146 Abs. 1, 46, 92, 152 Abs. 1 die Umwandlung ihrer Naturalansprüche in Geld gefallen lassen müssen. Red. ←

2. PosMSchr. **09** 178 (Königsberg). Der Zwangsverwalter war auch nach Aufhebung der ZwVerw. zur Weiterführung seiner nach §§ 810 Abs. 2, 865 Abs. 2, 771 ZPO. gegen Getreidepfändung und auf den dafür hinterlegten Erlös erhobenen Klage befugt.

3. Verbot der Mietzinseinziehung § 152 Ziff. 2.

§ 161. 1. → **RG.** 30. 6. 09. A. hatte die ZwVerw. des Grundstücks seines Schuldners B. erwirkt, obwohl darauf bereits Auflassungsvormerkung für die C. eingetragen war. Als später die Auflassung an die C. erfolgt war, stellte das Vollstreckungsgericht die ZwVerw. einstweilen ein und streckte dem A. eine Frist zur Beibringung eines vollstreckbaren Titels gegen die C. vor. A. erhob gegen die C. Duldungsklage und beantragte zugleich einstweilige Verfügung dahin gehend, daß die n u r e i n s t w e i l i g e Einstellung der ZwVerw. fortzudauern habe. Dieser Antrag wurde aber vom OLG. u. RG. deshalb abgewiesen, weil die C. ein durch Vormerkung gesichertes Auflassungsrecht gehabt habe und deshalb ein durch einstweilige Verfügung zu sichernder Anspruch des A. nicht bestehe. Red. ←

2. Wirkungen § 15 Ziff. 1 b.

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. 1. SächsOLG. **30** 108. Das deutsche Recht hat es mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung eingetragener Schiffe für gerechtfertigt erachtet, sie für die Zwangsvollstreckung im allgemeinen den unbeweglichen Sachen gleichzustellen. Daraus folgt aber nicht, daß der deutsche Richter einer ausländischen Mobiliarzwangsvollstreckung in ein Schiff die Anerkennung versagen müßte. Durch eine solche, gehörig bekannt gemachte Vollstreckung (vgl. § 171) kann, zumal auch nach deutschem Rechte die Bestimmungen über geringstes Gebot bei Schiffsversteigerungen nicht gelten (§ 169), nach § 1262 BGB. das deutsche Schiffspfandrecht erlöschen und löschungsreif werden.

2. OLG. **19** 179 (Hamburg). Der vom Gerichte zur Bewachung und Verwahrung des Schiffes Aufgestellte kann die hierfür erforderlichen Kosten, insbesondere auch Vorschuß auf die Versicherungskosten, aus der Gerichtskasse verlangen, da dem Gläubiger das Armenrecht erteilt ist.

§ 169. Ausländische Versteigerung § 162 Ziff. 1.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. Beziehungen zwischen ZwV. und Konkurs §§ 15 Ziff. 1, 4; 16 Ziff. 11; 55 Ziff. 6, 8; 148 Ziff. 3; 152 Ziff. 1.

§ 174. Rudolph, R. **09** 707. Erkennt der dinglich aus der Hypothek verklagte Konkursverwalter in der Verhandlung sofort den Anspruch an, so müssen die Kosten gemäß § 93 ZPO. den Kläger treffen, der sie aber im abgesonderten Verfahren geltend machen kann. Vor dem Prozesse braucht der Verwalter den Anspruch nicht anzuerkennen, ausgenommen den Fall des § 174. Hiernach hat der Verwalter eine außerprozessuale Anerkennungspflicht wenigstens dann, wenn der Gläubiger in seiner Aufforderung auf seine Rechte aus § 174 hingewiesen hat. Zur Ausstellung einer Urkunde gemäß § 794 Ziff. 5 ZPO. ist der Konkursverwalter keinesfalls verpflichtet.

§ 175. Nachlaßverwaltung §§ 16 Ziff. 6; 17 Ziff. 4.

Vorbemerkung: Nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Frage, ob der ZwVRichter in der TV. den Reinerlös unter die bisherigen Miteigentümer verteilen darf (s. JDR. **7** § 180 Ziff. 1 und unten § 180 Ziff. 1 und 3). Daß er für Befriedigung der dinglichen Gläubiger Sorge zu tragen hat, versteht sich wohl von selbst. An sich erklärt aber der § 180 den ganzen Abschnitt I (einschließlich seiner Verteilungsvorschriften) auf die TV. für entsprechend anwendbar (vgl. § 753 Abs. 1 BGB.). Mag aber das Grundstück einziger Teilungsgegenstand oder nur einer von mehreren sein, jedenfalls wird und muß die TV. schließlich klar ergeben, welcher Roh- und Reinerlös daraus den Teilhabern zukommt.

§ 180. 1. Kretzschmar, ZBlFG. **9** 537, tritt der Ansicht Dreschers (vgl. JDR. **7** § 180 Ziff. 1) entgegen, daß auch bei Bruchteilseigentum das Vollstreckungsgericht keine Verteilung des Erlöses auf die einzelnen Miteigentümer vorzunehmen habe. Er erachtet dies nach §§ 105 ff. für zulässig und für durchführbar nach § 124.

2. BayObLG. **10** 4, SeuffBl. **09** 357, R. **09** Ziff. 477. Der pfälzisch-rechtliche Teilungsanspruch als solcher ist nicht verpfändbar (vgl. **RG. 43** 375).

3. WürttJ. **09** 33, WürttZ. **09** 340, R. **09** Ziff. 733. Das in den §§ 872—882 ZPO. geregelte Verteilungsverfahren greift bei TV. (§ 180) nicht Platz. Nur der Verkauf, nicht die Teilung des Erlöses vollzieht sich nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Bestimmungen.

4. SeuffA. **64** 250, R. **09** Ziff. 1150 (Celle). Der Gläubiger eines Miterben kann auf Grund der Pfändung und Überweisung des Erbanteils seines Schuldners nicht ohne weiteres die ZwV. zwecks Aufhebung einer Gemeinschaft nach § 180 erwirken. (Er kann nur Auseinandersetzung nach § 86 Abs. 2 FGG. beantragen oder im Prozesse gemäß § 2042 BGB. durchsetzen oder Veräußerungsanordnung des Gerichts nach § 857 ZPO. erwirken.) Gegen die hiernach unzulässige TV. können Erinnerungen (nicht Klage) erhoben werden.

5. SeuffA. **64** 23 (Cassel). Nachdem sich die Erben über einen Teil des Nachlasses (Grundstücke und Forderung an die Sparkasse) auseinandergesetzt hatten, ließ A. für seine Forderung gegen den Miterben B. dessen „Erbteil" pfänden und sich zur Einziehung überweisen; er focht dabei replicando den Auseinandersetzungsvertrag nach dem Gesetze von 1879 an. Seine Klage gegen die 4 Erben, die TV. zu dulden, die Sparkassenforderung gemeinschaftlich einzuziehen und ihm den vierten Teil der Erlöse herauszugeben, hatte Erfolg.

6. OLG. **18** 139 (Cassel). Der Eigentümer baute über die Grenze seiner beiden Grundstücke, die durch ZwV. später in verschiedene Hände kamen, einen Stall. Dieser war nach §§ 946, 94 (923) BGB. reell geteilt. Auf Bewilligung der TV. konnte deswegen nicht geklagt werden.

7. OLG. **18** 330 (Cöln). Der § 753 mit § 2042 BGB. ist nur dann anwendbar, wenn zwischen den Miterben lediglich in Ansehung des Grundstücks noch eine Gemeinschaft besteht, im übrigen aber die Auseinandersetzung bereits Platz gegriffen

hat. Ist dies nicht der Fall, so kann ein Miterbe bei Widerspruch der andern die TV. nicht verlangen. ➠ DNotV. **09** 606 bezweifelt die Richtigkeit dieser Entscheidung und will den Miterben höchstens Widerspruchsklage gestatten. Red. ⟵

8. Voß, BuschsZ. **39** 123, bespricht Dreschers Buch über die TV. (vgl. IDR. **7** §§ 180 ff.) günstig, verwirft aber dabei a) Dreschers Unterscheidung zwischen der Pfändung des Gemeinschaftsanteils eines Teilhabers (§ 751 Satz 2 BGB.) und der „Pfändung des Anspruchs des Teilhabers auf Aufhebung der Gemeinschaft", und b) vermißt er die Behandlung der Frage, ob und inwieweit durch Vermittelung des Anfechtungsrechts (§ 29 KO., § 1 ff. AnfG.) ein Berechtigter zur Ausübung des früheren Rechtes eines früheren Miteigentümers auf TV. gelangen kann. Dies sei nach §§ 1, 7 AnfG. ausgeschlossen, dagegen sei nach §§ 29 ff. KO. der veräußerte Anteil zur Konkursmasse zurückzugewähren.

9. ThürBl. **09** 11 (Jena). Eine TV. findet bei bestehendem Stockwerkseigentume nicht statt. ➠ Ebenso Stuttgart, IDR. **6** § 180 Ziff. 1. Red. ⟵

10. *Martin, BadNotZ. **09** 123, vgl. zu § 753 BGB. (bad. Erbbestandsrecht betr.).

11. Terminszustellung § 43 Ziff. 1. — Zubehör § 55 Ziff. 5. — Zuschlagsstempel § 58 Ziff. 3. — Keine ZwVerw. § 146 Ziff. 5.

§ 181. Testamentsvollstrecker § 2 Ziff. 1.

§ 182. BreslauAK. **09** 5 (LG. Ratibor). Hypotheken auf dem Anteil eines Miterben an einem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücke sind, wenn vor 1900 bestellt, nach ALR. nur bedingt, wenn unter BGB. bestellt, überhaupt nicht gültig. Nur die ersteren, nicht auch die letzteren sind bei Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 2. S. landesgesetzliche Sondervorschriften: Preußen: Schornsteinfegelöhne § 10 Ziff. 8. Straßenkosten § 10 Ziff. 9, 11. Kanalisationsgebühr § 10 Ziff. 16. ZwV. wegen Steuerrückständen § 10 Ziff. 16. Ostpreußische Landschaft § 56 Ziff. 1. Grund- und Gebäudesteuer § 56 Ziff. 2. Gutsjagd § 57 Ziff. 1. Anerben- und Ansiedelungsrecht § 28 Ziff. 4. Umsatzsteuer § 58 Ziff. 4. Zuschlagsstempel § 58 Ziff. 5. Stempel bei Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 2. Bestimmung des Grundstückswerts § 85 Ziff. 1. Bietungsverordnung § 91 Ziff. 7. Bietungsabreden, Stempel § 91 Ziff. 8. Arrestbefugnis der Landschaften § 146 Ziff. 1. Landschaftliche ZwVerw. § 146 Ziff. 6. Gemeindliche Röhrenleitung EG. § 9 Ziff. 1. Bayern: Vollstreckbare Hypothekenbriefe § 16 Ziff. 2, 13. Annuitätenhypothek, Rangeinräumungsverzicht § 50 Ziff. 1. Ausscheidung des Mobiliarwerts § 58 Ziff. 1, 2. Grundstücksbegriff § 63. Wohnungsrecht § 93 Ziff. 1. Bedingung der Umschreibung § 130 Ziff. 1. Pfälzischer Teilungsanspruch § 180 Ziff. 2. Kgr. Sachsen: Anwaltsgebühren § 9 Ziff. 1. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 1, 12. Kommunmauern § 10 Ziff. 3. Zuschlagsstempel bei TV. § 58 Ziff. 3. Württemberg: Errungenschaftsgemeinschaft § 1 Ziff. 2, § 16 Ziff. 9. Anwaltsgebühren § 10 Ziff. 15. Baden: Zubehörverzeichnis § 55 Ziff. 1. Verteilungsgebühren § 109 Ziff. 1. Erbbestandsrecht § 180 Ziff. 10. Elsaß-Lothringen: Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 17. Eigentumseintragung § 17 Ziff. 3. Zuschlag durch behinderten Notar § 96 Ziff. 1. Vorläufiges Grundbuch § 115 Ziff. 12. Enteignung § 130 Ziff. 3. Hamburg: Immobiliarabgabe § 58 Ziff. 6. Mecklenburg: Grundstück § 1 Ziff. 1. Braunschweig: Dienstrenten § 10 Ziff. 18.

§ 9. 1. Müller, PrVBl. 30 613, erkennt als leidiges Ergebnis eines Rechtsfalls an, daß in der ZwV. das auf dem Grundstück eingetragene Rohrlegungsrecht für die Wasserleitung der Gemeinde wegen vorgehender Hypotheken untergehen konnte. Er verweist auf gütliche Einigung mit dem Ersteher oder auf vielleicht mögliche Enteignung.

2. Reallasten §§ 155 Ziff. 1; 16 Ziff. 12; 64 Ziff. 3; 93 Ziff. 2. Räumungsklausel gegen den Wohnungsberechtigten § 93 Ziff. 1. Dienstbarkeit nicht löschen! § 130 Ziff. 2.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: An erster Stelle ist hier das schon in den Vorbemerkungen vor § 873 BGB. erwähnte Buch Sibers: „Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht" zu nennen. Es behandelt in scharfsinniger Weise eine Reihe der wesentlichsten Fragen des formellen Grundbuchrechts. Neu ist die Auffassung Sibers, daß nicht die Eintragungsbewilligung, sondern ihr Nachweis die prozessuale Grundlage rechtsändernder Eintragungen bilde, daß also die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamte nicht vorzulegen, sondern nur nachzuweisen sei. Die Selbstberichte Sibers, die zu den verschiedensten Paragraphen, namentlich zu § 19 aufgenommen sind, geben ein Bild von dem reichen Inhalte der Schrift. Unger hat seine wertvolle Erörterung über die Rechtsmittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit um ein gut Stück weitergebracht (s. die Berichte zu den §§ 71 ff.). Weber hat die Grenzen der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters behandelt (Ziff. II 1 zu §§ 13 ff.); auch Unger hat sich über diese alte Streitfrage ausgesprochen (Ziff. II 2 zu §§ 13 ff.). — Was den Anteil der Rechtsprechung an dem Ausbaue des formellen Grundbuchrechts anbetrifft, so ist zunächst auf die bei § 41 Ziff. I 1 wiedergegebene Entscheidung des KG. aufmerksam zu machen. Das KG. weist hier darauf hin, daß es sich bei dem von ihm und dem RG. in der Nacherbenfrage bisher eingenommenem Standpunkt um die rechtliche Beurteilung von einseitigen Erklärungen des Nacherben gehandelt habe, daß dagegen dann, wenn die Eintragungsbewilligung des Vorerben in einem zweiseitigen Geschäft enthalten ist, die Unentgeltlichkeit der Verfügung regelmäßig durch die Sachlage — s. JDR. 7 zu § 41 Ziff. I 1 — ausgeschlossen sei. Auf der Grundlage dieser Entscheidung wird die Praxis in vielen Fällen zu einem den Anforderungen des Verkehrs gerecht werdenden Ergebnisse gelangen können. Sodann ist hier noch zweier Streitfragen zu gedenken, in denen das RG. den bisherigen Standpunkt des KG. gemißbilligt hat. Das RG. hat ausgesprochen, daß die Erklärung des Antragstellers über die Verteilung des Betrags einer vollstreckbaren Forderung auf die einzelnen Grundstücke nicht der Form des § 29 GBO. bedürfe (zu § 30 Ziff. 2 a) und daß die weitere Beschwerde gegen einen landgerichtlichen, die Vornahme einer Eintragung anordnenden Beschluß auch dann noch (mit dem Ziele der Eintragung eines Widerspruchs oder der Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung) zulässig und das einzige Anfechtungsmittel sei, wenn das Grundbuchamt die Eintragung bereits vorgenommen hat (zu § 80 Ziff. 1).

Literatur: Neue zusammenfassende Erläuterungen der GBO. sind im Berichtsjahre nicht erschienen. Im übrigen sind zu nennen: Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht, und Schröter, Grundbuchentscheidungen, Band VI. S. auch die Literaturangaben zu §§ 13 ff. und §§ 71 ff. sowie die Literaturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

1. **RG.** WarnE. 2 501. Ein Eigentum am Bette öffentlicher Flüsse ist ebenso, wie anerkanntermaßen an öffentlichen Wegen, logisch recht wohl möglich. Diese vom römischen Rechte abweichende deutschrechtliche Auffassung hat sich im

Gebiete des gemeinen Rechtes denn auch nicht bloß bei nicht schiffbaren öffentlichen Flüssen durchgesetzt (**RG. 52** 383), sondern sie ist auch bei schiffbaren öffentlichen Flüssen in dem Urt. des erkennenden Senats vom 3. Juli 1907 (SeuffA. **62** 222) wenigstens insoweit anerkannt worden, als danach landesherrliche Verleihungen, die in früheren Jahrhunderten zu einer Zeit ergingen, wo diese Auffassung herrschend und die Bundesherren tatsächlich wie rechtlich in der Lage waren, die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Flüsse zu bestimmen, aufrechtzuerhalten und zu schützen sind.

2. **RG.** WarnE. 2 283. Die nicht schiffbaren natürlichen Flüsse, Bäche und Wasserläufe sind nach rheinischem Rechte hinsichtlich ihrer Wasserwelle und ihres Bettes res nullius i. S. des § 714 C. c. (vgl. **RG. 12** 340, **30** 307, **53** 45, RheinA **75** 119 Abt. 3, **95** 138 Abt. 1). Es muß also in dem Augenblicke, da die Welle eines natürlichen Gewässers mit dauernder Wirkung irgendeine Landfläche, sei es auch ein früher künstlich geschaffenes Rinnsal, bedeckt, die so überflutete Strecke dem bisherigen Eigentümer des Grund und Bodens entzogen und zur res nullius werden.

§ 4. 1. R. **09** Ziff. 222 (KG.). Die Eintragung mehrerer Katasterparzellen unter verschiedenen Nummern auf dem Titelblatt eines nach dem Form. I PrGBO. vom 5. Mai 1872 eingerichteten Grundbuchblatts läßt nicht erkennen, ob diese Parzellen mehrere selbständige Grundstücke oder ein rechtlich einheitliches Grundstück sind. Die Frage, welches dieser Rechtsverhältnisse vorliegt, ist nach dem sonstigen Inhalte des Grundbuchblatts zu beurteilen. Dies gilt auch für die Zeit seit dem 1. Januar 1900, solange das Grundbuchblatt nach dem alten Formulare fortgeführt wird.

2. v. Henle, R. **09** 382. Vom Standpunkte des Reichsrechts kann gegen die Anlegung von Blättern für Anteile an Grundstücken nichts eingewendet werden. Das BGB. behandelt ebenso wie der Grundstücksverkehr Anteile an Grundstücken, d. h. nicht durch Vermessung und Abmarkung reell abgetrennte Teile von Grundstücken, gleich diesen: sie können wie Grundstücke veräußert und belastet werden.

3. OLG. **18** 196 (KG.). Die ungleichmäßige Belastung kann nicht an sich, sondern nur unter besonderen Umständen die Ablehnung des Zuschreibungsantrags begründen (vgl. **RG. 6** 259, **8** 300).

§ 6. 1. BayRpflZ. **09** 357, R. **09** Ziff. 2510 (BayObLG.). Die Belastung der Teilfläche eines Grundstücks mit einer Hypothek ist weder nach dem früheren Rechte noch nach dem jetzigen Grundbuchrechte nichtig.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 6 GBO. Ziff. 1 auch OLG. **18** 145.

§ 8. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1166. Realgewerberechte dürfen, soweit sie noch bestehen, wie nach früherem Rechte (§ 5 PrGBO. vom 5. Mai 1872 und Turnau Anm. 6 zu § 5), so auch nach dem heutigen (§ 8 DGBO. und Turnau-Förster Anm. 2), auf dem Grundbuchblatte des berechtigten Grundstücks zwar eingetragen werden, diese Eintragung war aber weder zur Begründung noch zur Übertragung der Berechtigung erforderlich (Art. 74 EGBGB., § 64 Einl., §§ 69, 105 ff. ALR. I. 2, §§ 1 ff. ALR. I. 10, OVG. 8 272).

2. HansGZ. **09** Beibl. 33 (Hamburg). Die Eintragung einer Baubeschränkung im Grundbuche des berechtigten Grundstücks von Amts wegen ist nicht zulässig. Vor ihrer Eintragung konnte der Eigentümer die Löschung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks auch ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger bewirken, wenn der Berechtigte einwilligte, nachher aber nicht mehr.

§ 11. 1. BayObLG. **10** 86, BayRpflZ. **09** 192, ZBlFG. **9** 671 (BayObLG.). Die das berechtigte Interesse begründenden Tatsachen müssen angeführt werden, es ist aber nicht erforderlich, sie urkundlich zu belegen. Zur Darlegung des berechtigten Interesses genügt freilich nicht jede Behauptung von Tatsachen, die das Interesse zu begründen vermögen, sondern die Anführung der Tatsachen, auf die der Antrag gestützt wird, muß den Eindruck der Wahrheit machen, es darf nicht

Grund zu dem Verdachte bestehen, daß die gemachten Angaben der Wahrheit nicht entsprechen. Darüber, ob ein berechtigtes Interesse dargelegt ist, entscheidet das freie Ermessen des Grundbuchrichters; findet er Grund zu einem Bedenken, so ist er berechtigt, die Beibringung weiterer Behelfe zu fordern, erscheinen ihm aber die Angaben glaubwürdig, so ist das Verlangen urkundlichen Nachweises nicht gerechtfertigt. S. auch die nächste Ziffer.

2. R. **09** Ziff. 1188, SeuffBl. **09** 425 (BayObLG.). Zur Einsicht des Grundbuchs durch einen Rechtsanwalt genügt regelmäßig die Darlegung des Vollmachtsverhältnisses; von der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde kann in der Regel abgesehen werden, wenn Zweifel an der Angabe nicht bestehen.

3. R. **09** Ziff. 1043, SeuffBl. **09** 467 (BayObLG.). Die Behauptung eines auswärtigen Anwalts, er besitze einen nach Prozeßgericht, Aktenzeichen, Datum und Streitsumme genau bezeichneten Vollstreckungstitel gegen den Grundstückseigentümer, kann als Darlegung des rechtlichen Interesses genügen.

4. OLG. **18** 196 (KG.). Eine auf den Inhaber ausgestellte Vollmacht berechtigt zur Grundbucheinsicht.

5. BayObLG. **9** 551. Die Amtspflicht des Notars, vor der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts über das Eigentum oder über dingliche Rechte an Grundstücken das Grundbuch persönlich einzusehen oder durch einen geeigneten Stellvertreter einsehen zu lassen oder einen Grundbuchauszug einzusehen, geht in der Regel nicht weiter, als notwendig ist, sich zu überzeugen, ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft mit dem Inhalte des Grundbuchs übereinstimmt.

§ 12. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 1681, SeuffA. **09** 486, BayRpflZ. **09** 230, HansGZ. **09** Beibl. 267, ZBlFG. **10** 251. Der Grundbuchrichter handelt nicht fahrlässig, wenn er einen auf Eintragung einer Sicherungshypothek gerichteten Arrestbefehl nicht schneller erledigt, als sonstige bei ihm eingehende Anträge auf Eintragungen in das Grundbuch.

2. RheinA. **106** 56 (Cöln). Unbegründet ist es, eine Klage gegen den Notar daraus herzuleiten, daß er nicht bei Einreichung seines Antrags auf Eintragung des A. als neuen Eigentümers der Grundstücke gemäß § 16 Abs. 2 GBO. ausdrücklich bestimmt habe, A. solle als neuer Eigentümer nicht ohne die Eintragung der Kaufpreishypotheken auf den Grundstücken eingetragen werden. Denn diese Bestimmung war überflüssig, wenn es sich nach Lage der Sache von selbst verstand, daß die eine Eintragung nicht ohne die andere vorzunehmen war, oder wenn diese Bestimmung sich als wenigstens stillschweigend getroffen aus dem ganzen Zusammenhange des Grundstücksverkaufs, der Auflassung und der Hypothekenbewilligung für den Kaufpreis in einem Akte ergibt.

3. BadRpr. **09** 3 (Karlsruhe). Unrichtig ist es, die Heranziehung der Dienstweisung grundsätzlich deshalb abzulehnen, weil sie nicht die Bedeutung einer den Grundbuchbeamten Dritten gegenüber bindenden Amtspflichtenvorschrift, sondern nur diejenige einer innerdienstlichen Anweisung lehrhaften Charakters habe. Wie die Fassung des Gesetzes ergibt, ist im Gegensatze zu den, allgemein von dem Verstoße gegen Amtspflichten handelnden Vorschriften des § 839 BGB. die Anwendung des § 12 GBO. nicht darauf beschränkt, daß eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt wird, sondern getroffen wird jede Verletzung einer solchen Pflicht.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. Literatur: Weber, Die Grenzen des grundbuchrichterlichen Prüfungsrechts, GruchotsBeitr. **53** 352—387.

I. Zulässigkeit der Eintragungen. 1. a) PosMSchr. **09** 101 (KG.). Das Grundbuch ist nur dazu bestimmt, die dinglichen Rechtsverhältnisse zu beurkunden. Es dient nicht zur Aufnahme von Verfügungsbeschrän-

kungen, die auf dem Güterrechte beruhen, ebensowenig zur Verlautbarung des Nichtbestehens solcher Verfügungsbeschränkungen. Deshalb kann die Vorbehaltsguteigenschaft nicht eingetragen werden. b) Weber, GruchotsBeitr. **53** 352. Das Grundbuch dient nur dazu, den Berechtigten auszuweisen, nicht auch über seine Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsfreiheit Auskunft zu geben. Nur solche Rechte können eingetragen werden, deren Eintragung ausdrücklich zugelassen ist. Dazu gehören Verfügungsbeschränkungen, die zu ihrer Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung bedürfen, nicht aber Befreiungen von Beschränkungen des gesetzlichen Güterrechts. Eintragungsfähig bleibt also nur die Gütergemeinschaft, die eine vertragsmäßige und daher der Eintragung bedürftige Verfügungsbeschränkung darstellt.

2. SächsOLG. **30** 64 (Dresden). Das BGB. kennt als Mittel zu einem vorläufigen Schutze von Rechten an Grundstücken und von Ansprüchen auf Einräumung solcher Rechte den Widerspruch, die Vormerkung und das Veräußerungsverbot, die sämtlich die Vornahme weiterer Grundbucheintragungen nicht hindern. Eine Sperrung des Grundbuchs zu diesem Zwecke, wie sie einer Anzahl der früheren Rechte bekannt war, ist damit abgelehnt ... Das vom Amtsgericht an den Erwerber erlassene Verbot, die Ausfertigung der notariellen Urkunde über die Auflassung des Grundstücks zur Herbeiführung seiner Eintragung als Eigentümer zu benutzen, kommt auf eine Sperrung des Grundbuchs hinaus, und zwar auf eine solche, die nur zuungunsten des Erwerbers wirkt, die Verfügungsmacht des Veräußerers dagegen unberührt läßt ... Hieraus ergibt sich, daß das Verbot zu weit geht und in der gewählten Form nicht erlassen werden durfte ... Solange die einstweilige Verfügung aber nicht aufgehoben ist und das Verbot besteht, hat das Grundbuchamt das ihm bekannt gewordene Verbot auch zu beachten und die Eintragung des Beschwerdeführers als Eigentümer des Grundstücks abzulehnen.

3. a) SeuffBl. **09** 357 (München). Eine Verpfändung des Anspruchs auf Teilung einer Erbengemeinschaft eignet sich schon deswegen nicht zur Eintragung in das Grundbuch, weil sie nicht ein Recht an dem zum Gemeinschaftsvermögen gehörenden Grundstücke, sondern ein Forderungsrecht zum Gegenstande hat und weil sie, selbst wenn ihr die Wirkung beigelegt werden könnte, die Teilung und eine sonstige Verfügung über den Anteil an dem Gemeinschaftsvermögen zu hindern, doch gemeinschaftlichen Verfügungen der Teilhaber über das Grundstück nicht entgegenstehen würde. b) BraunschwZ. **09** 58, OLG. **19** 156, ZBlFG. **10** 37 (Braunschweig). Die Pfändung des Erbteils (§ 859 Abs. 2 ZPO.) erfolgt nach § 857 ZPO. Sie bewirkt aber keine dingliche Belastung des Anteils an den einzelnen Nachlaßgegenständen; denn ein solcher Anteil besteht bei der nach den Grundsätzen der gesamten Hand geordneten Erbengemeinschaft des BGB. überhaupt nicht. Folglich kann die Pfändung als solche nicht bei einem zum Nachlasse gehörenden Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden. Die Pfändung enthält aber zugleich eine Verfügungsbeschränkung für den Schuldner.... Die weitaus überwiegende Meinung in der Rechtslehre und Rechtsprechung geht dahin, daß sich die Verfügungsbeschränkung auch auf die einzelnen Nachlaßgegenstände erstrecke.... Diese Verfügungsbeschränkung wirkt jedem gegenüber (§§ 135, 136 BGB.). Sie ist jedoch im Grundbuchverkehr unwirksam, wenn sie weder aus dem Grundbuch ersichtlich, noch dem Erwerber bekannt ist (§ 892 Abs. 1 BGB.). Folglich ist das Grundbuch unrichtig, wenn die Verfügungsbeschränkung nicht bei dem Nachlaßgrundstück eingetragen ist, auf welches sie sich erstreckt. Ebenso LG. Chemnitz, SächsRpflA. **4** 360. c) KGJ. **37** A 273, RJA. **10** 69, ZBlFG. **10** 115 (KG.). Das Kammergericht hat wiederholt ausgesprochen, daß die Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstück unzulässig sei und

deshalb keine Grundlage für eine Eintragung in das Grundbuch biete (KGJ. **20** A 85, **28** A 111), daß dagegen auf Grund einer Verfügung über den Erbanteil eines Miterben eine Eintragung auf das zum ungeteilten Nachlasse gehörige Grundstück stattfinde (KGJ. **26** A 114, OLG. **4** 190, **5** 427), daß insbesondere auch eine Verpfändung (KGJ. **33** A 226) sowie eine Pfändung des Erbanteils als Verfügungsbeschränkung in der zweiten Abteilung des Grundbuchs auf das Nachlaßgrundstück eingetragen werden könne (KGJ. **31** A 263). Nach diesen Grundsätzen ist festzuhalten, daß die Eintragung der Pfändung eines Erbanteils als Verfügungsbeschränkung auf Antrag des Pfändungsgläubigers im Wege der Grundbuchberichtigung auch zulässig ist, wenn das Nachlaßgrundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt. Die Zustimmung des Testamentsvollstreckers ist nicht erforderlich. . . . Nach wiederholten Entscheidungen des Kammergerichts (OLG. **5** 427, KGJ. **33** A 226) hat die Eintragung von Miterben auf dem Titelblatt eines zum ungeteilten Nachlasse gehörenden Grundstücks nur die Bedeutung eines nachrichtlichen Vermerkes darüber, daß die Erben insgesamt als Eigentümer des Nachlasses unmittelbar über das Grundstück zu verfügen berechtigt seien. Entsprechendes gilt für den mit der Eintragung des Miteigentumsrechts der Miterben zusammenhängenden Vermerk, daß ein Miterbe zufolge Pfändung seines Anteilsrechts am ungeteilten Nachlaß in der Verfügungsbefugnis hinsichtlich seines Erbanteils und der einzelnen zum Nachlasse gehörenden Gegenstände beschränkt sei. Der Vermerk ist nur ein berichtigender Zusatz zu der auf dem Titelblatte bewirkten, das Miteigentum der Miterben am Nachlasse betreffenden Eintragung, der das Grundbuch mit der außerhalb desselben geschaffenen Rechtslage in Einklang bringt.

4. HessRspr. **10** 90 (Darmstadt). Der Dispositionsnießbrauch ist unter dem neuem Liegenschaftsrechte nur obligatorisch wirksam, also nicht eintragungsfähig.

5. **RG.** JW. **09** 475. Die Eintragung von bestehenden Realgewerberechten in das Grundbuch ist nicht erforderlich. Die Neubegründung solcher Rechte ist zulässig.

6. SeuffA. **64** 248, ZBlFG. **10** 35 (Dresden). Bringt die Pfändung der Rechte eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnisse, gleichviel in welcher Form sie erfolgt, eine Beschränkung des Schuldners in der Verfügung über die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nicht mit sich, so ist auch die Eintragung der Pfändung eines Anteils auf dem Blatte eines gesellschaftlichen Grundstücks ausgeschlossen.

7. BadRpr. **09** 113 (Karlsruhe). Ein auf Grund des Anfechtungsgesetzes ergangenes Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung kann nicht die Grundlage für einen Eintrag im Grundbuche bilden.

8. BraunschwZ. **09** 142 (Braunschweig). Die nicht durch Erbfolge, sondern lediglich durch Vertrag begründeten Abfindungen sind auch im Geltungsgebiete des Anerbenrechts keine dinglichen Rechte und deshalb auch nicht eintragungsfähig.

9. a) DJZ. **09** 661, OLG. **18** 232, PosMSchr. **09** 44 (KG.). Die in den §§ 5 u. 6 AnsiedelungsG. vom 26. April 1886 und in den §§ 3 u. 4 RentengüterG. vom 27. Juni 1890 bezeichneten Verfügungsbeschränkungen und Verpflichtungen sowie eine dem § 5 des ersten, dem § 3 des zweiten Gesetzes entsprechende Beschränkung in der Verfügung über das ganze Rentengut können auch seit dem Inkrafttreten des BGB. noch in das Grundbuch über ein Rentengut eingetragen werden. b) OLG. **18** 154 (KG.). Ein Ansiedelungsrentengut kann auch in der Weise gebildet werden, daß der Staat das Gut von dem bisherigen Eigentümer erwirbt, und es diesem sofort wieder zu Eigentum überträgt. Ebenso erweist sich das Bedenken als unbegründet, daß ein Rentengut nicht vorliege, weil die vereinbarte Rente zu gering sei, um als wesentlicher Teil der Gegenleistung angesehen werden zu

können. Der Beschluß vom 12. Juli 1906 Y. 794/06 hat allerdings dieselbe Ansicht ausgesprochen, sie ist aber bei nochmaliger Prüfung nicht aufrechtzuerhalten.

10. Busse, R. **09** 673. Die kurz „Anliegerbeiträge" genannten Lasten des Inhalts, daß der Eigentümer verpflichtet ist: a) von dem an der Straße belegenen Teile seines Grundstücks der Stadtgemeinde bei der Regulierung der Straße und eventuell schon vorher soviel unentgeltlich freizulegen und abzutreten, als zur Verbreiterung gemäß der Straßenfluchtlinienfestsetzung erfordert wird, b) die Kosten der ersten Einrichtung, Pflasterung, Entwässerungs- und Beleuchtungsvorrichtung bei der Regulierung zu erstatten, sind, soweit sie als gemeine (öffentliche) Lasten anzusprechen sind (Voraussetzungen: § 15 FluchtlG. vom 2. Juli 1875), gemäß Art. 11 AGGBO. von der Eintragung ausgeschlossen ... Überhaupt ist die unmittelbare Eintragung dieser Ansprüche ins Grundbuch unzulässig. ... Die Mittel zur Eintragung sind eine Vormerkung für die Landabtretung (Auflassung) und eine Höchstbetragssicherungshypothek zur Sicherung des Anspruchs auf Kostenerstattung die beide durch Bewilligung des Eigentümers zur Eintragung gelangen.

11. Kreß, BayNotZ. **1910** 284, Fideikommißmatrikel und Grundbuch.

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. *Weber, GruchotsBeitr. **53** 352—387. Die Grenzen des grundbuchrichterlichen Prüfungsrechts ergeben sich aus den das Grundbuchverfahren beherrschenden Prinzipien. Das Legalitätsprinzip und damit das Prüfungsrecht wird beschränkt durch das formelle Konsensprinzip, das Antragsprinzip und das Publizitätsprinzip. Danach ist der Prüfung des Grundbuchrichters nicht nur der der Bewilligung zugrunde liegende Konsens, sondern überhaupt das Bestehen der einzutragenden Rechtes entzogen, und ist ihm untersagt, das Grundbuch mit der wahren Rechtslage durch Eintragungen von Amts wegen in Übereinstimmung zu halten oder auch nur den öffentlichen Glauben des Grundbuchs dadurch zu erschüttern, daß er gegenüber dem eingetragenen Berechtigten die Interessen der wahren Berechtigten von Amts wegen vertritt (Ausnahme: § 54). Demgemäß unterliegt der Prüfung des Grundbuchrichters: 1. die Verfügungsbefugnis des nicht eingetragenen Berechtigten, nicht aber auch — entgegen dem Kammergerichte — des eingetragenen Berechtigten. Denn: dem eingetragenen Berechtigten gewähren die §§ 19, 40 GBO. einen Rechtsanspruch gegen den Grundbuchrichter auf Eintragung seiner Verfügung. Dies ergibt sich aus den Motiven zu § 39 I. Entw. und der Entstehung des § 892 Abs. 2 BGB. Berechtigter im Sinne des § 40 GBO. ist nicht der materiell und formell Berechtigte, sondern lediglich der Buchberechtigte, sonst wäre es stets Pflicht des Grundbuchrichters, zu prüfen, ob der eingetragene Berechtigte, welcher verfügt, auch der wahre Berechtigte ist, und würde ferner jeder eingetragene Widerspruch das Grundbuch sperren, da er den Nachweis der Nichtberechtigung des eingetragenen Berechtigten voraussetzt. Der Grundbuchrichter darf daher nur das Material berücksichtigen, welches der eingetragene Berechtigte ihm unterbreitet oder in Bezug nimmt, nicht aber andere Tatsachen oder Urkunden, die ihm sonst bekannt sind (z. B. Konkurseröffnung, Pfändung). Selbst im Falle des § 54 muß er nach Eintragung des Widerspruchs die Verfügungen des eingetragenen Berechtigten eintragen; 2. die Eintragungsbewilligung oder die sonstige zur Eintragung erforderliche Erklärung des Betroffenen. Betroffen werden durch die Eintragung auch die Verfügungsbeschränkungen dinglicher Natur, nicht aber die Veräußerungsverbote (z. B. Konkurseröffnung, Pfändung); 3. der Eintragungsantrag, welcher keiner Form, also auch nicht der schriftlichen oder protokollarischen, bedarf; 4. die Erwerbsfähigkeit des einzutragenden Erwerbers, nicht auch dessen Verfügungsfähigkeit (z. B. Auflassung an die in Gütergemeinschaft lebende Frau ohne Einwilligung des Mannes); 5. die Eintragungsfähigkeit des einzutragenden Rechtes. Nur dingliche und ihnen gleichstehende Rechte sind der Ein-

tragung fähig. Der Grundbuchrichter muß also daraufhin die begehrte Eintragung prüfen, nicht aber weiter, ob die Angaben der Beteiligten wahr sind. Auch im Falle des § 48 GBO. hat er also das angegebene Gemeinschaftsverhältnis ohne Prüfung auf dessen Richtigkeit einzutragen. Zugunsten des so eingetragenen Gemeinschaftsverhältnisses gelten die §§ 891, 892 BGB. Soll es erst später eingetragen werden, so bedarf es der Prüfung seines Bestehens. Zur Eintragung eines Rechtes für eine Handelsgesellschaft oder die Gemeinschaft der Miterben bedarf es also nicht eines Zeugnisses des Register- oder Nachlaßrichters.

2. Unger, BuschsZ. **39** 40. Im § 29 GBO. wird fast allgemein der Ausdruck der Bestimmung gesehen, daß im Gegensatze zu § 12 FGG. die Grundbuchbehörde nicht von Amts wegen Ermittelungen anstellen, sondern nur die von den Beteiligten aufgestellten Behauptungen und beigebrachten Beweise berücksichtigen dürfe. Diese Bestimmung ist jedoch nicht genügend zum Ausdrucke gekommen, da sie auch nicht selbstverständlich, vielmehr für behördliche Tätigkeit die Untersuchungsmaxime die durch die Natur der Sache gegebene Regel ist, die Verhandlungsmaxime Ausnahme und insbesondere für die Führung öffentlicher Bücher, die Rechtsverhältnisse festzustellen bestimmt sind, zweckwidrig ist, da ferner die Untersuchungsmaxime auch für Antragssachen nicht ausgeschlossen ist, so gilt grundsätzlich die im § 12 FGG. zum besonderen Ausdrucke gelangte Pflicht der Behörde auch für Grundbuchsachen. Jene allgemeine Ansicht ist nur insofern aus einem unklaren Gefühle des Richtigen hervorgegangen, als die natürliche Begrenzung der Ermittelungspflicht in den meisten Grundbuchsachen zur Beschränkung der behördlichen Tätigkeit auf die Benutzung lediglich der von den Beteiligten beigebrachten Nachweise führen wird.

3. OLG. **18** 111 (KG.). Der Grundbuchrichter darf bei Prüfung der Verfügungsbefugnis auch den ihm bekannt gewordenen Inhalt der Grundbuchakten berücksichtigen. Dieser wiederholt aufgestellte und festgehaltene Grundsatz (KGJ. **20** 283, **23** 119, **25** 117, **27** 98) kann aber nur dann Anwendung finden, wenn die Eintragung erst die dingliche Wirkung der Verfügung herbeiführen soll. Ist dagegen der dingliche Erwerb eines eingetragenen Rechtes bereits außerhalb des Grundbuchs eingetreten, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung nicht deshalb versagen, weil ihm eine Verfügungsbeschränkung oder ein sonstiges Bedenken gegen das Verfügungsrecht des Veräußerers bekannt geworden ist (KGJ. 28 A 92).

4. R. **09** Ziff. 572, HansGZ. **09** Beibl. 149, OLG. **18** 118 (Hamburg). Bei der Frage, wer der Berechtigte ist, dessen Recht durch eine Eintragung ins Grundbuch betroffen wird, ist für das Grundbuchamt lediglich der Inhalt des Grundbuchs maßgebend. Ob das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt oder nicht, ist grundsätzlich nicht zu prüfen, selbst dann nicht, wenn Zweifel gegen die Richtigkeit des Grundbuchs angeregt sind.

5. BadRpr. **09** 178 (LG. M.). Wenn der Grundbuchbeamte weiß, daß der Eingetragene nicht der wirklich Berechtigte ist, so hat er die Eintragung abzulehnen; sind ihm Tatsachen bekannt, aus denen sich ein begründeter Anlaß ergibt, an der Verfügungsberechtigung des Eingetragenen zu zweifeln, so ist er zum mindesten berechtigt, die Beseitigung dieser Zweifel von den Beteiligten zu verlangen und bis dahin die bewilligte Eintragung abzulehnen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich jene Tatsachen aus dem Inhalte des Grundbuchs oder der Grundakten, aus den vorgelegten Urkunden oder den Erklärungen der Beteiligten ergeben oder ob sie dem Grundbuchbeamten sonstwie — insbesondere aus seiner anderweiten dienstlichen Tätigkeit — in zuverlässiger Weise bekannt geworden sind.

6. ZBlFG. **10** 253 (Dresden). Richtig ist, daß die Eintragungen in das Grundbuch nicht auf Grund des Kausalgeschäfts, sondern auf Grund der nach §§ 19, 20 GBO. abgegebenen Erklärungen der Beteiligten erfolgen und daß deshalb das

Kausalgeschäft an sich für die Frage nach der Zulässigkeit einer Eintragung nicht in Betracht kommt. Andererseits ist jedoch dabei zu berücksichtigen, daß das Grundbuchamt die Verfügungsmacht des von der Eintragung Betroffenen bezüglich seines gesetzlichen Vertreters zu prüfen hat. Wenn sonach der Pfleger je für den einen seiner Pflegebefohlenen Eintragungen zugunsten des anderen Pflegebefohlenen bewilligt, so ist zu prüfen, ob eine Verbindlichkeit zur Herbeiführung der Rechtsänderung besteht, deren Eintragung bewilligt wird. Denn nur unter dieser Voraussetzung ist nach BGB. § 181 der Pfleger — ausnahmsweise — zu der Bewilligung der Eintragung befugt. Dies berechtigt und verpflichtet den Grundbuchrichter, in derartigen Fällen die Gültigkeit des Kausalgeschäfts zu prüfen.

7. RJA. **10** 153 (Jena). Nach der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Meinung hat das Grundbuchamt nicht nachzuforschen, ob die bei der Hypothekenbestellung von dem Schuldner als Gläubiger angegebene natürliche oder juristische Person tatsächlich oder rechtlich existiert. Es darf sich genügen lassen, wenn als Gläubiger eine natürliche oder juristische Person ersichtlich bezeichnet ist. Ist freilich als Gläubiger angegeben, wer Subjekt von Rechten nicht ist und nicht sein kann (z. B. der verstorbene H. oder eine Konkursmasse oder ein Verein ohne Rechtsfähigkeit), so ist das Grundbuchamt zur Ablehnung beantragter Eintragung berechtigt und verpflichtet. Darüber hinaus ist es aber auch dann schon zur Beanstandung des Eintragungsantrags befugt, wenn der Gläubiger, der keine natürliche Person ist, in dem Antrag in einer Weise bezeichnet wird, die Zweifeln an seiner Rechtsfähigkeit Raum läßt; so z. B. dann, wenn ein Personenverein als Gläubiger eingetragen werden soll und der Besitz der Rechtsfähigkeit nicht wenigstens behauptet ist. Kann dagegen der im Antrag angegebene Gläubiger nach der gewählten Bezeichnung als rechtsfähige Person existieren, dann darf der Grundbuchrichter Nachweise über die tatsächliche und rechtliche Existenz regelmäßig nicht weiter fordern, es sei denn etwa, daß er bestimmten Grund zu der Annahme hat, es solle seine Mitwirkung zu einer unredlichen Handlung mißbraucht werden.

8. KGJ. **37** A 262 (KG.). Das Grundbuchamt kann kraft seiner Amtspflicht, innerhalb der gesetzlichen Grenzen für die Übereinstimmung des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage zu sorgen, trotz des § 19 GBO. bewilligte Eintragungen ablehnen, sofern es weiß, daß das Grundbuch dadurch unrichtig werden würde (vgl. KGJ. **36** A 172, 256).

9. SchlHolstAnz. **09** 332 (LG. Altona). Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker innerhalb der ihm im § 2205 BGB. eingeräumten Verfügungsbefugnis handelt, und kann deshalb den Nachweis verlangen, daß die Verfügung nicht unentgeltlich ist; eine Rechtsvermutung spricht hierfür nicht. Die Führung dieses Nachweises ist indessen nicht an die Form des § 29 GBO. gebunden, da es sich lediglich um eine Frage der Legitimationsprüfung handelt.

10. ElsLothJZ. **09** 201 (Colmar). Ob im einzelnen Falle ein Abwesenheits- oder ein Nachlaßpfleger zu bestellen ist, bleibt der pflichtmäßigen Beurteilung des zuständigen Gerichts überlassen, und ist die Nachprüfung hierüber nicht Sache des Grundbuchrichters.

11. HessRspr. **10** 15. Der Antrag eines Ehegatten, für dessen Ehe, wie dem Richter bekannt, Gütergemeinschaft besteht, ein käuflich erworbenes Grundstück als Alleineigentum eines der Ehegatten einzutragen, ist vom Grundbuchrichter abzulehnen.

12. BadRpr. **09** 195 (LG. Offenburg). Zur Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand, dessen Veräußerung nach dem Anfechtungsgesetz angefochten worden ist, genügt das Urteil, welches den Anfechtungsgegner zur Duldung

der Zwangsvollstreckung verurteilt, als Vollstreckungstitel; es ist nicht erforderlich, daß auch der gegen den Schuldner vorhandene Vollstreckungstitel vorgelegt wird.

13. Josef, BadRpr. **09** 32. Dem Grundbuchamte steht die Nachprüfung der Richtigkeit eines Urteils nur insoweit zu, als es sich um die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung auf Grund der grundbuchrechtlichen Vorschriften handelt. Abgesehen hiervon steht dem Grundbuchamt eine Prüfung, ob das Urteil zu Recht ergangen ist, nicht zu, insbesondere auch nicht die Prüfung, ob die Partei vor dem Prozeßgerichte mit Recht vertreten gewesen ist. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Urteils, das eine Verpflichtung als vorhanden feststellt. Dagegen gilt dies nicht für den prozeßgerichtlichen Vergleich. War beim Vergleichsabschlusse die Partei durch einen Anwalt vertreten und enthält der Vergleich die Verpflichtung der vertretenen Partei zur Abgabe einer Willenserklärung, so kann die Partei im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 797 Abs. 4 ZPO. durch Klage geltend machen, daß dem Anwalte die Vertretungsmacht gefehlt habe. Enthält der Vergleich schon die Willenserklärung, z. B. eine Löschungsbewilligung, so kommt der Vergleich nicht als Vollstreckungstitel in Betracht; er steht hier vielmehr lediglich einer sonstigen freiwillig erklärten Bewilligung gleich und es ist demnach dem Grundbuchamte die Vertretungsmacht in der Form des § 29 GBO. nachzuweisen.

§ 13. 1. * Siber, Buchrechtsgeschäft 34 f. Der Eintragsantrag ist ohne materiell-rechtliche Bedeutung. Sein Fehlen kann aber zu dem Schlusse zwingen, daß auch die materielle Rechtsänderung nur unter der Bedingung des künftigen Antrags gewollt sei; darum können bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, wie die Auflassung, wegen Fehlens des Antrags nichtig sein.

2. SeuffA. **64** 87 (KG.). Die Fähigkeit eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, in Grundbuchsachen im Namen anderer Anträge zu stellen und Beschwerde zu führen, ist mangels einer dem § 79 ZPO. entsprechenden Vorschrift für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Grundbuchsachen lediglich davon abhängig, ob er fähig ist, bevollmächtigt zu werden. Diese Fähigkeit ist nach § 165 BGB. grundsätzlich zu bejahen. Es ist aber zu beachten, daß der Minderjährige zu Willenserklärungen im eigenen Namen, die, wie eine Beschwerde, ihn kostenpflichtig machen, nach § 107 BGB. der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf.

3. BayOLG. **9** 491. Der Antrag, von einer Hypothekenforderung, die nach der Eintragung im Hypothekenbuch in Fristen zu tilgen ist, einen bezahlten Teilbetrag zu löschen, darf vom Grundbuchamte nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil in dem Antrag nicht die getilgten Fristen bezeichnet sind.

4. Meikel, R. **09** 337 ff. Hält man, was streitig ist, die Vermögensbeschlagnahme auf Grund der §§ 332 ff. StPO. für eintragungsfähig, so ist nicht das Gericht, sondern der Pfleger, der das Grundstück in Verwaltung zu nehmen hat, berechtigt, die Eintragung der Verfügungsbeschränkung und eine etwa vorher notwendige Berichtigung des Grundbuchs zu beantragen.

§ 14. 1. KGJ. **37** A 273, RJA. **10** 69 (KG.). Der § 14 bezweckt, dem Gläubiger, der auf Grund eines vollstreckbaren Titels eine Zwangsvollstreckung in ein Grundstück oder in ein daran bestehendes Recht seines Schuldners betreiben könnte, wenn der Schuldner als Berechtigter eingetragen stände, die Herbeiführung der Eintragung des Schuldners als Berechtigten zwecks Ermöglichung der Zwangsvollstreckung zu erleichtern. Die Anwendbarkeit des § 14 GBO. setzt daher voraus, daß der Gläubiger sich im Besitz eines vollstreckbaren Titels befindet, auf Grund dessen im Wege der Zwangsvollstreckung eine Eintragung in das Grundbuch verlangt werden kann. Daß der Titel gerade eine Verurteilung des Schuldners zur Bewilligung einer Eintragung enthalten müsse, ist nicht erforderlich; es genügt vielmehr jeder Titel, der einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Vornahme einer Ein-

tragung im Wege der Zwangsvollstreckung gewährt, z. B. ein auf Zahlung einer Geldsumme lautendes, die Eintragung einer Zwangshypothek begründendes Urteil.... Das gegen einen Miterben erstrittene, auf Zahlung einer Geldsumme lautende vollstreckbare Urteil gewährt kein Recht auf Zwangsvollstreckung in das zum ungeteilten Nachlasse gehörige und unter der Verwaltung des Testamentsvollstreckers stehende Grundstück; zur Herbeiführung einer Eintragung auf dieses Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung wäre vielmehr ein gegen alle Erben bzw. gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich (§§ 747, 748 ZPO.).... Auch der Pfändungsbeschluß, durch den der Anteil eines Miterben gepfändet wird, ist kein vollstreckbarer Titel; er ist in Vornahme der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil erlassen, rechtfertigt aber seinerseits nicht die Vornahme neuer selbständiger Zwangsvollstreckungsmaßregeln.

2. ElsLothJZ. **09** 425 (Colmar). Der Gläubiger eines noch in Gemeinschaft zu gesamter Hand mit seinen Miterben lebenden Schuldners kann die Zwangsversteigerung eines einzelnen zum Nachlasse gehörigen Grundstücks nicht herbeiführen, solange er nicht den Anteil des Schuldners am Nachlasse gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen. Es steht ihm deshalb auch vorher nicht das Recht zu, die Eintragung des Eigentums an dem Grundstücke zu beantragen.

§ 15. 1. R. **09** Ziff. 3459 (BayObLG.). Ist in einer Notariatsurkunde der Notar ermächtigt, Anträge zum Vollzuge der Urkunde zu stellen, und die Eintragungsbewilligung zu erläutern, so erstreckt sich diese Befugnis gleichwohl nicht auf die Erklärung, eine vor Grundbuchanlegung ohne Briefausschluß bestellte, erst nach Grundbuchanlegung zum Eintrage kommende Hypothek sei als Buchhypothek bestellt.

2. SeuffBl. **09** 670, BayRpflZ. **09** 337 (BayObLG.). Die fehlende Bestimmung über die Reihenfolge, in der die Eintragungen beantragt werden sollen, kann, da es sich nur um eine Ergänzung der Anträge handelt, nach § 15 GBO. von dem Notar getroffen werden, der die Eintragungsbewilligung beurkundet hat.

3. Die Entsch. des OLG. Colmar JDR. **7** zu § 15 Ziff. 5 auch OLG. **18** 199.

4. v. Henle, R. **09** 382. Der Ansicht, daß § 15 GBO. auch für den ausländischen Notar gilt, wird man im Interesse des Rechtsverkehrs zustimmen können, obwohl im allgemeinen anzunehmen ist, daß die deutschen Gesetze, soweit nicht ein anderes erhellt, unter Notar einen nach deutschen Gesetzen bestellten Notar verstehen; immerhin wird aber vorauszusetzen sein, daß der ausländische Notar nach den deutschen Gesetzen zur Aufnahme der Erklärung, auf Grund deren er den Eintragungsantrag stellt, zuständig war, außerdem kann wohl von der vermuteten Ermächtigung zur Antragsstellung nicht wohl die Rede sein.

§ 16. 1. BayObLG. **10** 164. Ist in der Auflassung unter Bestellung einer Kaufpreishypothek bestimmt worden, daß von den beantragten Eintragungen keine ohne die andere erfolgen soll, so steht der Umstand, daß der Verkäufer sich verpflichtet hat, die Löschung von Rechten herbeizuführen, die der Hypothek vorgehen, der sofortigen Eintragung nicht entgegen.

2. SeuffBl. **09** 670, BayRpflZ. **09** 337, R. **09** Ziff. 2511, BayNotZ. **1910** 425, ZBlFG. **10** 257 (BayObLG.). Die im § 16 Abs. 2 GBO. für den Fall der Beantragung mehrerer Eintragungen dem Antragsteller eingeräumte Befugnis, zu bestimmen, daß die eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll, setzt, wie in den Motiven zum Entw. I der GBO. 72 bemerkt wird, voraus, daß die in solcher Weise zusammenhängenden Anträge bei demselben Grundbuchamte gestellt sind, weil nur in diesem Falle einheitliche Erledigung der verbundenen Anträge möglich ist. Ein gegenseitiges Benehmen der Grundbuchämter, wie es Predari, GBO. 280 Anm. 7 zu § 16, für gewisse besondere Fälle für geboten erachtet, führt nur zu der begründeten Erwartung, daß der zuerst erfolgenden Eintragung die andere als-

bald nachfolgen werde, und eine Verpflichtung dazu kann aus dem § 16 Abs. 2 nicht hergeleitet werden. In dem von Predari angeführten Falle ergibt sie sich aus der landesrechtlichen Vorschrift, deren Zweck nur auf diesem Wege erreicht werden kann. Eine Eintragung mit Vorbehalt der Vornahme einer anderen Eintragung durch ein anderes Grundbuchamt, die Oberneck, Reichsgrundbuchr. I § 21 zu Note 54, verlangt, ist der GBO. fremd. Sind die Anträge bei verschiedenen Grundbuchämtern zu stellen, so darf aus dem Zusammenhang, in dem sie vermöge des ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses stehen, nicht die Bestimmung entnommen werden, daß die eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll.

§ 17. HessRspr. **10** 84 (LG. Darmstadt). Hat der Grundbuchrichter gegen § 17 GBO. verstoßen, so wird dadurch das Grundbuch nicht unrichtig; ein dinglicher Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegen denjenigen, der bei sachgemäßer Geschäftsbehandlung nicht oder nicht mit dem ihm zugewiesenen Range hätte eingetragen werden dürfen, ist ausgeschlossen.

§ 18. I. Allgemeines. 1. KGJ. **37** A 212 (KG.). Der § 18 GBO. bezieht sich nur auf solche Fälle, in denen einer beantragten Eintragung ein zu hebendes Hindernis entgegensteht, in denen also der Antrag an einem Mangel der Begründung leidet, nicht auf solche Fälle, in denen ein geänderter Antrag Aussicht auf Erfolg haben würde.

2. OLG. **18** 199 (KG.). Das Wort „inzwischen" im § 18 Abs. 1 Satz 2 bedeutet nicht „bis zum Ablaufe der bestimmten Frist", sondern „bis zur Zurückweisung des Antrags". Die Zurückweisung wegen eines Hindernisses, zu dessen Hebung eine Frist gestellt ist, kann daher nur dann geschehen, wenn die Hebung des Hindernisses nicht bis zu dem Zeitpunkt erfolgt ist, in dem der Grundbuchrichter die Zurückweisung verfügt. . . . Die Bestimmung einer Frist ist nach § 18 zulässig, wenn nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Grundbuchamts die Hebung des Hindernisses ohne Schwierigkeit möglich erscheint; es ist dagegen belanglos, welcher Art das Hindernis ist und ob es auf materiellem oder formellem Rechte beruht.

II. Die Zurückweisung. 1. HessRspr. **10** 92 (LG. Mainz). Die Aufhebung eines zurückweisenden Beschlusses hat zwar die Wirkung, daß die Eintragung auf Grund des ursprünglich gestellten Antrags zu erfolgen hat; auf die inzwischen erfolgten Eintragungen übt sie jedoch keinen Einfluß aus. Eine von dem Beschwerdegerichte nach § 76 GBO. zu erlassende einstw. Verfügung hätte keinen Wert, und der Hinweis des Beschwerdeführers, daß im Falle der Zwangsvollstreckung der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Anwendung komme, muß hier versagen. Denn es handelt sich um die Reihenfolge der Eintragungen, die von dem Grundbuchrichter zu beachten ist (§§ 17, 46 GBO.).

2. OLG. **18** 212 (Colmar). Erneuerung eines abgewiesenen Antrags ist auch in der Form einer Bezugnahme auf diesen Antrag zulässig.

III. Die Zwischenverfügung. 1. SchlHolstAnz. **09** 253, ZBlFG. **10** 403 (KG.). Die auf einen Eintragungsantrag ergehende Zwischenverfügung des Grundbuchamts muß im Falle des § 15 GBO. dem Notar zugestellt werden. Das KG. läßt dagegen dahingestellt, ob auch eine Zurückweisung oder die erfolgte Eintragung dem Notar bekannt zu machen ist.

2. ZBlFG. **10** 39 (Dresden). Allerdings darf das Grundbuchamt die von ihm bestimmte Frist verlängern. Ein Grund für die Verlängerung kann jedoch nicht aus der erfolgten oder der zu erwartenden Einlegung einer Beschwerde, sondern nur daraus entnommen werden, daß die Frist zur Beseitigung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses zu kurz bemessen erscheint.

3. a) OLG. **18** 200 (KG.). Wenn die Behebung des Hindernisses leicht zu bewerkstelligen ist, ist bei sachgemäßer Anwendung des § 18 Abs. 1 eine Frist zu bestimmen, auch wenn eine unrichtige Bezeichnung des Grund-

stücks vorliegt und diese auf grober Nachlässigkeit beruht haben sollte (KGJ. **20** 275, **24** A 83, OLG. **8** 308). **b**) DJZ. **09** 495 (BayObLG.). Ergibt sich aus der Hypothekenbestellungsurkunde in Verbindung mit der dort angegebenen Stelle des Hypothekenbuchs (Grundbuchs) ohne weiteres, daß eines der zu belastenden Grundstücke aus Versehen mit einer unrichtigen Plannummer bezeichnet worden ist, und kann über die gemeinte Plannummer kein Zweifel bestehen, so ist die Eintragung der Hypothek auf dem Blatte dieses Grundstücks nicht von der Beibringung einer den Irrtum berichtigenden Nachtragsurkunde abhängig zu machen.

§ 19. I. Wesen der Eintragungsbewilligung. *Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach dem Reichs-Grundbuchrechte. 1. Die Eintragungsbewilligung ist a) bei Grundbuchberichtungen von selbständiger, nur verfahrensrechtlicher (prozessualer) Bedeutung (9 f., 19 f.). Ihre Adresse ist stets das Grundbuchamt. Der Form nach muß sie mindestens beglaubigt sein; denn § 29 GBO. verlangt zwar auch bei der Berichtigungsbewilligung nicht urkundliche Erklärung, sondern nur urkundlichen Nachweis; ein solcher ist aber, da sie nur mit ihrem Zugange beim Grundbuchamte wirksam wird, überhaupt nur zu führen, wenn sie in urkundlicher Form an das Grundbuchamt gerichtet wird (15 ff.). Ist die Berichtigung ein Eigentümereintrag, so muß entweder die Unrichtigkeit bewiesen oder es müssen die Eintragungsbewilligung und die Eintragszustimmung des einzutragenden Eigentümers (§ 22 Abs. 2 GBO.) in Auflassungsform erklärt sein, d. h. bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile, aber nicht notwendig in einer Form, die den Anschein einer rechtsgeschäftlichen Auflassung erweckt (22 ff.). b) Bei Rechtsänderungseinträgen ist die Eintragsbewilligung des „Betroffenen" inhaltlich ein bloßer Ausschnitt aus einer materiell-rechtlichen Verfügungserklärung, entweder aus einer Haupterklärung oder aus einer Zustimmung (27 ff.). Sie ist in der einen oder der anderen stets mit Notwendigkeit enthalten, wenn die gewollte Rechtsänderung ohne Eintragung unmöglich ist. Möglich ist aber, daß die Eintragsbewilligung der allein ernst gemeinte Bestandteil einer im übrigen nicht ernstlichen Verfügungserklärung, daß sie der pure einer bedingten oder befristeten, der antizipierte einer erst in Zukunft abzugebenden Verfügungserklärung ist (11 f., 19 f., 32 f., 37, 45). Sie ist nicht formbedürftig, da sie nach § 29 GBO. nicht urkundlich zu erklären, sondern nur urkundlich zu beweisen ist. Eine Erklärungsform ist damit nur erfordert, wenn die Eintragsbewilligung unmittelbar an das Grundbuchamt erklärt ist; denn dann fällt der zu ihrer Wirksamkeit erforderliche Zugang an das Grundbuchamt notwendig mit ihrem Nachweise zusammen (wie unter a). Anders, wenn sie, was nach §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2 BGB. meist ebensogut möglich ist, zunächst an den Gegner adressiert ist; da sie dann schon mit dem Zugange beim Gegner wirksam wird, kann ihr urkundlicher Nachweis auch geführt werden, wenn sie formlos erklärt ist, nämlich durch Ausfertigung eines sie feststellenden Urteils (13 ff.). Ausdrücklichkeit ist nur mittelbar erfordert, sofern nach § 28 GBO. der Nachweis der Eintragsbewilligung nur als geführt erachtet werden soll, wenn darin das Grundstück und ein etwaiger Geldbetrag buchmäßig bezeichnet ist; das kann nicht konkludent geschehen (17 f.). Unbedingt, unbefristet, unzweideutig braucht sie nicht zu sein; es ist nur erforderlich, daß auch der Bedingungseintritt oder der Sinn der Erklärung urkundlich bewiesen wird (18 f.). 2. Die Eintragsbewilligung ist, wenn sie in mindestens beglaubigter Form an das Grundbuchamt gerichtet ist, von diesem gleichmäßig zu behandeln, wenn sie Berichtigung, wie wenn sie Rechtsänderung bezweckt; was von beiden gewollt ist, ist dann für das Grundbuchamt belanglos und oft nicht zu erkennen (20 ff.). Wenn die Bewilligung einer Eigentümereintragung und die Eintragszustimmung des als Eigentümer Einzutragenden (§ 22 Abs. 2 GBO.) in Auflassungsform, d. h. bei gleichzeitiger Anwesenheit beider vor dem Grundbuchamt erklärt sind,

so ist auch hier die Behandlung bei Berichtigungs-, wie bei Rechtsänderungseinträgen die gleiche, und das Grundbuchamt hat nicht zu fragen, was von beiden gewollt ist (22 ff.). 3. Die Fähigkeit zur Erklärung der Eintragsbewilligung ist auch bei Grundbuchberichtigungen gleich der Fähigkeit zu materiellen Verfügungsgeschäften (25 ff.). 4. Ist außer der Eintragsbewilligung des „Betroffenen" auch die Zustimmung eines Nichtbetroffenen nachzuweisen (§ 29 GBO.: sonstige Erklärungen), so genügt der Nachweis, daß die Zustimmung erteilt ist. Der Nachweis, daß sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder einer bestimmter Adresse gegenüber erklärt sei, ist nicht erforderlich. Die Vorschriften des materiellen Rechtes über Adresse und Rechtzeitigkeit der Zustimmung zu Rechtsgeschäften, z. B. §§ 108 Abs. 2, 1829 Abs. 2 BGB., können auf die Eintragsbewilligung nicht angewandt werden, weil sie zwischen Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften unterscheiden; die Eintragsbewilligung als bloßer Ausschnitt aus einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ist aber weder Vertrag noch einseitiges Rechtsgeschäft (30 ff.). Sie passen auch deshalb nicht, weil häufig der zur Eintragsbewilligung legitimierte „Betroffene" nach materiellem Rechte nur zustimmt, während ein Nichtbetroffener die Haupterklärung abgibt, z. B. bei Verfügungen eines Nichtberechtigten mit Zustimmung des Berechtigten gemäß § 185 BGB. (28 ff.).

II. Empfangsbedürftigkeit der Eintragsbewilligung. KGJ. **37** A 221 (KG.). Eintragungsbewilligungen sind nicht rein einseitige, sondern sogenannte empfangsbedürftige Willenserklärungen, die entweder gegenüber dem Grundbuchamt oder gegenüber demjenigen abzugeben sind, mit dem die Einigung zu erfolgen hat oder zu dessen Gunsten ein Recht aufgegeben wird.

III. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. BraunschwZ. **09** 87, R. **09** Ziff. 1381, OLG. **18** 233 (Braunschweig). Die Eintragungsbewilligung muß den Inhalt haben, der nach den materiell-rechtlichen Bestimmungen erforderlich ist, um die beantragte Rechtsänderung herbeizuführen. Dieser Willensinhalt muß in der Eintragungsbewilligung zum Ausdrucke kommen, und zwar muß ein Ausdruck gewählt werden, der den Willen unmittelbar und unzweideutig erkennen läßt. Erklärungen, denen es an der nötigen Ausdrücklichkeit und Deutlichkeit fehlt, insbesondere auch stillschweigende, indirekte Willenserklärungen sind für den Grundbuchverkehr mit Rücksicht auf die Gefahr, die der öffentliche Glaube des Grundbuchs mit sich bringt, nicht brauchbar. Dem Grundbuchrichter ist nicht zuzumuten, sich auf die Auslegung zweideutiger Urkunden einzulassen und der Bedeutung konkludenter Handlungen nachzuforschen (**RG. 54** 381). Angewendet auf das Wort: „die Beteiligten" im Falle der Anwesenheit mehrerer Personen. ... S. dagegen DNotV. **09** 345.

2. ElsLothNotZ. **09** 237 (Colmar). Der Grundbuchrichter hat nur zu prüfen, ob die ihm vorgelegte Bewilligung der Eintragung einer Hypothek den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und ob sie insbesondere alle wesentlichen gesetzlichen Bestandteile enthält. Er kann die Eintragung nicht verweigern, weil die Bewilligung angeblich nicht zugunsten des gemäß der vorgelegten Urkunde nach seiner Ansicht berechtigten Gläubigers erfolgt sei.

IV. Der Betroffene. 1. KGJ. **37** A 286, R. **09** Ziff. 1597, SeuffBl. **09** 395, ElsLothNotZ. **09** 156 (KG.). Die Worte „derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird" ,bezeichnen zwar im § 19 GBO. ebenso wie im § 40 Abs. 1 GBO. den Inhaber des Rechtes, und es erscheint nicht statthaft, diesen Worten im § 19 GBO. einen anderen als diesen ihnen nach ihrem deutlichen Wortlaute zukommenden Sinn etwa dahin beizulegen, daß sie denjenigen bezeichnen sollten, der über das Recht verfügen kann. Der § 19 GBO. behandelt aber nur den Regelfall, in dem der Berechtigte selbst die Verfügungsmacht über sein Recht hat. Die Eintragung einer Hypothek auf dem zum eingebrachten Gute gehörigen Grundstück einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau kann daher auf Grund der Ein-

tragungsbewilligung des Mannes nur erfolgen, wenn die Zustimmung der Frau in der Form des § 29 GBO. nachgewiesen ist. Ebenso KG. 19. 10. 08, KGJ. **37** A 289.

2. Güthe, BayRpflZ. **09** 197. Nicht darauf kommt es an, daß das Recht von derjenigen materiellen Rechtsänderung betroffen wird, deren Bewirkung Zweck der Rechtsänderungserklärung nebst der Eintragung ist, sondern das allein ist maßgebend, daß die Eintragung als solche, die Eintragung unabhängig von ihrer Wirkung eine Beeinträchtigung des Rechtes der Beteiligten herbeiführt.

3. Die Entscheidungen des **RG.** (JDR. **7** Ziff. II 4 zu § 19) auch RJA. **9** 258, R. **09** Ziff. 954, DNotV. **09** 240. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das BayObLG. 8. 5. 08, BayObLG. **9** 270, 376. **b)** BayObLG., SeuffBl. **09** 638, BayRpflZ. **09** 337, BayObLG. **10** 261, BayNotZ. **1910** 350. Die Entsch. des **RG. 69** 177 (JDR. **7** Ziff. II 4 zu § 19) ist auch auf die Fälle anzuwenden, in denen die Vorschrift des § 1445 nach Landesgesetz für den Güterstand einer vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehe gilt, weil es dem Sinne des Landesgesetzes widersprechen würde, der Vorschrift in diesen Fällen eine andere Bedeutung beizulegen, als ihr in den Fällen der ersten Art zukommt.

4. KGJ. **37** A 289, R. **09** Ziff. 959, RJA. **9** 274 (KG.). Wenn eine unverheiratete Grundstückseigentümerin die Eintragung einer Hypothek auf ihr Grundstück in bindender Weise bewilligt hat, der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt aber erst gestellt wird, nachdem sie eine Ehe mit dem gesetzlichen Güterstande geschlossen hat, so kann die Eintragung der Hypothek nur mit Einwilligung des Mannes erfolgen. Es genügt materiell zur Herbeiführung der Rechtsänderung und demgemäß formell zur Eintragung nicht, wenn der Verfügende in dem Zeitpunkt, in dem er die Einigung oder Aufgabe und damit die Bewilligung in bindender Weise erklärt hat, zu der Verfügung befugt war. Denn die in bindender Form erklärte Einigung oder Aufgabe steht unter der Rechtsbedingung, daß die Eintragung im Grundbuch erfolgt.

5. KGJ. **37** A 283, SeuffBl. **09** 640 (KG.). Die Eintragung der Belastung eines Grundstücks einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugunsten des Geschäftsführers kann auf Grund der von dem Geschäftsführer selbst namens der Gesellschaft erklärten Eintragungsbewilligung nicht erfolgen. Denn die Eintragungsbewilligung soll, wenn sie auch in erster Linie ein Akt des formellen Grundbuchrechts ist, doch, wie dieses überhaupt, der Verwirklichung und Beurkundung des materiellen Liegenschaftsrechts dienen und ist deshalb nur wirksam, wenn der Bewilligende die nach dem materiellen Rechte zu beurteilende Macht zur Bewilligung hat, d. h. wenn er nach §§ 873, 877 BGB. zur Einigung oder nach § 875 BGB. zur einseitigen Aufgabe des Rechtes Macht hat.

6. SeuffBl. **09** 711 (KG.). Der auf eine Bewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers gestützte Antrag, die Hypothek auf einen neuen Gläubiger umzuschreiben, darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil der Hypothekengläubiger früher die Löschung der Hypothek bewilligt hat.

7. OLG. **18** 264, R. **09** Ziff. 325, RJA. **10** 150 (Hamburg). Die Zinserhöhung einer zu dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörenden Hypothek bedarf nicht der Zustimmung der Kinder.

§ 22. I. Wesen der Berichtigungsbewilligung. S. zu § 19 GBO. Ziff. I 1 a.

II. Unrichtigkeit des Grundbuchs. 1. BayObLG. **10** 91, BayRpflZ. **09** 211 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 22 GBO. gilt nicht für solche Unrichtigkeiten des Grundbuchs, die ihren Grund darin haben, daß das Grundbuchamt bei der Eintragung die ihm bekannte Rechtslage unrichtig beurteilt hat (OLG. **2** 258, RJA. **3** 258, **5** 111, **RG. 55** 404, Predari, GBO. Anm. 9 zu § 22).

2. OLG. **18** 210 (KG.). Wenn der Gläubiger auch nach der Berichtigung derselbe bleiben, nur seine Bezeichnung, sein Name richtiggestellt werden soll, so hat eine solche Richtigstellung der Grundbuchrichter von Amts wegen vorzunehmen (KGJ. **27** 248) und auf Grund von ihr kann dann, ohne daß § 40 GBO. noch entgegenstände, die Hypothek gelöscht werden.

3. R. **09** Ziff. 3839 (KG.). Änderung der Berufsstellung und des Wohnorts macht die Grundbucheintragung lediglich tatsächlich unrichtig. Eine solche Eintragung ist von der Berichtigung von Amts wegen ausgeschlossen. Dagegen Schmitz, R. **09** 833.

III. Nachweis der Unrichtigkeit. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 22 Ziff. I 1 a auch ElsLothNotZ. **09** 105, OLG. **18** 111.

IV. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. BayObLG. **9** 328 (BayObLG.). Ist die Eintragung einer Person als Alleineigentümer eines Grundstücks nach den Umständen, die dem Grundbuchamte bei der Eintragung vorlagen, gerechtfertigt gewesen, so bedarf es, wenn sich später herausstellt, daß der als Alleineigentümer Eingetragene nur Miteigentümer ist, zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Miteigentumsverhältnisses nicht der Zustimmung des als Alleineigentümer Eingetragenen. Die Beibringung der Zustimmung kann aber verlangt werden, wenn Grund zu einem Bedenken besteht, ob die behauptete wirkliche Rechtslage in völlig verlässiger Weise nachgewiesen worden ist.

2. R. **09** Ziff. 2837 (BayObLG.). Die nachträgliche Angabe der Miteigentumsbruchteile kann zwar im Wege der Grundbuchberichtigung, aber nur auf Parteiantrag und nach Zustimmung der sämtlichen Miteigentümer geschehen; die Bezugnahme in der Eintragung auf anderweitige Urkunden genügt hierfür nicht.

3. KGJ. **37** A 274, RJA. **10** 69, R. **09** Ziff. 1595 (KG.). Der Gläubiger, der den Erbanteil eines Miterben auf Grund eines gegen diesen erstrittenen vollstreckbaren Urteils hat pfänden lassen, muß, wenn er zwecks Eintragung der Pfändung als Verfügungsbeschränkung die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erben des verstorbenen Eigentümers als Grundstückseigentümer beantragen will, die Zustimmung sämtlicher Erben, insbesondere auch seines Schuldners, in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Form beibringen.

4. KGJ. **37** A 273, RJA. **10** 69 (KG.). Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers darf nach § 22 Abs. 2 GBO., sofern nicht der Fall des § 14 vorliegt, nur mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen. Die Zustimmung muß, wenn das Eigentum mehreren gemeinschaftlich, sei es nach Bruchteilen, sei es zur gesamten Hand, zusteht, von allen Eigentümern in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form erklärt werden (KGJ. **25** A 113).

5. OLG. **18** 208 (KG.). Die Erfordernisse einer nicht dem § 48 entsprechenden Berichtigung sind im § 22 bestimmt. Danach genügt die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer und der Nachweis, daß von vornherein das Miteigentum von ihnen oder ihren Besitzvorgängern in dem nunmehr anerkannten Verhältnis erworben worden ist. Kann dieser Nachweis nicht hinreichend erbracht werden, so bedarf es auch der rechtsgeschäftlichen Zustimmung derjenigen Realberechtigten, für welche auf einem der ideellen Anteile ein Recht eingetragen steht.

6. Weber, GruchotsBeitr. **53** 352. Den Nachweis der Gütergemeinschaft kann der Grundbuchrichter nach § 22 GBO. nur verlangen, wenn der andere Ehegatte ohne Bewilligung des eingetragenen Ehegatten die Eintragung seines Rechtes verlangt. Geht dieser Antrag aber von dem erwerbenden Ehegatten aus, so muß auch von der Bewilligung des anderen Ehegatten selbst dann abgesehen werden, wenn es sich um seine Eintragung als Miteigentümer handelt. Denn der § 22 Abs. 2 GBO., wonach es zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers der Zustimmung des Eigentümers bedarf, ist hier nicht anwendbar. Die

Miteintragung des anderen Ehegatten unter Angabe des gütergemeinschaftlichen Verhältnisses bedeutet nämlich gar nicht die Eintragung eines neuen Eigentümers, sondern tut nur kund, daß der bisher eingetragene Eigentümer nach Maßgabe der für die Gütergemeinschaft geltenden Bestimmungen in der Verfügung über das Grundstück beschränkt ist. Mithin findet auch hier nur § 19 GBO. Anwendung.

V. Grundbuchberichtigungszwang. *Steinhauser, ThürBl. **09** 81—92. Ein Berichtigungszwang ist landesgesetzlich einführbar. Der mangelnde Vorbehalt im materiellen Rechte und den Verfahrensvorschriften steht nicht entgegen, ebensowenig § 22 GBO., wenn man die Frage vom Standpunkte des reinen öffentlichen Rechtes aus beantwortet.

§ 23. 1. ElsLothNotZ. **09** 90 (KG.). Unter Rückständen im Sinne des § 23 GBO. sind nur solche Mehrforderungen zu verstehen, die der Berechtigte aus dem Grundstücke selbst oder von dem Eigentümer als solchen verlangen kann. Dies trifft aber bei einer Vermietung oder anderen Rechtsgeschäften des Nießbrauchers über das Grundstück mit Dritten nicht zu.

2. NaumburgAK. **09** 53 (LG. Halle). Der § 23 GBO. bezieht sich auch auf Hypotheken.

§ 27. I. Wesen der Löschungsbewilligung. SeuffBl. **09** 711 (KG.). Eine Löschungsbewilligung hat eine zweifache Bedeutung. Sie ist einerseits formelle Eintragungsbewilligung im Sinne des § 875 Abs. 1 BGB. (**RG. 54** 378, insbes. 384). Als formelle Bewilligung hat die Löschungsbewilligung lediglich die Wirkung, einem Antrag auf Löschung des Rechtes als Unterlage dienen zu können (vgl. KGJ. **33** A 331). Als materielle Aufgabeerklärung hat sie nach § 875 BGB. lediglich die Wirkung, in Verbindung mit der Löschung im Grundbuche das eingetragene Recht aufzuheben.

II. Einzelne Fälle. 1. OLG. **18** 202 (KG.). Zur Löschung des Nießbrauchs an einer Hypothek ist nach § 27 Abs. 2 Satz 1 GBO. die Zustimmung desjenigen erforderlich, welchem die Hypothek zusteht. Dies hat seinen Grund darin, daß der Nießbrauch infolge Zusammentreffens mit der belasteten Hypothek als nicht erloschen gilt, soweit der Gläubiger der Hypothek ein rechtliches Interesse an ihrem Fortbestehen hat (§§ 1063, 1068 BGB.). Das Interesse des Gläubigers soll geschützt werden. Dessen bedarf es aber nur beim Erlöschen des Nießbrauchs durch Konfusion. Erlischt der Nießbrauch durch den Tod oder Verzicht des Nießbrauchers (§§ 1061, 1064, 1072 BGB.), so kann der Gläubiger kein Interesse an dem Fortbestehen des erloschenen Rechtes im Grundbuche haben und seine Zustimmung ist nicht erforderlich, . . . Auch ist für eine Löschung zur Berichtigung des Grundbuchs die Zustimmung nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.

2. BayObLG. **9** 652, R. **09** Ziff. 132 (BayObLG.). Zur Löschung einer gepfändeten Hypothekenforderung genügt nicht die Erklärung des Hypothekengläubigers über seine Befriedigung und der Löschungsantrag des Eigentümers des belasteten Grundstücks, sondern es bedarf auch der Einwilligung des Pfandgläubigers oder des durch öffentliche Urkunden zu führenden Nachweises, daß das Hypothekenrecht schon vor der Eintragung der Pfändung erloschen oder auf den Eigentümer übergegangen ist.

3. S. auch zu § 1132 BGB. Ziff. II 1 a, b.

§ 28. 1. ElsLothJZ **09** 383 (Colmar). § 28 gibt nur den allgemeinen Grundsatz, daß jede Willenserklärung bestimmt und unzweideutig sein muß, in seiner Anwendung auf das Grundbuchrecht in der Form einer Verfahrensvorschrift wieder, die den Zweck hat, die Tätigkeit des Grundbuchamts zu erleichtern und zu verhindern, daß eine Eintragung in bezug auf ein unrichtiges Grundstück vorgenommen wird. Eine allzu wörtliche Auslegung des § 28 kann seinem Sinne nicht gerecht werden. Es brauchen nicht alle Angaben, mit welchen das betreffende Grundstück in dem

Grundbuche bezeichnet ist, in der Eintragungsbewilligung oder dem Antrage wiederholt zu werden; es genügt eine Bezeichnung durch diejenigen Angaben, welche keinen Zweifel daran lassen, welches Grundstück gemeint ist.

3. BayRpflZ. **09** 150, SeuffBl. **09** 390 (BayObLG.). Nach § 28 Satz 1 GBO. ist ein Grundstück, das nicht auf einem besonderen Grundbuchblatt eingetragen ist, in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuche zu bezeichnen; ein aus einer bisherigen Teilfläche neugebildetes Grundstück muß daher mit der Plannummer bezeichnet werden, mit der es in das Grundbuch und das Sachregister eingetragen wird (BayObLG. **3** 1053, **7** 49).

3. R. **09** Ziff. 2693, BayNotZ. **10** 414 (BayObLG.). Ergibt sich aus den sonstigen Anführungen des Eintragungsantrags mit genügender Deutlichkeit, welches Grundstück gemeint ist, so ist eine irrige Angabe der Plannummer unschädlich.

4. HessRspr. **10** 52 (LG. Darmstadt). Die praktische Erwägung muß zu der Auslegung des § 28 GBO. führen, daß die mit dem Grundbuch übereinstimmende Bezeichnung des Grundstücks in der Eintragungsbewilligung erst im Zeitpunkte der Eintragung des bewilligten dinglichen Rechtes vorzuliegen braucht (Fuchs-Arnheim, GBO. § 28 Anm. 6; Güthe, § 28 Anm. 10).

5. R. **09** Ziff. 1189 (KG.). Bei Zusammenlegungen haben Eintragungsbewilligungen, solange die eingetretenen Eigentumsveränderungen in das Grundbuch noch nicht übertragen sind, formell die alten Grundstücke gemäß § 28 GBO. zu bezeichnen, wiewohl die Beteiligten materiell bereits über die Abfindungsstücke verfügen. Kann das Grundbuchamt aus den Abfindungsbescheinigungen der Generalkommission klar ersehen, daß die an einen neuen Eigentümer aufgelassenen Abfindungsstücke an die Stelle eines alten Grundstücks oder eines Bruchteils eines alten Grundstücks getreten sind, so ist es möglich, die Eigentumsveränderung für dieses alte Grundstück oder dessen Bruchteil einzutragen. Es ist aber nicht Sache des Grundbuchamts, verwickelte Berechnungen anzustellen. Handelt es sich um Bruchteile, so muß es den Beteiligten überlassen bleiben, die Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligung durch eine klare Angabe der nur durch die Angabe der Abfindungsstücke bezeichneten Bruchteile der alten Grundstücke zu ergänzen, oder wenn die Beteiligten diese Bruchteile nicht berechnen wollen oder können, durch einen gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 G. v. 26. Juni 1875 bei der Auseinandersetzungsbehörde zu stellenden Antrag die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Abfindungsstücke herbeizuführen.

6. *Siber, Buchrechtsgeschäft 18. Ist der Sinn der Erklärung zweifellos und die Nachholung der buchmäßigen Bezeichnung des Grundstücks und des (etwa in Talern angegebenen) Geldbetrags untunlich, so ist ein Eintragsantrag nicht wegen bloßen Verstoßes gegen § 28 zurückzuweisen.

§ 29. I. Allgemeine Bedeutung des § 29. 1. *Unger, BuschsZ. **39** 92 ff. § 29 enthält nur eine Beweisregel, nämlich das Verbot, tatsächliche Feststellungen auf Grund anderer als gewisser Arten von Erkenntnismitteln zu treffen; im übrigen gilt auch für Grundbuchsachen die Untersuchungsmaxime, wie sie für andere Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Ausdrucke gelangt ist.

2. *Siber, Buchrechtsgeschäft. § 29 schreibt für die Eintragsbewilligung nicht eine Erklärungsform, sondern nur eine Beweisform vor.

II. Anwendungsgebiet des § 29. OLG. **18** 211 (KG.). Der Grundbuchrichter ist als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen verpflichtet, sich die für seine Amtstätigkeit erforderliche Kenntnis des ausländischen Rechtes, soweit tunlich, selbst zu verschaffen (OLG. **8** 223 Ziff. 19 f.).

III. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. R. **09** 749 (KG.). Der im Art. 2 des Staatsvertrags zwischen dem Deutschen Reiche und der Schweiz über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden vom

14. Februar 1907 (RGBl. 411) vorgesehene Beglaubigungsvermerk braucht sich nicht unmittelbar auf die Unterschrift des Ausstellers zu beziehen; er ersetzt nur die sonst erforderlich werdende Legalisation durch die zuständigen Beamten des einheimischen Staates.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** Ziff. II 2 zu § 29 auch SeuffBl. **09** 145.

3. KGJ. **37** A 226 (KG.). Der Einzelkaufmann kann über eine auf seinen Familiennamen im Grundbuch eingetragene Hypothek unter seiner Firma verfügen und insbesondere eine die Hypothek betreffende Eintragungsbewilligung mit seiner Firma in öffentlich beglaubigter Form unterzeichnen.

IV. Vollmacht. 1. KGJ. **37** A 239 (KG.). Ob mit dem Erlöschen der Hauptvollmacht zugleich die von dem Bevollmächtigten erteilte Untervollmacht erlischt, bestimmt sich nach dem Umfange sowohl der Hauptvollmacht, als auch der Untervollmacht. Ist die Hauptvollmacht zeitlich begrenzt erteilt, so ist der Bevollmächtigte im Zweifel nicht ermächtigt, eine zeitlich unbegrenzte Untervollmacht zu erteilen. ... Der Bevollmächtigte kann in zweifacher Art Untervollmacht erteilen: entweder dahin, daß er zu seiner eigenen Vertretung bei den auf Grund der Vollmacht vorzunehmenden Handlungen einen Dritten bevollmächtigt, oder dahin, daß er kraft der ihm eingeräumten Vertretungsmacht im Namen des Machtgebers zu dessen Vertretung einem Dritten Vollmacht erteilt. In dem ersten Falle ist der Dritte Bevollmächtigter nicht des ersten Machtgebers, sondern des Hauptbevollmächtigten; er handelt nicht in unmittelbarer Vertretung des Machtgebers, sondern nur in Vertretung des Hauptbevollmächtigten im Namen des Machtgebers. ... In dem zweiten Falle wirkt dagegen die im Namen des Machtgebers erteilte Untervollmacht unmittelbar für den Machtgeber; der Unterbevollmächtigte wird unmittelbarer Vertreter des Machtgebers, seine Handlungen wirken nur für den Machtgeber, nicht für den Hauptbevollmächtigten. ... Die Untervollmacht, die nur zur unmittelbaren Vertretung des Hauptbevollmächtigten ermächtigt, erlischt mit dem Erlöschen der Hauptvollmacht. ... Die Untervollmacht dagegen, deren Erteilung ein unmittelbares Vollmachtsverhältnis zwischen dem Unterbevollmächtigten und dem Machtgeber begründet, braucht nicht mit dem Wegfalle der ersten Vollmacht zu erlöschen.

2. DJZ. **09** 1336 (Colmar). Wenn auch der Bevollmächtigte nach Maßgabe der ihm erteilten Vollmacht berechtigt sein kann, einen Ersatzbevollmächtigten mit der Wirkung zu bestellen, daß dieser an seiner Stelle unmittelbarer Vertreter des Auftraggebers wird, so kann er trotz dieses Rechtes auch eine Untervollmacht nur zu seiner Vertretung erteilen. Welcher Art die von ihm erteilte Untervollmacht ist, ist Sache der tatsächlichen Feststellung. Im ersten Falle kann der Bevollmächtigte ohne Verletzung des § 181 BGB. mit dem Unterbevollmächtigten als dem nunmehrigen Vertreter des Auftraggebers einen Vertrag abschließen, im zweiten aber nicht.

3. a) KGJ. **37** A 221 (KG.). Der Nachweis des Bestehens einer Vollmacht in einem bestimmten Zeitpunkte zerfällt in den Nachweis der Erteilung der Vollmacht und in den Nachweis, daß die Vollmacht bis zu dem entscheidenden Zeitpunkte nicht erloschen ist. Der Nachweis der Erteilung der Vollmacht zerfällt wiederum in den Nachweis des Inhalts dieser Willenserklärung und in den Nachweis, daß die Erklärung gemäß § 167 BGB. gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten abgegeben ist. Der Inhalt der Erklärung des Vollmachtgebers ist in den Formen des § 29 GBO. nachzuweisen. Die öffentlich beglaubigte Abschrift einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde ist geeignet, diesen Beweis zu erbringen. ... Die Abgabe der Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden ... bedarf nicht des Nachweises in den Formen des § 29 GBO. Das Grundbuchamt hat vielmehr in freier Würdigung aller ihm bekannten Tatsachen und der allge-

meinen Erfahrungsgrundsätze zu prüfen, ob diese Tatsache bewiesen ist, und die Tatsache mangels entgegenstehender Gründe regelmäßig als bewiesen anzusehen, wenn nachgewiesen ist, daß der Vertreter im Besitze der Urschrift oder einer Ausfertigung der Vollmachtserklärung ist (vgl. die nähere Ausführung in KGJ. **35** A 325 ff.).... Die Frage des Erlöschens der Vollmacht ist ebenfalls in freier Würdigung des Tatbestandes zu beantworten. Die rein gedachte Möglichkeit eines Erlöschens der Vollmacht ist dabei nicht geeignet, die Annahme des Erlöschens zu rechtfertigen, sofern nicht andere Umstände, wie z. B. der Ablauf einer erheblichen Zwischenzeit, hinzukommen (vgl. KGJ. **33** A 172, **35** A 236). **b)** KGJ. **37** A 221 (KG.). Der Rechtssatz, daß eine Eintragung auf Grund der Eintragungsbewilligung eines Vertreters nur erfolgen könne, wenn nachgewiesen sei, daß der Vertreter bei der Abgabe der Bewilligung Vertretungsmacht gehabt habe, ist, abgesehen von dem Falle der Genehmigung der Bewilligung durch den Vertreter, nicht zu beanstanden.... Die Abgabe der Erklärung erfolgt, wenn der Vertreter zwar zur Zeit der Niederschrift oder Beglaubigung, nicht aber zur Zeit der Abgabe Vertretungsmacht hat, nicht innerhalb der Vertretungsmacht und kann deshalb nach § 164 BGB. nicht für und gegen den Vertretenen wirken.... Ob das Grundbuchamt das Bestehen der Vollmacht nicht nur für den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Empfangsberechtigten, sondern auch für den Zeitpunkt zu prüfen habe, in dem die Erklärung dem Empfangsberechtigten zugeht und dadurch nach § 130 BGB. wirksam wird, kann zweifelhaft sein, da der § 164 BGB. die Vertretungsmacht nur für den Zeitpunkt der Abgabe zu verlangen scheint und da der Einflusse der zwischen der Abgabe und dem Zugehen der Erklärung eintretenden Ereignis im § 130 BGB. nicht einheitlich geregelt ist. **c)** HansGZ. **09** Beibl. 242, RJA. **10** 159 (Hamburg). Aus dem Besitz einer Vollmachtsurkunde wird regelmäßig auf das Fortbestehen der Vollmacht geschlossen. — Die Tatsache dieses Besitzes wird vom Notar beurkundet, dagegen hat der Grundbuchrichter zu prüfen, ob der Inhalt der Vollmacht den Bewilligenden ermächtigt.

4. **a)** KGJ. **37** A 231 (KG.). Die unter der Herrschaft des PrALR. einem Rechtsanwalte für den Machtgeber und dessen Erben erteilte Generalvollmacht erlischt nicht durch den nach dem 1. Januar 1900 eintretenden Tod des Machtgebers. **b)** KGJ. **37** A 231 (KG.). Die von dem Erblasser für sich und seine Erben erteilte Generalvollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten zur Verfügung über die Nachlaßgegenstände auch insoweit, als diese der Verwaltung eines von dem Erblasser ernannten Testamentsvollstreckers unterliegen. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung enthält keinen rechtswirksamen Widerruf der für die Erben erteilten Vollmacht. Diese wirkt so lange, bis ein Widerruf seitens des Testamentsvollstreckers erfolgt.

5. KGJ. **37** A 227, R. **09** Ziff. 1601 (KG.). Die Vertretungsmacht des von dem Einzelkaufmanne bestellten Prokuristen erstreckt sich auf das gesamte Vermögen des Prinzipals. Der Prokurist ist gesetzlich ermächtigt, die Löschung einer auf den Familiennamen des Einzelkaufmanns im Grundbuch eingetragenen Hypothek zu bewilligen.... Die Bewilligung der Löschung einer Hypothek ist unzweifelhaft ein Geschäft, das der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt.

6. R. **09** Ziff. 3458 (BayObLG.). Die Vorschrift gilt auch für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft, die unter Bezugnahme auf das Statut Bevollmächtigung seitens des Vorstandes zur Vornahme eines Grundbuchgeschäfts behaupten. Das Verlangen, von dieser Prüfung abzusehen, wäre gleichbedeutend mit der Behauptung einer allgemeinen Ermächtigung jedes einzelnen Vorstandsmitglieds zur Vornahme grundbuchrechtlicher Geschäfte. Will die Genossenschaft ihre Beteiligung am Grundstücksverkehre durch eine solche Maßnahme erleichtern, so bietet ihr der § 42 GenG. die Möglichkeit (BayObLG. **8** 42). Der

Vorstand kann einzelnen seiner Mitglieder die allgemeine Vollmacht zur Vertretung der Genossenschaft bei grundbuchrechtlichen Geschäften erteilen. Der allgemein Bevollmächtigte kann auch verpflichtet werden, von der Vollmacht nur zur Vornahme der vom Vorstande beschlossenen Geschäfte Gebrauch zu machen, dadurch wird aber nicht seine Vertretungsmacht eingeschränkt, sondern nur das innere Verhältnis zwischen ihm und der Genossenschaft beeinflußt. Es ist aber nicht möglich, durch eine Bestimmung des Statuts jedem Vorstandsmitglied als solchem die Befugnis zu erteilen, bei Rechtsgeschäften gewisser Art für sich allein die Genossenschaft zu vertreten; eine solche Bestimmung würde mit der Vorschrift des § 25 Abs. 1 Satz 3 GenG. im Widerspruche stehen, nach der für Willenserklärungen des Vorstandes nicht weniger als zwei Mitglieder bestimmt werden dürfen (Parisius-Crüger, GenG. [6] 234 Erl. 4 zum § 25).

7. ElsLothNotZ. **09** 201 (LG. Metz). Auf Grund der in einem Kaufvertrage durch die Verkäufer erteilten Vollmacht, „Vormerkungen und Einträge aller Art in Grund- und Eigentumsbüchern zu bewilligen und solche löschen zu lassen", kann der Bevollmächtigte nur zugunsten der im Vertrage genannten Käufer „die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung" bewilligen.

8. *Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 417, 472 ff. Wird das Gewerkenbuch vom Gerichte geführt, so genügt es nicht, wenn der bisherige Gewerke bewilligt, daß der Erwerber in das Buch eingetragen werde und zugleich die Umschreibung beantragt. Dieser Antrag muß vom Erwerber gestellt werden. Vollmacht ist zulässig.

V. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. OLG. **18** 206 (KG.). Wenn der Landrat einer anderen Behörde gegenüber mündlich eine Erklärung namens des Kreisausschusses abgibt, so darf der Nachweis einer Vollmacht von ihm nicht verlangt werden. Von dieser Vorschrift macht zwar der § 137 Abs. 3 KreisO. für diejenigen Rechtsgeschäfte eine Ausnahme, „welche den Kreis gegen Dritte verbinden sollen". Dazu gehört aber die Auflassung nicht; denn dieser Rechtsakt ist ein Leistungsgeschäft, durch das nicht eine rechtliche Verpflichtung übernommen, sondern erfüllt wird. Durch die vom Landrate für den Kreiskommunalverband erklärte Auflassung wird der Kreis daher nicht „verbunden". Hiervon verschieden ist die Frage, welche materiell-rechtliche Bedeutung den namens des Kreisausschusses abgegebenen mündlichen Erklärungen des Landrats beizumessen ist. In dieser Beziehung hat der Grundbuchrichter zu prüfen, ob der Kreistag die Veräußerung des Grundstücks beschlossen hat — denn nur nach Maßgabe eines derartigen Beschlusses ist der vom Landrate nach außen vertretene Kreisausschuß berechtigt, die Auflassung zu erklären — und ob der Bezirksausschuß nach § 176 Ziff. 4 KreisO. die Veräußerung genehmigt hat (KGJ. **16** 86). Diese Voraussetzungen müssen nach § 29 Satz 2 GBO. durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden.

2. OLG. **18** 207 (KG.). Rechtliche Stellung des Landratsvertreters.

3. **a)** KGJ. **37** A 321 (Cöln). Im Geltungsbereiche der KirchenO. für die evangelischen Gemeinden der Provinz Westfalen und der Rheinprovinz v. 5. März 1835 steht das Pfarrdotalgut nicht im Eigentume der Pfarre als einer juristischen Person, sondern im Eigentume der Kirchengemeinde. **b)** KGJ. **37** A 321, R. **09** Ziff. 750 (Cöln). Der Austausch eines zu dem Pfarrdotalgute gehörigen Grundstücks gegen ein anderes Grundstück stellt an sich keine Verwendung des kirchlichen Vermögens zu anderen als den bestimmungsmäßigen Zwecken im Sinne des KirchenG. betr. die kirchliche Aufsicht über die Vermögensverwaltung der Kirchengemeinden v. 18. Juli 1892 dar und bedarf daher an sich nicht der Genehmigung des Evangelischen Oberkirchenrats und des Ministers der geistlichen Angelegenheiten.

4. ElsLothJZ. **09** 26 (Colmar). Die Löschung einer auf dem Grundstück einer

Gemeinde lastenden Hypothek ist in Elsaß-Lothringen von der Genehmigung des Gemeinderats abhängig.

5. KGJ. **37** A 268 (KG.). Zur Veräußerung von ganzen Landgütern oder Häusern, die einer mit den Rechten einer juristischen Person beliehenen Versorgungsanstalt im Sinne des § 42 II. 19 PrALR. gehören, bedarf es der Genehmigung der Ministerialinstanz.

VI. Offenkundigkeit. KGJ. **37** A 226 (KG.). Die Annahme, Offenkundigkeit im Sinne dieser Vorschrift liege auch dann vor, wenn das Grundbuchamt die Voraussetzungen der Eintragung auf Grund des bei demselben Amtsgericht, aber in einer anderen Abteilung geführten Handelsregisters feststellen kann (OLG. **6** 475 [Colmar]), erscheint nicht unbedenklich (Predari, GBO. § 29 Anm. 11).

§ 30. 1. du Chesne, BuschsZ. **38** 494 ff. Liegt kein Grund vor, die Vollmacht zum Eintragungsantrag anders zu behandeln als diesen selbst, so muß für sie dasselbe gelten, was aus der Natur des Grundbucheintragungsverfahrens für den Antrag hergeleitet werden muß; es bedarf zwar auch für sie nicht der besonderen Form des § 29 GBO., aber doch einer Form, die zur Sicherung auch des künftigen Nachweises ihres Vorhandenseins geeignet ist, d. i. der schriftlichen Form, oder, wenn sie mündlich erklärt ist, der Protokollierung in anderer Form als der des § 29 GBO. . . . Es liegt kein Grund vor, die Vollmacht zur Beschwerde gegen Abweisung des Eintragungsantrags anders zu behandeln; denn sie kann ebensogut wie die Vollmacht zum Eintragungsantrage, zur Grundlage der Eintragung werden und ist deshalb von der gleichen Wichtigkeit wie diese. Enthält ja doch der Beschwerdeantrag eine Wiederholung des Eintragungsantrags (aM. KGJ. **32** 286, 288).

2. a) **RG.** 3. 7. 09, **71** 312, RJA. **10** 142, JW. **09** 476, SeuffBl. **09** 632, ElsLoth. JZ. **09** 595, BayRpflZ. **09** 334, BayNotZ. **1910** 406, ElsLothNotZ. **09** 292. Der § 30 GBO. erfordert für Eintragungsanträge und für Vollmachten zur Stellung von solchen Anträgen die Formen des § 29 nur dann, wenn durch den Antrag „zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll". Man ist darüber einig, daß danach nur sog. „reine" Eintragungsanträge von den Formvorschriften des § 29 GBO. ausgenommen sind, daß dagegen Anträge, die zugleich materiellrechtliche, zur Eintragung erforderliche Erklärungen enthalten (sog. gemischte Anträge), den Formvorschriften unterliegen. Die Abgrenzung des formellen von dem materiellen Rechte bereitet indessen, namentlich bei den Zwangshypotheken, Schwierigkeiten. Bereits in der Begründung des ersten Entwurfes ist darauf hingewiesen, daß dem Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek als solchem insofern, als der Gläubiger einseitig auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung die Zwangseintragung in Anspruch nimmt, die Natur eines dispositiven Willensakts nicht abzusprechen ist. Gleichwohl sollte indessen von der Formalisierung dieser Anträge abgesehen werden. Dementsprechend ist man auch gegenüber § 30 der geltenden GBO. darüber einig, daß der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek, dem der Schuldtitel beiliegt, an sich der öffentlichen Form nicht bedarf. In betreff der Verteilung einer einzutragenden Hypothek auf mehrere Grundstücke des Schuldners (§ 867 Abs. 2 ZPO.) will man aber eine Ausnahme machen. Die fragliche Verteilung soll nicht bloß ein notwendiger Bestandteil des Eintragungsantrags, sondern darüber hinaus ein materielles Erfordernis der Eintragung sein. In Konsequenz dieser Auffassung erklären Güthe und Meikel auch bei Einzelgrundstücken die Beschränkung des Eintragungsantrags auf einen Teil der erstrittenen Forderung für einen materiellen Akt und für formbedürftig. Sie ist es indessen nicht mehr und nicht minder wie die Beschränkung der Eintragung der ganzen Forderung auf eines von mehreren Grundstücken desselben Schuldners. Also auch in diesem Falle müßte man einen Formalakt erfordern. Indessen ist die materielle

Natur bei allen diesen Anträgen genau dieselbe wie bei dem einfachen Eintragungsantrage. Der Schuldner muß sich alle diese Eintragungen gefallen lassen und darf nicht widersprechen. Der Gläubiger aber kann etwaige Irrtümer durch Löschung und anderweitige Eintragung wieder beseitigen. Es wird durch eine seinen Wünschen nicht entsprechende Eintragung jedenfalls weniger geschädigt, als wenn die Eintragung überhaupt unterbleibt. Ebenso BayOLG. 15. 5. 09, SeuffBl. **09** 609, Bay. ObLG. **10** 222; aM. OLG. Colmar 20. 8. 09, ElsLothNotZ. **09** 293 (u. unter c). **b**) KG. 9. 11. 08, KGJ. **37** A 299, RJA. **10** 60, R. **09** Ziff. 1575, 2598, ZBlFG. **10** 109. Der Gläubiger kann die Eintragung einer Sicherungshypothek in Gemäßheit der §§ 866, 867 Abs. 1 ZPO. auch in Höhe eines geringeren als des in dem vollstreckbaren Schuldtitel angegebenen Betrags beantragen. Für einen solchen Antrag sowie für die Vollmacht zur Stellung eines solchen Antrags ist die Beobachtung der Formvorschriften des § 29 GBO. nicht erforderlich (aM. Güthe I 243 zu § 30 Anm. 3). **c**) ElsLothJZ. **09** 425, ElsLothNotZ. **09** 293 (Colmar). Ein Eintragungsantrag, der eine Verteilungserklärung nach § 867 Abs. 2 ZPO. enthält, bedarf der durch § 29 GBO. vorgeschriebenen Form, d. h. muß in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde gestellt werden. **d**) Josef, BadRpr. **09** 24. Eine zur Eintragung erforderliche Erklärung im Sinne des § 30 GBO., die durch den Eintragungsantrag ersetzt wird, liegt nur vor, wenn die Erklärung etwas begrifflich vom Antrage Verschiedenes, also eine materiell-rechtliche, rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist. Dagegen ist die Erklärung des Gläubigers, durch die er nach § 867 Abs. 2 ZPO. die Verteilung der zu sichernden Forderung auf die mehreren Grundstücke des Schuldners bestimmt, eine rein das Verfahren betreffende Erklärung, sonach lediglich ein notwendiger Bestandteil des Eintragungsantrags. Daher ist der Eintragungsantrag und die Vollmacht hierzu, auch wenn der Antrag jene Verteilungserklärung enthält, nach § 30 GBO. formfrei.

3. Josef, BadRpr. **09** 12. Die im § 313 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. vorgeschriebene Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten im Urteile hat für das Grundbuchamt, bei dem der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers eine Zwangseintragung beantragt, nicht die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses über die Vertretungsmacht und befreit also das Grundbuchamt nicht von der ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegenden Pflicht zur Prüfung der Bevollmächtigung. Nach § 30 GBO. bedarf es aber für den hier vorliegenden Fall der Vollmacht zum reinen Eintragungsantrage nicht des im § 29 ebenda vorgeschriebenen Nachweises durch öffentliche und beglaubigte Urkunden; folglich hat das Grundbuchamt nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob der Prozeßbevollmächtigte als Vertreter des Gläubigers ausgewiesen ist, und hierzu muß grundsätzlich die Tatsache genügen, daß er als Vertreter vom Prozeßgericht anerkannt, im Urteil als solcher bezeichnet ist. Das Grundbuchamt kann daher nur beim Vorliegen besonderer Zweifel gegen die Richtigkeit dieser Bezeichnung einen besonderen Vollmachtsausweis verlangen.

§ 32. *Unger, BuschZ. **38** 544. Die Vorschrift erstreckt sich nicht auf die Zurücknahme der gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags erhobenen Beschwerde.

§ 34. 1. PosMSchr. **09** 101 (KG.). Der Nachweis, daß ein Gegenstand zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten gehört, kann auch durch Vorlegung eines Ehevertrags geführt werden.

2. OLG. **18** 213 (KG.). Wie schon der Beschluß (OLG. **12** 158) in Übereinstimmung mit dem OLG. Colmar ausgeführt hat, kann der Nachweis, daß zwischen Ehegatten Gütertrennung besteht, dem Grundbuchamt auch durch Vorlegung des Ehevertrags erbracht werden. Der Umstand, daß 6 Jahre seit dem Abschlusse dieses Vertrags verflossen sind, kann mangels eines abweichenden Inhalts des Grund-

buchs oder sonstiger Anhaltspunkte einen Zweifel an dem Fortbestehen des im Vertrag aus-bedungenen Güterrechts nicht begründen.

3. Die Entsch. des OLG. Colmar JDR. **7** zu § 34 Ziff. 2 auch OLG. **18** 214.

§ 35. KGJ. **37** A 227 (KG.). Der Nachweis der aus dem Handelsregister sich ergebenden Voraussetzungen einer Eintragung in das Grundbuch kann auch in anderen als den im § 35 GBO. erwähnten Fällen durch Bezugnahme auf das Handelsregister geführt werden, wenn dieses bei dem Amtsgerichte geführt wird, zu dem das Grundbuchamt gehört.

§ 36. I. Erbschein und Verfügung von Todes wegen. 1. DJZ. **09** 381, KGJ. **37** A 245 (KG.). Wenn ein Erblasser eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen und ein privatschriftliches Testament hinterläßt, so kann der Nachweis der Erbfolge in seinen Nachlaß dem Grundbuchamte nach § 36 GBO. nur durch einen Erbschein geführt werden, es sei denn, daß das privatschriftliche Testament wegen eines Formfehlers offensichtlich nichtig oder daß es in dem in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Testamente widerrufen wäre. Im übrigen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, in eine Würdigung des Inhalts des privatschriftlichen Testaments einzutreten und je nach dem Ergebnisse seiner Erwägungen den Nachweis der Erbfolge als durch die in der öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen geführt oder nicht geführt anzusehen.

2. DJZ. **09** 1332 (KG.). Nach § 36 GBO. kann ein Erbschein gefordert werden, wenn die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen öffentlichen Urkunden das Erbrecht beweist. Das GBA. braucht insbesondere nicht zu prüfen, ob einer der mehreren Testamentserben vor dem Erblasser gestorben und sein Erbteil den neben ihm eingesetzten Erben angewachsen ist.

3. OLG. **18** 214 (KG.). Der Grundbuchrichter muß nicht jede vom Nachlaßgericht als Erbschein bezeichnete Urkunde als solchen gelten lassen. Denn die dem Erbschein im § 36 beigelegte Beweiskraft kommt nur der Urkunde zu, die ihrem Inhalte nach ein Erbschein, also nach den §§ 2353, 2357 BGB. ein Zeugnis über das Erbrecht und, sofern mehrere Erben berufen sind, über die Größe der Erbteile ist.

4. **a)** KGJ. **37** A 249, RJA. **10** 64, R. **09** Ziff. 1602, ZBlFG. **10** 111 (KG.). Der Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis sind für das Grundbuchamt nicht nur hinsichtlich der Auslegung des Inhalts, sondern auch hinsichtlich der Beurteilung der Formgültigkeit des Testaments bindend. Selbst wenn das Grundbuchamt im einzelnen Falle für zweifelsfrei halten sollte, daß das Nachlaßgericht auf Grund einer wegen Formmangels nichtigen Verfügung von Todes wegen eine Bescheinigung ausgestellt habe, so hat es dennoch die Bescheinigung, solange diese nicht eingezogen oder für kraftlos erklärt ist, als gültigen Ausweis anzuerkennen. Es entspricht zwar der Amtspflicht des Grundbuchamts, daß es bei einer derartigen Sachlage dem Nachlaßgericht unter Mitteilung seiner Bedenken gegen die Richtigkeit der Bescheinigung deren Einziehung anheimstellt. Lehnt aber das Nachlaßgericht die Einziehung der Bescheinigung ab, so muß das Grundbuchamt deren Inhalt als richtig gelten lassen..... Die Bestimmungen des § 36 GBO. über den Nachweis der Erbfolge und der Befugnis eines Testamentsvollstreckers durch eine Bescheinigung des Nachlaßgerichts haben die Bedeutung, daß bei Erbringung einer solchen Bescheinigung in Grundbuchsachen die Entscheidung darüber, ob ein Erbrecht besteht, oder ob ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, ausschließlich dem Nachlaßgerichte zusteht und daß die Bescheinigung des Nachlaßgerichts für das Grundbuchamt nicht nur eine Vermutung, sondern vollen Beweis für die Richtigkeit des Inhalts erbringt. **b)** SchlHolstAnz. **09** 155 (LG. Flensburg). Der Grundbuchrichter ist trotz der Vorschrift des § 2365 BGB. berechtigt, die Richtigkeit eines vorgelegten Erbscheins zu prüfen.

5. OLG. **18** 214, SeuffBl. **09** 100 (BayObLG.). Ist die von Anfang an unrichtige Eintragung auf Ersuchen des Nachlaßgerichts bewirkt, das bezeugt hat, daß der im Ersuchen bezeichnete Inhalt der zu bewirkenden Eintragung den erbrechtlichen Verhältnissen entspreche, so kann dem Grundbuchamte nicht gemäß § 22 GBO. durch Vorlegung des Testaments nachgewiesen werden, daß der Inhalt des Erbschaftszeugnisses unrichtig sei, sondern es muß, um die Berichtigung zu erwirken, entweder ein neues Zeugnis des Nachlaßgerichts vorgelegt oder die Bewilligung der Beteiligten beigebracht werden.

6. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **7** zu § 36 Ziff. I 1 auch OLG. **18** 114.

7. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. I 3 a zu § 36 auch SeuffBl. **09** 181.

II. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. KGJ. **37** A 249, RJA. **10** 64 (KG.). Eine Bescheinigung über den Inhalt des Testaments und über die Anerkennung der Wirksamkeit des Testaments durch die Erben ist kein Zeugnis über die Ernennung des Testamentsvollstreckers; denn es bietet keine Gewähr für die Gültigkeit der in dem Testamente geschehenen Ernennung und insbesondere für die Gültigkeit des Testaments selbst. Ein Zeugnis über die Ernennung des Testamentsvollstreckers liegt nur vor, wenn das Nachlaßgericht amtlich bescheinigt, daß die betreffende Person zum Testamentsvollstrecker ernannt sei. Diese Bescheinigung setzt voraus, daß das Nachlaßgericht die Gültigkeit der Ernennung des Testamentsvollstreckers geprüft und festgestellt hat. Ist das Testament oder der die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthaltende Teil aus irgendeinem Grunde unwirksam, so kann die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht bescheinigt werden.

2. SchlHolstAnz. **09** 367 (LG. Altona). Das Testamentsvollstreckerzeugnis braucht Angaben darüber, ob der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen hat und ob seine Rechte nicht beschränkt sind, nicht zu enthalten.

§ 37. ElsLothNotZ. **09** 308 (Colmar). Das im § 37 GBO. vorgesehene Zeugnis ist auch in Elsaß-Lothringen von dem Nachlaßgerichte, nicht von dem nach § 30 AGFGG. mit der Vermittelung der Auseinandersetzung des Nachlasses beauftragten Notar auszustellen.

§ 39. 1. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. a) SeuffBl. **09** 562, BayRpflZ. **09** 233, BayObLG. **10** 146, RJA. **10** 155 (BayObLG.). Auch auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts darf in Bayern der Ersteher eines Grundstücks nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden, bevor der Nachweis über die Entrichtung oder Hinterlegung der Besitzveränderungsgebühr vorgelegt ist. b) HessRspr. **10** 21 (LG. Mainz). Es liegt dem Vollstreckungsrichter ob, die Einschreibungen, die auf Grund eines Verteilungsverfahrens gelöscht werden sollen, genau anzugeben.

2. Ersuchen des Prozeßgerichts. ZBlFG. **9** 670 (Dresden). Das Ersuchen des § 941 ZPO. ersetzt lediglich den sonst erforderlichen Eintragungsantrag eines Beteiligten (§ 13 GBO.). Die Frage, ob die Eintragung, um die ersucht wird, nach den Vorschriften der GBO. vorgenommen werden kann, hat das Grundbuchamt unter eigener Verantwortlichkeit zu prüfen. Insbesondere gilt auch gegenüber dem Ersuchen einer Behörde die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO., daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Ebensowenig wie die Pfändung der künftigen Eigentümerhypothek kann sonach auch ein gegen den Eigentümer ergangenes Veräußerungsverbot in das Grundbuch eingetragen werden, solange nicht die Hypothek auf ihn umgeschrieben ist.

3. Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörde. a) R. **09** 298 (KG.). Die Generalkommission ist zuständig, das Grundbuchamt um die Löschung einer Hypothek zu ersuchen, wenn ein Teil des belasteten Grundstücks in einem Zu-

sammenlegungsverfahren gegen Kapitalsabfindung abgetreten werden soll und die gesetzmäßige Verwendung des Abfindungskapitals bescheinigt ist. **b)** OLG. **18** 205 (KG.). Nach dem durch § 1 G. vom 12. April 1888 im Gebiete des rheinischen Rechtes eingeführten § 3 Abs. 2 G. vom 26. Juli 1875, das dem für das Rheinland älteren G. vom 24. Mai 1885 vorgeht, erfolgt die Berichtigung des Grundbuchs durch Aufnahme der durch die Ausführung des endgültig festgestellten Auseinandersetzungsplans eingetretenen Eigentumsveränderungen auf ein von der Auseinandersetzungsbehörde an das Grundbuchamt zu richtendes Ersuchen. Ist dieses nicht gestellt, so kann das Grundbuchamt die Abfindungsstücke nicht an Stelle der alten Grundstücke eintragen. Solange diese im Grundbuche stehen, kann es nur sie als Gegenstand neuer Eintragungen behandeln, rechtsgeschäftliche Eigentumsveränderungen also nur dann eintragen, wenn sie sich auf ein ganzes altes Grundstück oder einen Bruchteil eines alten Grundstücks oder auf einen gemäß § 30 AV. vom 20. November 1899 erkennbar gemachten realen Teil eines alten Grundstücks beziehen. Der Rechtssatz, daß derartige Eintragungen materiell bereits für die Abfindungsstücke gelten (**RG. 11** 250, KGJ. **3** 111, **19** 65, **31** A 378), ändert diese formelle Notwendigkeit nicht. **c)** SchlHolstAnz. **09** 330 (KG.). Wenn die Bildung eines Rentenguts durch Vermittelung der Generalkommission erfolgt, ist die Prüfung des Legitimationspunkts und der Vollmacht Sache der Generalkommission, und es ist der Grundbuchrichter zur Nachprüfung der Entscheidung der Generalkommission über diese Punkte nicht befugt. Der Grundbuchrichter hat dem Ersuchen der Generalkommission zu entsprechen, wenn diese zu solchem gesetzlich befugt ist. Wenn sich bei der Bildung eines Rentenguts die Bestellung einer Grundgerechtigkeit als wirtschaftlich notwendig oder förderlich erweist, so ist die Generalkommission befugt, ihre Tätigkeit auch auf dieses Nebengeschäft zu erstrecken. Die Entscheidung über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit dieser Bestellung steht lediglich der Generalkommission zu. **d)** Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 39 Ziff. 3 c auch OLG. **18** 215.

§ 40. I. Die Vorschrift des Abs. 1. 1. OLG. **18** 219 (KG.). Der § 40 Abs. 1 versteht unter Eintragung eine dem Gesetz entsprechende Eintragung, insbesondere, wenn das Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen ist und der Anteil eines dieser mehreren durch die Eintragung betroffen wird, eine dem § 48 entsprechende Eintragung, bei der entweder die Anteile der Miteigentümer in Bruchteilen angegeben sind, oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet ist (OLG. **2** 4, 87, **10** 440).

2. KGJ. **37** A 256 (KG.). Der Erwerber eines zum Gesamtgute der westfälischen fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörenden, auf den Namen des verstorbenen Ehegatten verzeichneten Grundstücks kann als dessen Eigentümer erst eingetragen werden, nachdem der überlebende Ehegatte und die mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Kinder als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind.

3. BayObLG. **9** 103. Die Eintragung der durch das Ausscheiden eines Gesellschafters bewirkten Rechtsänderung in das Grundbuch setzt, wenn die bestehende Eintragung über das unter den eingetragenen Beteiligten bestehende Gemeinschaftsverhältnis keinen Aufschluß gibt und inzwischen ein weiterer Gesellschafter beigetreten ist, voraus, daß zunächst das Gesellschaftsverhältnis einschließlich der Beteiligung des neuen Gesellschafters eingetragen wird; diese Eintragung kann nur mit Zustimmung der Gesellschafter erfolgen, die in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden muß.

4. **a)** BayObLG. **10** 173, DJZ. **09** 383 (BayObLG.). Zur Eintragung des durch einstweilige Verfügung erlassenen Verbots, über eine angebliche Eigentümerhypothek zum Nachteile des Antragstellers zu verfügen, ist der durch öffentlich be-

glaubigte Urkunde zu führende Beweis erforderlich, daß die Hypothek auf den Schuldner übergegangen ist, auch wenn in der einstweiligen Verfügung die Eintragung angeordnet ist. **b)** Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 40 Ziff. I 4 b auch OLG. **18** 217.

5. **a)** OLG. **18** 177 (KG.). Die Hypothek kann, wenn die Erteilung eines Briefes bisher ausgeschlossen war, nach §§ 1154 Abs. 3, 873 nur dadurch an den Eigentümer abgetreten werden, daß dieser und der Gläubiger über die Übertragung einig sind und daß die Übertragung eingetragen wird. Der Rechtssatz, daß der Eigentümer zufolge seiner Eintragung als solcher auch als eingetragener Gläubiger der auf ihn eingetragenen Hypothek gilt (KGJ. **20** 190, 282, **21** 159), ersetzt die Eintragung des Eigentümers als Gläubiger nicht, soweit diese Eintragung zur Vollendung des Überganges der Hypothek auf den Eigentümer erforderlich ist. Die Forderung kann nach § 1153 Abs. 2 nicht ohne die Hypothek abgetreten werden.

6. OLG. **18** 195 (Colmar). War das Grundstück bisher buchungsfrei und wird ihm diese Eigenschaft durch die Veräußerung entzogen, so genügt die Zuschreibung auf dem Blatte des Erwerbers. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum es zuvor auf dem Blatte des Veräußerers, in dessen Händen es doch buchungsfrei ist, eingetragen und alsbald wieder abgeschrieben werden sollte. Allerdings steht die herrschende Ansicht entgegen [z. B. OLG. **9** 356 (KG.)]. Man beruft sich dafür auf § 40, welcher zur Eintragung einer Rechtsänderung die vorherige Eintragung des Betroffenen vorschreibt. Aber der § 40 setzt den regelmäßigen Fall voraus, daß es sich nämlich um Rechte handelt, die auch schon in Händen des Betroffenen zur Eintragung bestimmt sind. Wo dagegen das Gesetz ein nicht eingetragenes Recht durch eine Ausnahmevorschrift den eingetragenen oder einzutragenden Rechten förmlich gleichstellt, fällt die Anwendbarkeit des § 40 fort.

7. KGJ. **37** A 303, R. **09** Ziff. 1576 (KG.). Die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Urteils, durch das ein Schuldner zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt ist, und eines Urteils, durch das der Eigentümer eines Grundstücks auf Grund des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen jener Geldschuld in das Grundstück verurteilt ist, richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstücks, nicht gegen den Schuldner als dessen früheren Eigentümer.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 40 Ziff. II 1 auch OLG. **18** 236, SeuffBl. **09** 67.

III. *Weber, GruchotsBeitr. **53** 369. Berechtigter ist nur der Buchberechtigte (vgl. zu § 29).

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. DNotV. **09** 537, NaumburgAK. **09** 77 (KG.). Die bisherige Rechtsprechung des RG. und des KG. in Sachen der befreiten Vorerbschaft fußt im wesentlichen darauf, daß ein Erfahrungssatz, wonach eine von dem Vorerben über die Entgeltlichkeit seiner Verfügung abgegebene Erklärung die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, den grundbuchrechtlich erforderlichen Beweis der Entgeltlichkeit nicht zu ersetzen vermöge. Es handelt sich also dabei um die Beurteilung von einseitigen Erklärungen des Vorerben selbst (**RG. 61** 228, **65** 214, **70** 332, KGJ. **30** A 261, **33** A 43, 178, 184, **35** A 305). Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn die Eintragungsbewilligungen des Vorerben in einem Kaufvertrag enthalten sind. Sie sind alsdann Bestandteile eines zweiseitigen Geschäfts. Gerade für solche Fälle gilt das, was das RG. in zwei seiner neuesten Entscheidungen (**RG. 69** 257 und ZBlFG. **8** 554) ausgesprochen hat, daß es nämlich eines in der Form des § 29 GBO. zu führenden Beweises der Entgeltlichkeit dann nicht bedürfe, wenn die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird.

2. **a)** **RG.** 24. 2. 09, **70** 332, JW. **09** 221. Trotz der formgerechten Quittung des Vorerben kann die Löschungsbewilligung ein unentgeltliches Geschäft verdecken,

und deshalb muß, wie der erkennende Senat bereits wiederholt — **RG. 61** 233, **65** 214 — ausgesprochen hat, für die Löschung von Nachlaßhypotheken im Grundbuche neben der Löschungsbewilligung des befreiten Vorerben noch die Einwilligung des Nacherben erfordert werden. Selbstredend aber kann die Abgabe der Einwilligungserklärung nicht im freien Belieben der Nacherben stehen. Aus der Stellung als Nacherben erwachsen ihnen wie Rechte so auch Pflichten. Die Pflicht des Vorerben, für gewisse Verfügungen die Einwilligung der Nacherben beizubringen, enthält zugleich das Recht, die Erteilung der Einwilligung zu fordern, sofern sachlich nicht ein Recht zum Widerspruche besteht. **b)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **7** zu § 41 Ziff. I 1 auch ElsLothNotZ. **09** 33.

3. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 41 Ziff. I 29 auch OLG. **18** 338.

4. du Chesne, SeuffBl. **09** 369. Es besteht kein Artunterschied zwischen der Geschäftsfähigkeit und der Verfügungsfähigkeit; vielmehr ist jene der Oberbegriff, und diese ist nur die Geschäftsfähigkeit auf einem abgegrenzten Gebiete. Daraus ergibt sich weiter: was für die Geschäftsfähigkeit gilt, muß im Zweifel auch für die Verfügungsfähigkeit gelten. Ist also die Geschäftsfähigkeit, insbesondere auch im Grundbuchverkehre, zu vermuten, so ist es auch die Verfügungsfähigkeit. Wird dies auf den befreiten Vorerben angewendet, so ergibt sich: Der Grundbuchrichter darf ohne besonderen Grund keinen Nachweis dafür verlangen, daß der befreite Vorerbe für das zu bewährende Geschäft verfügungsfähig, d. i. daß das Geschäft entgeltlich ist.

5. NaumburgAK. **09** 29 (LG. Halle). Die Rechtsstellung der befreiten Fiduziarerben im Sinne des ALR. unterscheidet sich von der der befreiten Vorerben des BGB. dadurch, daß es nach ALR. zulässig war, die Fiduziarerben von allen Beschränkungen zu befreien, und zwar mit der Maßgabe, daß sie auch zu Schenkungen befugt sind, vgl. Rehbein, OTr. **2** 485, Turnau, GBO. (2) II 445 Abs. 2, KGJ. **33** A 182/183. Einer Zustimmung der Nacherben bedarf es in einem solchen Falle überhaupt nicht.

6. **a)** Terfloth, DNotV. **09** 163. Befreiung des überlebenden Ehegatten. Ersatz für den befreiten Vorerben. **b)** DNotV. **09** 342. Ein Weg zur Unschädlichmachung der Vorerben-Rechtsprechung.

7. Weber, DNotV. **09** 9. Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben (vgl. zu § 2136 BGB.).

II. Anwendungsgebiet des § 41 im übrigen. 1. **a)** OLG. **18** 218 (Hamburg). Die fortgesetzte Gütergemeinschaft fällt nicht unter § 41^{1}. Der Nachweis ist gemäß § 36 Abs. 2 zu führen. **b)** R. **09** Ziff. 2512, ElsLothNotZ. **09** 312 (Colmar). Abs. 2 findet keine Anwendung auf den Fall des Eintritts einer fortgesetzten Gütergemeinschaft.

2. Die Entsch. d. KG. JDR. **7** zu § 41 Ziff. II auch OLG. **18** 242, SeuffA. **64** 212, SeuffBl. **09** 104.

§ 42. 1. **a)** PosMSchr. **09** 102 (LG. Graudenz). Ist die streitige Last, obwohl sie in der III. Abt. eingetragen ist, eine Reallast und keine Hypothek, so bedarf es zur Verfügung über sie nicht der Übergabe des Briefes. Ebensowenig kann die Vorschrift des § 42 GBO., wonach bei einer Hypothek, für die ein Brief gebildet ist, eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird, in Anwendung kommen, da eben die Eintragung nicht bei einer „Hypothek", sondern bei einer Reallast erfolgen soll. Der von vornherein ungültige Brief ist in ähnlicher Weise als nicht vorhanden anzusehen, wie die auf Grund des Art. 33 § 1 Abs. 2 PrAGBGB. ungültig gewordenen Briefe der unter dem preußischen Rechte eingetragenen Kautionshypotheken. **b)** Die Entsch. d. KG. JDR. **7** Ziff. 1 zu § 42 auch KGJ. **36** A 222, OLG. **18** 244.

2. KGBl. **09** 21 (LG. III Berlin). Die Vorlegung des Hypothekenbriefs ist nicht erforderlich, wenn auf Grund einer einstweiligen Verfügung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs dahin eingetragen werden soll, daß die Hypothek nicht dem eingetragenen Gläubiger, sondern infolge Nichtvalutierens als Grundschuld dem Eigentümer zusteht.

3. SeuffBl. **09** 672, R. **09** Ziff. 3460 (KG.). Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung fällt nicht unter die Bestimmung des § 42 Abs. 1 Satz 2 GBO., sondern unter die Regelvorschrift des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO., nach der eine Eintragung bei einer Briefhypothek nur erfolgen soll, wenn der Brief vorgelegt wird (KGJ. **27** A 82, **30** A 240, OLG. **10** 442). Selbst wenn aber das Grundbuchamt die in der einstweiligen Verfügung angeordnete Eintragung als Widerspruch hätte auffassen können, so wäre dennoch der § 42 Abs. 1 Satz 2 GBO. nicht anzuwenden gewesen. Denn unter diese Bestimmung fallen nur diejenigen Widersprüche, die sich gegen den Bestand oder den Inhalt der Hypothek richten, weil hierin das Grundbuch der materiellen Rechtslage nicht entspricht. Die in der einstweiligen Verfügung angeordnete Eintragung richtet sich aber nicht gegen den Bestand oder den Inhalt der Hypotheken, sondern gegen deren in das Grundbuch eingetragene Übertragung auf den Beschwerdeführer, also gegen das Verfügungsrecht des Inhabers des Hypothekenbriefs. Ein hierauf gegründeter Widerspruch soll nicht ohne die Vorlegung des Hypothekenbriefs eingetragen werden (OLG. **10** 442).

§ 45. ZBlFG. **10** 254 (Dresden). Erfordernis der Unzweideutigkeit für Grundbucheintragungen.

§ 48. I. Anwendungsgebiet des § 48. 1. Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht 49. Das KG. geht zu weit, wenn es behauptet, ein jedes Recht an Grundstücken könne mehreren gemeinschaftlich zustehen. Unbedenklich ist dieses anzunehmen bei Eigentum, Erbbaurecht und Hypothek. Ebenso kann ein Vorkaufsrecht für eine Gemeinschaft zu ungeteiltem Rechte bestellt werden. Dann ist es subjektiv-persönlich und die Eintragung muß unter Beobachtung des § 48 erfolgen. Ist es subjektiv-dinglich, d. h. steht es dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zu, so ist das Vorkaufsrecht auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks einzutragen. Dieselbe Unterscheidung ist zu machen für die Reallast. Da die Grunddienstbarkeit immer subjektiv-dinglicher Natur ist, so ist bei ihr § 48 schlechthin unanwendbar. Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind der Gesellschaft unzugänglich und können daher für diese auch nicht eingetragen werden.

2. a) KGJ. **37** A 256 (KG.). Die eheliche Gütergemeinschaft des westfälischen Rechtes und des PrALR. ist in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung überwiegend als ein auf deutschrechtlicher Grundlage beruhendes Miteigentum aufgefaßt worden, bei dem im Gegensatze zu dem von der Freiheit der einzelnen Teilhaber ausgehenden römischrechtlichen Miteigentume die Anteile der Teilhaber während des Bestehens der Ehe nicht als selbständige Vermögensrechte geltend gemacht werden können, sondern erst mit der Auflösung der Gemeinschaft hervortreten (**RG. 1** 393). **b)** BadRpr. **09** 20 (BadJustMin.). Wenn für ledige Geschwister eines Übernehmers Wohnungsrechte an Räumen des übernommenen Hauses bedungen werden, so besteht zwischen den mehreren Berechtigten keine Gemeinschaft im Sinne des § 48 GBO., vielmehr handelt es sich um mehrere Rechte verschiedener Inhaber. Die Frage, ob eine solche Mehrheit von Rechten in einer Eintragung zusammengefaßt werden dürfe, ist in der GBO. nicht geregelt. Maßgebend für die Behandlung bei der Grundbuchführung muß daher der Umstand sein, ob aus einer zusammenfassenden Buchung Gefahr für die Übersichtlichkeit des Grundbuchs zu befürchten wäre (vgl. Predari, Anm. 7

zu GBO. § 48). Da eine Befürchtung nicht besteht, ist nichts dagegen zu erinnern, daß auch solche Rechte in einem Eintrag zusammengefaßt und durch einen Vermerk ihre Ranggleichheit festgestellt wird. **c**) BadRpr. **09** 20 (BadJustMin.). Es besteht die Möglichkeit, die den Miterben oder Geschwistern des Übernehmers geschuldeten Gleichstellungsgeldhypotheken, auch wenn bestimmte Beträge der Beteiligten in der Eintragungsbewilligung angegeben sind, gemäß § 48 GBO. als ideelle Anteile eines hypothekarisch gesicherten Rechtes zu behandeln; Entsch. des KG., ZBlFG. **6** 477 = RJA. **6** 151, auch BadRpr. **08** 92. **d**) SchlHolstAnz. **09** 319 (LG. Altona). Beim Antrag, eine Gesamthypothek für zwei Gläubiger als G e s a m t g l ä u b i g e r im Sinne des § 428 BGB. einzutragen, findet § 48 GBO. keine Anwendung. **e**) ElsLothJZ. **09** 601 (Colmar). Wenn die Auseinandersetzung eines Nachlasses in der Weise erfolgt, daß ein Erbe bestimmte einzelne Grundstücke, die anderen Erben aber die übrigen Grundstücke zum Alleineigentum erhalten sollen, so ist damit die Erbengemeinschaft überhaupt auch unter den anderen Erben aufgelöst und tritt an deren Stelle Bruchteilsgemeinschaft für die im Miteigentume verbleibenden. **f**) ElsLothJZ. **09** 605 (Colmar). Wenn einer aus der d e u t s c h - r e c h t l i c h e n M a r k g e n o s s e n s c h a f t hervorgegangenen Waldgemeinschaft keine juristische Persönlichkeit zukommt, so ist sie als Rechtsgemeinschaft zu gesamter Hand mit Nutzungsrechten der einzelnen am Gesamtgut anzusehen. Demgemäß müssen bei Anlegung des Grundbuchs die einzelnen Berechtigten mit Angabe ihres Anteilsverhältnisses als Mitglieder der Gemeinschaft zu gesamter Hand im Sinne des deutschen Privatrechts eingetragen werden. **g**) J n n h ä u s e r, ZBlFG. **10** 21—23. Für den Grundbuchrichter erwächst für den Fall, daß mehrere Personen als Erwerber eines Grundstücks auftreten, die Pflicht, zu prüfen, ob diese die Absicht haben, das Grundstück als M i t e i g e n t ü m e r oder als G e s e l l s c h a f t e r zu erwerben. Eine andere Möglichkeit ist gemäß § 48 GBO. kaum denkbar. In Beharrung auf dem Rechtszustande vor 1900 scheint die Praxis zu der Annahme geneigt zu sein, daß eine faktische Vermutung dafür spreche, daß die mehreren Erwerber eines Grundstücks als Miteigentümer zu Bruchteilen eingetragen sein wollen. Aus der Erfahrung des täglichen Lebens ergibt sich jedoch die gegenteilige faktische Vermutung, daß mehrere Erwerber eines Grundstücks G e s e l l s c h a f t e r sind.

II. A r t d e r E i n t r a g u n g. 1. **a**) SchlHolstAnz. **9** 70 (KG.). Eintragungen im Grundbuche dürfen nicht auf den n i c h t r e c h t s f ä h i g e n V e r e i n als solchen erfolgen, vielmehr nur auf den Namen der Mitglieder gemäß § 48 GBO. **b**) N e u b e g g e r aaO. 72. Der Umstand, daß der Verein einen Namen führen muß, unter welchem er insbesondere den Behörden des öffentlichen Vereinsrechts gegenübertritt, könnte zu der Annahme verleiten, daß der nicht rechtsfähige Verein dingliche Rechte ebenso wie der rechtsfähige Verein oder die offene Handelsgesellschaft auf seinen Namen erwerben und im Grundbuch eintragen lassen kann. Diese Annahme würde sich als unrichtig erweisen. Denn das dingliche Recht am Grundstücke gehört dem Vereine nicht als juristischer Person, auch nicht dem Verein als einer unter dem Vereinsnamen rechtsfähigen, beständigen Personeneinheit, sondern seinen einzelnen Mitgliedern und ist daher auf ihre Namen einzutragen. Dabei ist der Vermerk hinzuzufügen, daß das einzutragende Recht den Vereinsmitgliedern zur gesamten Hand zusteht. Mithin müssen auch in allen Fällen, wo für die Gesellschaft eine Grundbuchberichtigung in Frage kommt, wie beim Ausscheiden und Eintritt eines Gesellschafters, die Einträge auf neu eintretende Vereinsmitglieder ausgedehnt bzw., soweit sie sich bisher auch auf die ausscheidenden Mitglieder erstreckt haben, gelöscht werden .... (74). Dies kann dadurch vermieden werden, daß der Verein die Eintragung auf den Namen eines T r e u h ä n d e r s vornehmen läßt. Freilich hat das wieder den Nachteil, daß die Beschränkung des Rechtes des Treuhänders grundbuchrechtlich nicht wirksam gemacht werden kann.

2. du Chesne, RheinZ. **09** 459 ff. Der Grundbuchbeamte hat nicht darüber zu entscheiden, ob eine gleichanteilige Berechtigung der Nichtberechtigten an einem Immobiliarrechte vorliegt oder nicht und ist daher auch nicht an eine Vermutung hierüber gebunden. Einen auf die Vermutung des § 742 gestützten Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs würde der Grundbuchbeamte daher abzuweisen haben ohne Prüfung, ob die Vermutung der Gleichberechtigung im einzelnen Falle zuträfe, nur auf Grund des Satzes, daß diese Vermutung die Öffentlichkeit und ihn als deren Hüter im Grundbuchverkehre überhaupt nicht betreffe, sich vielmehr nur auf die privatrechtlichen Beziehungen der Mitberechtigten erstrecke, nicht aber deswegen, weil die Vermutung widerlegbar sei. Denn widerlegbare Vermutungen können auch zur Grundlage von Eintragungen dienen; dies ist unbestritten für die Vermutung des § 891 BGB.

3. Neudegger aaO. 50. Soll für eine Gesellschaft des BGB. ein Recht eingetragen werden, so sind die Gesellschafter als die Berechtigten, nicht die Gesellschaft als solche einzutragen. Denn diese ist nicht Trägerin von Rechten, da sie kein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit wie die juristische Person ist und auch nicht wie die offene Handelsgesellschaft mit einer Firma ausgestattet ist, unter welcher sie Rechte an Grundstücken erwerben und im Grundbuch in Erscheinung treten könnte.

4. Kunkel-Langsdorf, ZBlFG. **10** 151. Als Berechtigte können, abgesehen von hier nicht interessierenden, minimalen Ausnahmen, nur natürliche oder juristische Personen in Betracht kommen. Da das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft, die Erbengemeinschaft weder das eine noch das andere sind, dürfen sie ebensowenig als Eigentümer erscheinen wie z. B. die Konkursmasse, das Fideikommiß oder der Nachlaß. Selbstverständlich können mehrere Berechtigte eingetragen werden (§ 48 GBO.); allein es ist doch ein Unterschied, ob die mehreren Berechtigten mit Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses als Eigentümer erscheinen, oder die Gemeinschaft zwischen ihnen.

III. Bedeutung des § 48 für die Grundbucherklärungen. 1. Neudegger aaO. 52. Die GBO. gibt im § 48 zugleich mittelbar Bestimmungen über den Inhalt der dem Eintrage vorausgehenden und diesen bedingenden Erklärungen.

2. Neudegger aaO. 55. Es wird davon auszugehen sein, daß die Beteiligten verpflichtet sind, das konkrete Gemeinschaftsverhältnis anzugeben, nicht auch die erforderlichen Beweise für die Richtigkeit ihrer Angaben zu erbringen. Demnach ist der Richter weder berechtigt noch verpflichtet, sich mit dem Nachweis, ob das angegebene Gesamthandverhältnis in Wirklichkeit auch bestehe, zu befassen, ebensowenig wie er auch den sonstigen Inhalt der Erklärungen auf seine Richtigkeit zu prüfen hat. Der Richter hat vielmehr seine Prüfung darauf zu beschränken, ob im gegebenen Falle eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder eine Gesellschaft vorhanden sein kann.

IV. Verfahren bei Nichtbeachtung des § 48. OLG. **18** 219 (KG.). Inwieweit das Grundbuchamt freiwillig und in seinem eigenen Interesse Schritte tun will, um die durch seine Verletzung des § 48 entstandene Unrichtigkeit des Grundbuchs zu beseitigen, muß ihm überlassen bleiben. Geschieht das nicht, so bleibt den Beschwerdeführern nur die Möglichkeit, das den Eintragungen entgegenstehende Hindernis ihrerseits zu beseitigen. Sie könnten in der Form des § 29 GBO. nachweisen, daß sie gegen die Erben auf Feststellung dieses Rechtsverhältnisses klagten und das zu ihren Gunsten ergangene rechtskräftige Urteil dem Grundbuchamte vorlegen. Sie könnten auch, wenn das Grundstück wirklich zum Nachlasse gehört, die Verurteilung sämtlicher Miterben in die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung dieses Rechtsverhältnisses erreichen.

§ 52. 1. OLG. **18** 221, ElsLothNotZ. **09** 92 (Colmar). Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß bei Veräußerung eines zu einer Erbmasse gehörigen Grundstücks durch einen Vorerben das Recht des Nacherben dann nicht gemäß § 52 miteinzutragen ist, wenn der Nacherbe (§ 2222 BGB.) der Veräußerung zugestimmt hat.

2. OLG. **18** 342 (KG.). Der Grundbuchrichter darf bei einer Änderung einer Hypothek nicht von Amts wegen vermerken, daß die Zustimmung der Nacherben zu dieser Eintragung nicht nachgewiesen ist. Eine solche Eintragung ist inhaltlich unzulässig.

3. Herold, ZBlFG. **10** 177 ff. Unser Grundbuchsystem kennt, solange das Recht des Vorerben besteht, das Nacherbrecht nicht als die unleugbar vorhandene übertragbare Rechtsanwartschaft, sondern nur als Verfügungsbeschränkung oder, deutlicher gesagt, als Merkzeichen im Grundbuche, das das bedingte Recht des Nacherben schützen soll gegen den Untergang durch die Rechte gutgläubiger Dritter durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Lediglich der Kürze wegen scheint im § 52 GBO. weiter angeordnet, daß „das Recht des Nacherben" einzutragen sei.

§ 53. 1. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 53 auch OLG. **18** 246.

2. Die Entsch. des KG. JDR. **7** zu § 53 auch ElsLothNotZ. **09** 193.

§ 54. I. Eintragung eines Widerspruchs. 1. Allgemeines. **a)** *Weber, GruchotsBeitr. **53** 359. Voraussetzung der Eintragung des Widerspruchs ist das Fortbestehen der Unrichtigkeit zur Zeit seiner Eintragung. Ist die Unrichtigkeit gehoben, so ist die Eintragung des Widerspruchs nicht mehr zulässig. Dies muß aber unzweifelhaft feststehen. Die bloße Möglichkeit, daß das Grundbuch durch spätere Eintragung auf Grund gutgläubigen Erwerbes richtig geworden ist, genügt nicht. Entgegen dem KG., RJA. **6** 243 und **7** 73 muß also der Widerspruch auch dann eingetragen werden, wenn durch die Eintragung Rechte betroffen werden, welche nach Entstehung der Unrichtigkeit eingetragen sind und zu deren Gunsten das Grundbuch als richtig gilt. Daselbst 371: Die Eintragung des Widerspruchs hindert nicht die Eintragung einer Verfügung des eingetragenen Berechtigten, welcher von dem Widerspruche betroffen ist. **b)** BadNotZ. **09** 28 (Karlsruhe). Der Widerspruch kann nach § 54 GBO. eingetragen werden, wenn der Grundbuchbeamte unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften eine Eintragung, durch die das Grundbuch unrichtig wurde, vorgenommen hat, einerlei, ob die verletzten gesetzlichen Vorschriften dem materiellen oder formellen Rechte angehören, reichs- oder landesgesetzliche, event. auch solche des öffentlichen Rechtes sind.

2. Einzelne Fälle. **a)** OLG **18** 219 (KG.). Die Eintragung des Miteigentums ohne den nach § 48 erforderlichen Zusatz beruht zwar auf einem Versehen des Grundbuchamts, durch welches das Grundbuch unrichtig geworden ist, so daß insoweit die Voraussetzungen des § 54 vorliegen. Die Unrichtigkeit ist aber nicht derart, daß ein Widerspruch gegen sie eingetragen werden könnte, da die Eintragung sich insoweit, als sie unrichtig ist, ohne weiteres als unrichtig erkennen läßt und deshalb nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs steht. **b)** OLG. **18** 222 (KG.). Die Eintragung eines Widerspruchs gegen denjenigen, welcher ein Grundstück vom befreiten Vorerben ohne Eintragung oder Zustimmung der Nacherben erworben hat, ist nur zulässig, wenn sich ergibt, daß das Grundstück unentgeltlich veräußert ist.

II. Inhaltlich unzulässige Eintragungen. 1. Allgemeines. **a)** RJA. **10** 152 (Jena). Die nach ihrem Inhalt unzulässigen Eintragungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. sind solche, die nach dem Gesetze vom Grundbuch absolut ausgeschlossen sind (OLG. **10** 100). Der Hauptfall ist die Buchung nicht eintragungsfähiger Rechte. Das Wesen der inhaltlich unzulässigen Eintragungen

besteht darin, daß sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB.) auf sie nicht erstreckt; sie sind rechtlich bedeutungslose Eintragungen, aus denen kein Nachteil erwachsen kann, deren Löschung aber im Interesse der Klarstellung des Grundbuchs angezeigt ist. Hieraus ergibt sich, daß die Eintragung einer Hypothek auf einen nicht rechtsfähigen Verein dann nicht unzulässig ist, wenn die Gläubigerbezeichnung den Mangel der Rechtspersönlichkeit nicht erkennen läßt. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 1384. Ist ein Grundbucheintrag nur teilweise unzulässig, z. B. hinsichtlich der Überweisung an Zahlungsstatt, so ist nicht die Löschung, sondern nur die Eintragung des Widerspruchs anzuordnen.

2. Einzelne Fälle. **a)** BayObLG. **9** 560. Das Grundbuchamt ist nicht befugt, eine auf Anweisung des Beschwerdegerichts vorgenommene Eintragung deswegen zu löschen, weil es sie nach ihrem Inhalte für unzulässig erachtet, oder einen Widerspruch einzutragen, weil nach seiner Ansicht die Entscheidung des Beschwerdegerichts das Gesetz verletzt. **b)** Aschaffenburg, R. **09** 139. Die natürliche und richtige Folgerung daraus, daß das BGB. mehr zuläßt, ist die, daß diese Grundstücke und Miteigentumsanteile als Zubehör nicht Grundstücke und Anteilsrechte ihre Eigenschaft als Zubehör verloren haben und daher selbständige Grundstücke bzw. Anteile an solchen geworden sind (aM. Habicht [3] 460). Unzweifelhaft gibt nun das Grundbuch, wenn es dieses immobile Zubehör auch weiterhin als Zubehör bezeichnet, die wahre Rechtslage nicht richtig wieder, und zwar deshalb, weil diese Bezeichnung als Zubehör für Grundstücke und Rechte sich als eine nach dem heutigen Rechte „ihrem Inhalte nicht mehr zulässige Eintragung" darstellt. Deshalb ist der Grundbuchrichter befugt, diese Bezeichnung als Zubehör gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 vom Amts wegen zur Löschung zu bringen, so daß auch im Grundbuche die bisherigen Pertinenzgrundstücke als selbständige Grundstücke erscheinen (aM. Turnau-Förster [3] 2 § 54 Note II 2). **c)** SächsOLG. **30** 59 (Dresden). Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.

§ 55. Reichel, GruchotsBeitr. **53** 387 ff. Von einer Eintragung nach § 90 Abs. 2 PrivVersUntG. v. 12. Mai 1901 (s. Ziff. IV 4 zu § 892) unterliegt es keinem Zweifel, daß außer dem Passivbetroffenen und dem Eigentümer auch das Aufsichtsamt für Privatversicherung ein Recht auf Mitteilung vom Eintrage hat.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 56. Coenen, R. **09** 288. Nach dem § 56 GBO. muß der Hypothekenbrief mit einem Siegel versehen sein. Der Fall, daß das Siegel auf dem Hypothekenbriefe fehlt, wird in der Praxis wohl nicht häufig vorkommen. Nicht selten aber erfolgt die im § 58 GBO. vorgesehene Verbindung in der Weise, daß nur ein Siegel verwendet wird. Dadurch ist eine Vereinigung des „reichsgesetzlichen" Siegels (§ 56 GBO.) mit dem „landesgesetzlichen" erfolgt. Es fragt sich, ob dieses statthaft ist. Von vornherein ist einleuchtend, daß das landesgesetzliche Siegel nicht das reichsgesetzliche ersetzen kann. Die Ersetzung des landesgesetzlichen Siegels durch das reichsgesetzliche wäre allerdings denkbar und wird auch in der Literatur (Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 592 unter 6, Güthe, Grundbuchrecht § 58 Ziff. 10) nicht nur für möglich, sondern auch für korrekt angesehen. Dieser Ansicht wird man jedoch nicht beitreten dürfen, sondern im Gegenteile das Vorhandensein von zwei Siegeln als notwendig bezeichnen müssen.

§ 57. R. **09** Ziff. 1385 (KG.). Ist ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück auf einen Vorerben als Eigentümer umgeschrieben und dabei gemäß § 52 GBO. das Recht des Nacherben in der Abteilung II des Grundbuchblatts vermerkt und

wird demnächst eine Erweiterung der Hypothek durch Erhöhung des Zinssatzes eingetragen, so ist bei dem gemäß § 62 GBO. zu bewirkenden Vermerk der letztgenannten Eintragung auf dem Hypothekenbriefe zugleich die kurze Bezeichnung des Inhalts der das Recht des Nacherben betreffenden Eintragung als der nachträglichen Hypothekenerweiterung im Range vorgehend auf dem Briefe nachzutragen. Wird ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief über mehrere in dieser Rechtslage befindliche Hypotheken erteilt, so ist der Vermerk in den im Briefe selbst enthaltenen Auszug aus dem Grundbuch aufzunehmen.

§ 58. KGJ. **37** A 311, R. **09** Ziff. 1386 (KG.). Die Verbindung der Urschrift oder Ausfertigung der Schuldurkunde mit dem Hypothekenbriefe darf, auch wenn der Inhalt der Urkunde sich noch auf andere Angelegenheiten erstreckt, nur dann durch die Verbindung eines Auszugs aus der Urkunde mit dem Hypothekenbrief ersetzt werden, wenn besondere Zweckmäßigkeitsgründe für dieses Verfahren sprechen.

§ 60. NaumburgAK. **09** 35, RJA. **10** 79, R. **09** Ziff. 2602, ZBlFG. **10** 123 (KG.). Die Annahme, der Eigentümer könne die von ihm bei der Bewilligung der Eintragung einer Hypothek in öffentlich beglaubigter Form getroffene einseitige, wenigstens nicht nachgewiesenermaßen auf einer Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB. beruhende Bestimmung, daß der Hypothekenbrief dem Gläubiger auszuhändigen sei, einseitig widerrufen, ist rechtsirrig, wenngleich sie in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur anscheinend durchweg geteilt wird.

§ 62. 1. SeuffBl. **09** 672 (KG.). Dem Grundbuchamte fehlt, wenn ein Fall des § 42 Abs. 1 Satz 2 GBO. nicht vorliegt, die Befugnis, gemäß § 62 Abs. 2 Satz 2 GBO. die Vorlegung der Hypothekenbriefe zu erzwingen. In der Literatur zur GBO. (Fuchs-Arnheim, GBR. Anm. 6 zu § 62 GBO., Güthe, GBO. § 1 Anm. 37, § 42 Anm. 3, § 54 Anm. 4, § 62 Anm. 11; Oberneck, RGBR. II 467; Predari, GBO. § 62 Anm. 3) wird allerdings mit den Beschlüssen des KG. in KGJ. **21** A 147 und A 286 die Ansicht vertreten, daß das Grundbuchamt, auch wenn unter Verletzung der Vorschrift des § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. eine Eintragung bei einer Briefhypothek bewirkt ist, den Besitzer des Briefes zu dessen Vorlegung anhalten könne. Diese Befugnis wird aus der Verpflichtung des Grundbuchamts, den Hypothekenbrief mit dem Grundbuch in Übereinstimmung zu halten, hergeleitet. Die Vorschrift des § 62 Abs. 1 GBO., daß Eintragungen, die bei der Hypothek erfolgen, von dem Grundbuchamt auf dem Hypothekenbriefe zu vermerken sind, ließe, für sich allein betrachtet, den Schluß zu, daß das Grundbuchamt, um dieser Pflicht genügen zu können, in allen Fällen das Recht hätte, dem Besitzer des Briefes dessen Vorlegung aufzugeben. Die Vorschrift des § 62 Abs. 1 kann aber nur im Zusammenhange mit der zu ihrer Ergänzung dienenden Vorschrift des § 62 Abs. 2 GBO. ausgelegt werden. Im Abs. 2 des § 62 GBO. ist genau vorgeschrieben, in welchen Fällen das Grundbuchamt die Vorlegung des Briefes erzwingen kann. Mit dieser Aufzählung der einzelnen Fälle, in denen das Grundbuchamt den Besitzer des Briefes zu dessen Vorlegung anzuhalten hat, ist die Auffassung unvereinbar, daß das Gesetz dem Grundbuchamt ein Zwangsrecht behufs Vorlegung des Briefes für alle Fälle beilegen wollte, in denen die Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Brief hergestellt werden soll. Das Gesetz ergibt klar, in welcher Weise zum Zwecke der Herbeiführung dieser Übereinstimmung zu verfahren ist. Nach § 42 Abs. 1 Satz 1 GBO. soll grundsätzlich eine Eintragung abgelehnt werden, wenn der Brief nicht vorgelegt wird. Das Grundbuchamt ist hiernach für den Regelfall auf die Ausübung eines nur mittelbaren Zwanges zur Vorlegung des Briefes gegenüber dem Antragsteller angewiesen. Lediglich für die bestimmten Ausnahmefälle, in denen die Eintragung ohne Vorlegung des Briefes zugelassen ist, wird dem Grundbuchamte durch § 62 Abs. 2 GBO. die Befugnis beigelegt, die Vorlegung des Briefes gegenüber dem jeweiligen Besitzer unmittelbar zu erzwingen. Ein allgemeines

Zwangsrecht behufs Beschaffung des Briefes hat also dem Grundbuchamt offensichtlich nicht eingeräumt werden sollen. . . . Die Vorlegung des Briefes nach der ordnungswidrigen Vornahme der Eintragung dient nicht sowohl dem Interesse der Verkehrssicherheit, als vielmehr dem Interesse des Staates an der Ausschließung von Regreßansprüchen. Dieses fiskalische Interesse vermag aber die Anwendung von Zwangsmaßregeln gegen den Besitzer über die durch die ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes gezogene Grenze hinaus nicht zu rechtfertigen. Die in den erwähnten älteren Entscheidungen des KG. (KGJ. **21** A 147 und A 286) vertretene abweichende Ansicht ist bereits in dem Beschlusse vom 9. März 1905 (OLG. **10** 442) und in einem nicht veröffentlichten Beschlusse vom 28. Januar 1906 aufgegeben worden.

2. OLG. **18** 225 (KG.). Besitzer im Sinne des § 62 Abs. 2 ist einerseits der unmittelbare Besitzer, der kraft seiner tatsächlichen Gewalt über die Sache (§ 854 BGB.) zu deren Vorlegung ohne weiteres imstande ist, andererseits auch derjenige mittelbare Besitzer (§ 868 BGB.), dessen Rechtsverhältnis zu dem unmittelbaren Besitzer derart gestaltet ist, daß es nur von seinem freien Willen abhängt, den unmittelbaren Besitz wieder zu erlangen, also z. B. der Hinterleger nach §§ 688 und 695 BGB. Ein mittelbarer Besitzer dagegen, demgegenüber der unmittelbare Besitzer, wie z. B. der Pfandgläubiger nach § 1205 BGB., ein nicht durch den freien Willen des mittelbaren Besitzers entziehbares Recht zum Besitze hat, kann nicht als Besitzer im Sinne des § 62 GBO. gelten, da ihm gegenüber ein Anhalten zur Vorlegung nicht möglich ist. Die Anwendung des § 62 Abs. 2 GBO. und des Art. 15 PrFGG. gegen eine bestimmte Person ist dadurch bedingt, daß festgestellt wird, die Person sei in dem erörterten Sinne Besitzer des Briefes und dessen Vorlegung hänge ausschließlich von ihrem Willen ab. Das Grundbuchamt ist mithin verpflichtet, diese Feststellung zu treffen, bevor es den § 62 Abs. 2 GBO. anwendet. Aus dieser Pflicht folgt mit Notwendigkeit das Recht des Grundbuchamts, die zur Feststellung des Besitzes erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten, wenngleich der § 12 FGG. auf Grundbuchsachen nicht für anwendbar erklärt ist (vgl. Predari 6, Güthe 42 zu § 1).

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§§ 71 ff. Literatur: Unger, BuschsZ. **38** 501 ff., **39** 40 ff., Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht. Fortsetzung: **38** Nr. 5, Form und Inhalt der Eintragung; Nr. 6, Verfahrenswirkungen der Einlegung der Beschwerde, und **39** Nr. 7, Begründung der Beschwerde; Nr. 8, Beschwerdeverfahren; Nr. 9, Beschwerdeentscheidung; Nr. 10, die Schöpfung der Entscheidung.

§ 71. A. Zulässigkeit der Beschwerde. I. Allgemeines. Unger, BuschsZ. **39** 40—106. Die Beschwerde gegen eine Eintragung im Grundbuche kann nur darauf gestützt werden, daß die Eintragung nach ihrem Inhalt unzulässig oder wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften unrichtig sei, nicht aber darauf, daß sie auf irrigen tatsächlichen Feststellungen beruhe. Diese Beschränkung ist ebenso, wie die entsprechende Beschränkung der erstinstanzlichen Abänderungsbefugnis nach ihrer Absicht, der mit der Eintragung verknüpften Rechtsstellung größere Sicherheit zu gewähren, nur auf solche Eintragungen zu beziehen, welche den öffentlichen Glauben des Grundbuchs genießen. Die Beschränkung gilt also z. B. für Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem einzigen nach § 5 GBO., weil sie hierdurch zu einem einheitlichen Gegenstande dinglicher Verfügung werden (KG., RJA. **6** 251), für die der Eintragung entsprechende Erteilung oder Ergänzung des Hypothekenbriefs, wenn dieser wegen Unrichtigkeit der Eintragung widersprochen wird (Güthe I 2 d zu § 71, KG. 6. 10. 02, KGJ. **25** A 164); nicht aber für Beschwerden gegen die Fassung des Eintragungsvermerkes, soweit sie den sachlichen Inhalt der Eintragung nicht berühren (KG., OLG. **6** 437, ZBlFG. **4** 45 Ziff. 51).

II. Einzelne Fälle. 1. OLG. **18** 219 (KG.). Eine Eintragung, die dem § 48 GBO. nicht entspricht, ist keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2, da die Eintragung, wenn auch nicht das richtige Rechtsverhältnis, so doch ihre eigene Unrichtigkeit erkennen läßt und deshalb nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens steht. Die Beschwerde ist deshalb trotz des § 71 Abs. 2 mit dem Ziele der Beseitigung der Unrichtigkeit durch Ergänzung der Eintragung zulässig.

2. **a)** KGJ. **37** A 218 (KG.). Wenn jemand dem Grundbuchamte seine Absicht, einen Eintragungsantrag zu stellen, mit der Bitte um Auskunft anzeigt, ob gegen den Antrag Bedenken beständen, und wenn daraufhin das Grundbuchamt ein Bedenken mitteilt, so ist eine Beschwerde gegen diese Mitteilung nicht gegeben. Das LG. hat solche Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Wenn das LG. statt dessen die Beschwerde zuläßt und sachlich darüber entscheidet, so ist auf die mit sachlichen Erwägungen begründete weitere Beschwerde die Entscheidung des LG. aufzuheben und die erste Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. **b)** DJZ. **09** 829 (KG.). Das Grundbuchamt beschied den eingetragenen Eigentümer eines Grundstücks auf die behufs Herbeiführung einer beschwerdefähigen Entscheidung gestellte Anfrage, ob es zur Entgegennahme der Auflassung bereit sei, wegen eines der Eintragung des Erwerbers entgegenstehenden Hindernisses in verneinendem Sinne. Der Bescheid des Grundbuchamts ist aber als eine Entscheidung dahin zu verstehen, daß die Eintragung des Erwerbers im Falle der Auflassung wegen des sachlichen Hindernisses nicht erfolgen werde. Hiergegen findet die Beschwerde statt. Das Gesetz nötigt die Beteiligten nicht, erst den kostspieligen Eintragungsantrag zu stellen, wenn das Grundbuchamt schon vorweg zu dem Antrage Stellung nehmen kann.

3. KGJ. **37** A 213, SeuffBl. **09** 281 (KG.). Die Bestimmung im § 71 Abs. 2 GBO., daß die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig ist, bezieht sich nicht auf Beschwerden, die nicht gegen den Inhalt, sondern gegen die Fassung des Eintragungsvermerkes gerichtet sind.

4. **a)** OLG. **18** 194, R. **09** Ziff. 363 (KG.). Die Entscheidung des Grundbuchamts über die Benennung oder die Schreibweise des Namens des Grundstücks in das Grundbuch ist ebenso, wie etwa die Entscheidung über die Benennung des Berechtigten oder über die Bezeichnung eines Grundstücks als Rittergut (vgl. KGJ. **31** 231, OLG. **7** 197) eine Entscheidung im Sinne des § 71, gegen die Beschwerde gegeben ist. Der Umstand, daß die Entscheidung des Grundbuchamts auf Veranlassung des LGPräsidenten ergangen ist, kann den rechtlichen Charakter der Entscheidung nicht ändern. **b)** OLG. **18** 248 (KG.). Wo es sich nur um eine ungenaue oder unrichtige Bezeichnung der Persönlichkeit des tatsächlich eingetragenen Gläubigers handelt, wird die durch die Eintragung für den Gläubiger geschaffene Rechtsstellung durch die Ergänzung oder Berichtigung des die Bezeichnung des Gläubigers betreffenden Teiles der Eintragung nicht berührt. Eine Beschwerde ist also zulässig.

5. R. **09** Ziff. 3461 (BayObLG.). Einer auf Löschung eines Löschungsvermerkes gerichteten Beschwerde kann auch ohne besonderen Antrag durch Anordnung einer Widerspruchseintragung stattgegeben werden.

6. R. **09** 40 (KG.). Wenn vom Grundbuchrichter die Übersendung von Grundakten nicht wegen des Fehlens eines berechtigten Interesses des Antragstellers, sondern aus Verwaltungsrücksichten verweigert wird, so findet dagegen eine Rechtsbeschwerde nicht statt.

B. Die Beschwerdeberechtigung. I. Der Begriff der Beschwerdeberechtigung. ZBlFG. **10** 410 (Dresden). Wird ein Eintragungsantrag zurückgewiesen, so wird dadurch das Antragsrecht betroffen. Die Beschwerde gegen die Ablehnung eines Eintragungsantrags enthält im Hinblick auf die Vor-

schrift des § 75 GBO. die erneute Stellung des zurückgewiesenen Antrags. Beschwerderecht und Antragsrecht decken sich deshalb. Die allgemein anerkannte Folge hiervon ist die, daß die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags auch demjenigen Antragsberechtigten zusteht, der den Antrag nicht gestellt hatte.... Antragsberechtigt ist nach § 13 Abs. 2 GBO. derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten sie erfolgen soll. Antragsberechtigt sind also nur die unmittelbar Beteiligten, das sind bei der Eintragung der Abtretung einer Hypothek der alte und der neue Gläubiger. Der Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks gehört nicht dazu. Er hat wohl ein wirtschaftliches Interesse an der Abtretung, insofern er dadurch einen neuen Gläubiger erhält: sein Recht, das Eigentum an dem Grundstücke, wird dadurch aber nicht betroffen, da die Belastung des Grundstücks trotz der Abtretung ganz die gleiche bleibt. Hiernach steht dem Eigentümer auch nicht das Recht zu, sich über die erfolgte Ablehnung des Antrags auf Eintragung einer Abtretung zu beschweren.

II. Die Beschwerdeberechtigung der Vertreter und der Behörden. 1. Der Notar. BayObLG. **9** 491. Der Notar ist nicht berechtigt, gegen die Ablehnung der in seiner Urkunde beantragten Eintragungen in das Grundbuch Beschwerde im eigenen Namen einzulegen.

2. Die Behörden. a) Josef, ZBlFG. **9** 485 ff. Wenn eine Behörde am Verfahren formell beteiligt ist, d. h. nicht als persönlicher Vertreter, sondern in eigenem Namen als sachlicher Verfechter das Interesse eines dritten materiell Beteiligten wahrnimmt, und das Gericht den Antrag der Behörde ablehnt, so steht nicht nur ihr selbst die Beschwerde zu, sondern auch dem materiell Beteiligten, sofern auch dieser seinerseits zur Stellung des Antrags berechtigt war, also z. B. auch dem Arrestgläubiger, wenn das Grundbuchamt im Falle des § 941 ZPO. die vom Arrestgerichte beantragte Eintragung ablehnt, ebenso dem durch Ablehnung des von der Handelskammer gestellten Antrags Beeinträchtigten. Insofern aber nur die formell beteiligte Behörde berechtigt war, den abgelehnten Antrag zu stellen, steht gegen die Ablehnung lediglich ihr und nicht dem materiell Beteiligten die Beschwerde zu. **b**) OLG. **18** 247 (KG.). Es besteht keine Bestimmung, nach der die Landräte zuständig wären, die Führung des Grundbuchs allgemein oder wenigstens bezüglich der Bezeichnung derjenigen Personen, für die ein Recht im Grundbuch eingetragen ist, zu überwachen und in dieser Hinsicht Ersuchen an das Grundbuchamt zu richten und gegen deren Ablehnung Beschwerde zu erheben. Es besteht auch keine Bestimmung, nach der die Landräte zuständig wären, die Angelegenheiten des Adelsstandes zu bearbeiten und dafür Sorge zu tragen, daß andere Behörden Adelstitel nur solchen Personen beilegen, die zur Führung derselben berechtigt sind.

§ 73. I. Die Form der Beschwerde. 1. Die Form der Einlegung der Beschwerde. a) *Unger, BuschsZ. **38** 507. Für die Form einer Beschwerdeschrift gelten nicht die Vorschriften des BGB. über die Form von schriftlichen Willenserklärungen. **b**) Unger, BuschsZ. **38** 501 ff. Zur Schriftform kann für die Beschwerdeschrift nicht mehr erfordert werden, als was zur Erreichung des Zweckes der Beschwerdeerklärung unentbehrlich erscheint, und dies ist nur, daß das Schriftstück die äußeren Kennzeichen einer abgeschlossenen, von einer bestimmten Person an die Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichteten Willensäußerung an sich trage. Hieraus beantwortet sich auch die Streitfrage, ob die Unterschreibung der Beschwerdeschrift wesentlich notwendig sei, verneinend in dem Sinne, daß bei Mangel der Unterschrift es genügt, wenn — was allerdings nicht regelmäßig zutreffen wird — auf andere Weise die bezeichneten Kennzeichen gegeben sind.... Nötig ist die Unterschrift des Protokollführers als hergebrachte Form des Abschlusses des Protokolls. Dagegen gehört, wie bei Protokollen über Verfahrensanbringen im allgemeinen, so auch hier zu den wesentlichen Er-

forderniſſen nicht die Unterſchrift des Beſchwerdeführers; ja nach der zur Zeit der Beratung des Geſetzes herrſchenden und deshalb wohl auch vom Geſetzgeber ſeiner Vorſchrift zugrunde gelegten Anſicht nicht einmal die Vorleſung und Genehmigung des Protokolls. c) *Unger, BuſchsZ. **38** 512. Eine vom Beſchwerdeführer dem Protokollanten überreichte, von dieſem mit den Eingangs- und Schlußformeln eines Protokolls verſehene Schrift kann nicht als protokollariſche Einlegung der Beſchwerde angeſehen werden. d) *Unger, BuſchsZ. **38** 514 ff. Weſentliche inhaltliche Erforderniſſe der Beſchwerdeeinlegung ſind: Bezeichnung der angefochtenen Verfügung, Bezeichnung des Beſchwerdeführers, Kundgabe des Verlangens der Abänderung durch den Oberrichter; nicht weſentlich ſind die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beſchwerde, die Bezeichnung des Beſchwerdegerichts, ein beſtimmter Antrag, die Begründung des Rechtsmittels.

2. Die Form der Begründung der Beſchwerde. *Unger, BuſchsZ. **39** 41. Für die Form der Begründung der Beſchwerde, auch die der Begründung durch neue Tatſachen oder Beweismittel, gelten nicht die beſonderen für die Einlegung der Beſchwerde, ſondern nur die für Erklärungen im Grundbuchverfahren allgemein beſtehenden Vorſchriften.

II. Die Zurücknahme der Beſchwerde. 1. Form und Wirkung der Zurücknahme. *Unger, BuſchsZ. **38** 544 ff. Die Zurücknahme der Beſchwerde bedarf nicht der für die Einlegung der Beſchwerde vorgeſchriebenen Form und ebenſowenig der Form des § 32 GBO. — Eine nur gegenüber dem Gegenbeteiligten, nicht auch gegenüber dem Gericht erklärte Zurücknahme der Beſchwerde iſt für das Verfahren wirkungslos. — Die Zurücknahme der Beſchwerde bewirkt keine Rechtskraft und ſteht der Wiederholung der Beſchwerde nicht entgegen.

2. Zeitliche Zuläſſigkeit der Beſchwerde. Unger, BuſchsZ. **38** 543 ff. Die Zurücknahme der Beſchwerde iſt bis zur Erlaſſung der Beſchwerdeentſcheidung zuläſſig. Die Beifügung von Bedingungen oder Vorbehalten macht die Zurücknahmeerklärung wirkungslos. Ein Widerruf der Zurücknahme im Sinne des Verlangens der Aufrechthaltung des bis zur Zurücknahme ſtattgehabten Beſchwerdeverfahrens (im Gegenſatze zur Wiederholung der Beſchwerde) iſt im Geſetze nicht geſtattet.

§ 74. 1. Unger, BuſchsZ. **39** 54 ff. Unter „neuen", d. h. hier: der Vorinſtanz nicht bekannt geweſenen, auch in den ihr vorgelegenen Bekundungen nicht enthaltenen Tatſachen und Beweiſen begreift das Geſetz ſowohl ſolche, welche im Zeitpunkte der Erlaſſung der angefochtenen Verfügung bereits vorhanden waren, als auch ſolche, welche erſt nach dieſer Erlaſſung entſtanden ſind.

2. Unger, BuſchsZ. **39** 58 ff. Hinſichtlich der Form und des Beweiſes unterſteht das neue Vorbringen ſelbſtverſtändlich den allgemeinen Vorſchriften, von deren Beobachtung die Beachtlichkeit des Vorbringens der Beteiligten in dem betreffenden Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit abhängt; ſo z. B. in Grundbuchſachen der Beſchränkung des Vorbringens auf urkundlich Belegtes.

3. *Unger, BuſchsZ. **39** 50. Durch neue Tatſachen oder Beweismittel kann die Beſchwerde auch von einem Gegenbeteiligten bekämpft werden.

§ 75. I. Beſchwerdeverfahren. 1. Unger, BuſchsZ. **39** 73 ff. Auf das Beſchwerdeverfahren in Grundbuchſachen iſt § 14 FGG. reichsgeſetzlich nicht anwendbar (Güthe II 2 zum 4. Abſchn., Klumpp, Deutſches Grundbuchrecht § 34 III, Siméon, Recht und Rechtsgang 2 § 26 Ziff. 5. AM. Grützmann, KrVJSchr. **45** 268).

2. *Unger, BuſchsZ. **39** 76 f. Das Beſchwerdegericht iſt berechtigt, vom Erſtinſtanzrichter die Klarlegung der Gründe der angefochtenen Verfügung einzufordern.

3. *Unger, BuschsZ. **39** 95. Hält das Beschwerdegericht die Beschwerde für unzulässig, so ist es zur sachlichen Erörterung und Bescheidung der Beschwerde nicht befugt.

4. *Unger, BuschsZ. **39** 73, 104 f. Das Beschwerdegericht darf wegen streitiger Rechtsverhältnisse, die für seine Entscheidung in Frage kommen, seine Entscheidung nur dann bis zur Entscheidung eines hierüber anhängigen oder einzuleitenden Prozesses aussetzen, wenn dies vom Gesetze besonders gestattet ist oder wenn sämtliche Beteiligte einwilligen.

5. Unger, BuschsZ. **39** 57 ff. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann eine neue Angelegenheit, d. h. eine gerichtliche Handlung von ganz anderer rechtlicher Bedeutung, bezüglich deren die erste Instanz also noch gar nicht entschieden und noch gar nicht Grund zur Beschwerde gegeben hat, nach dem in der Ordnung des Instanzenzugs kundgegebenen Willen des Gesetzes durch neues Vorbringen selbst dann in der Beschwerdeinstanz nicht eingeführt und betrieben werden, wenn diese Handlung etwa in der äußeren Gestaltung ihrer Ausführung und in ihrer praktischen Wirkung der in erster Instanz erörterten Handlung gleichen sollte; in diesem Sinne gilt auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Regel des Zivilprozesses, daß neue Ansprüche, d. h. hier Anträge, die die Erledigung einer anderen Angelegenheit bezielen als der in der angefochtenen Verfügung behandelten, also auch neue Vorbringen, die solche Anträge stützen und zum Ausdrucke bringen sollen, in der Rechtsmittelinstanz unzulässig sind.

6. *Unger, BuschsZ. **39** 102 f. Der Beschwerdeentscheidung ist stets derjenige tatsächliche Zustand zugrunde zu legen, der im Zeitpunkt ihrer Erlassung besteht, nicht der zur Zeit der Erlassung der angefochtenen Verfügung vorhanden gewesene.

7. BayObLG. **10** 186. Das über die Beschwerde in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit entscheidende Gericht ist befugt, unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung die Sache zur anderweitigen Verfügung an das Gericht der ersten Instanz zurückzuverweisen.

II. Devolutivwirkung. 1. *Unger, BuschsZ. **38** 520 f. Der Unterrichter ist auf die bei ihm eingelegte oder ihm vom Oberrichter mitgeteilte Beschwerde selbst dann verpflichtet, über eine Abänderung der angefochtenen Verfügung sich schlüssig zu machen, wenn die Beschwerde als Anrufung des Oberrichters der vorgeschriebenen Form entbehrt oder aus anderen die erstinstanzliche Abänderbarkeit der Verfügung nicht berührenden Gründen unzulässig erscheint.

2. Unger, BuschsZ. **38** 529 ff. Als diejenige Verfahrenshandlung, mit welcher die Devolutivwirkung eintritt, also dem Unterrichter die Befugnis zur Abänderung seiner angefochtenen Verfügung sich entzieht, wird von einigen die Abgabe der Beschwerde seitens des Unterrichters an den Oberrichter zur Entschließhng (also im Falle der Einlegung unmittelbar beim Oberrichter wohl die Einlegung selbst), von anderen erst die Erlassung der Beschwerdeentscheidung angesehen. In Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift hierüber muß die Entscheidung dieser Frage aus der vernunftgemäßen Ordnung des Verfahrens entnommen werden, nach welcher durch den Eingang eines den Anforderungen der Verfahrensvorschriften entsprechenden Beschwerdeverlangens bei dem Oberrichter dessen Pflicht und Befugnis zur Sachentscheidung begründet wird und, nachdem dies geschehen, die gleichzeitige Zuständigkeit zweier Instanzen als verfahrens- und sachverwirrend nicht gestattet werden kann, vielmehr die Entscheidung darüber, ob etwa dem Unterrichter noch Gelegenheit zur Beseitigung der Beschwerde gelassen werden soll, dem Willen des Oberrichters anheimgegeben werden muß. Die Devolutivwirkung tritt ein, sobald der Oberrichter die Beschwerde als den Verfahrensvorschriften entsprechend, d. h. in zuverlässiger Weise eingelegt befunden (worüber nur ihm ausschließlich das Gesetz die Prüfung

zuweist) und mit der Beschwerde sich sachlich zu befassen beschlossen hat. Von diesem Beschluß an — der allerdings meist unmittelbar vor oder gleichzeitig mit der Sachentscheidung gefaßt wird, so daß praktisch der Unterschied zwischen dieser und der zweiten der vorbezeichneten Ansichten selten hervortreten wird —, ist der Unterrichter unzuständig, also eine von ihm trotzdem erlassene abändernde Verfügung nichtig.

3. HessRspr. **10** 92 (LG. Mainz). Die Einlegung der Beschwerde an sich hat keine aufschiebende Wirkung, sie bewirkt keine Sperre des Grundbuchs, die Erledigung später gestellter Anträge wird nicht gehindert.

4. Die Entsch. des OLG. Dresden JDR. **7** Ziff. 3 zu § 75 auch SeuffA. **64** 43.

§ 76. 1. *Unger, BuschsZ. **38** 538 ff. Der Oberrichter darf die einstweilige Anordnung schon vor dem Eintritte der Devolutivwirkung der Beschwerde treffen. — Die einstweilige Anordnung kann vom Beschwerdegerichte selbst abgeändert, sie kann aber nicht durch Rechtsmittel angefochten werden. — Die einstweilige Anordnung ist, wenn sie auch mit ihrer Vollziehung meist zusammenfallen wird, eine der Bekanntmachung an die Beteiligten bedürfende Verfügung.

2. Unger, BuschsZ. **38** 539 ff. Die Ausführung der stets eiligen und nur für ganz kurze Zeit berechneten Anordnungen ist nicht an die im § 42 erforderte Vorlegung des Briefes und damit an eine Voraussetzung geknüpft, die sich meist, wenn überhaupt, dann nur mit Weitläufigkeiten erfüllen läßt (aM. die herrschende Meinung).

3. Unger, BuschsZ. **38** 501 ff. Die Unterinstanz handelt nicht auf Ersuchen des Beschwerdegerichts im Sinne des § 39 GBO., wie Güthe III zu § 76, Dorner 3, Fuchs 2 zu § 123 FGG. annehmen, sondern „als Exekutivorgan des Beschwerdegerichts" (Schultze 3 zu § 123, sie hat „die einstweilige Anordnung schlechthin auszuführen", Melchior I 1 zu § 76; so auch Fuchs-Arnheim 10 zu § 76). Eine Bezugnahme auf die einstweilige Anordnung bei der Eintragung ist hier nicht, wie im § 885 Abs. 2 BGB. bezüglich der einstweiligen Verfügung, zugelassen. (Reichel, JheringsJ. **46** 173). Zweckmäßig empfiehlt Brachvogel-Frydrychowicz 4 zu § 76 dem Beschwerdegerichte, den Inhalt des einzutragenden Vermerkes durch Feststellung seines Wortlauts zu bezeichnen.

4. *Unger, BuschsZ. **38** 541. Andere einstweilige Anordnungen, als die der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, kann das Beschwerdegericht nicht treffen.

5. KGBl. **09** 70, RJA. **10** 160 (KG.). Nach § 76 Abs. 2 GBO. ist die Vormerkung oder der Widerspruch von Amts wegen zu löschen, wenn die Beschwerde zurückgenommen oder zurückgewiesen ist. Darüber, wie mit der Vormerkung und dem Widerspruche zu verfahren sei, wenn der Beschwerde stattgegeben wird, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift. Die in der Literatur bestrittene Frage, unter welchen Voraussetzungen die gemäß § 76 Abs. 1 GBO. eingetragene Vormerkung in die definitive Eintragung umgeschrieben werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Widerspruch wird, wenn die Definitiveintragung erfolgt, grundsätzlich als gegenstandslos zu löschen sein. Anders liegt es jedoch, wenn die von dem Beschwerdegericht in der schließlichen Entscheidung angeordnete Eintragung ebenfalls einen Widerspruch zum Gegenstand und wenn dieser Widerspruch denselben Inhalt hat, wie der auf Grund der einstweiligen Anordnung des Beschwerdegerichts bereits eingetragene. Letzteren zu löschen, und gleichzeitig einen neuen Widerspruch desselben Inhalts auf Grund der endgültigen Entscheidung des Beschwerdegerichts einzutragen, wäre ein leerer Formalismus, da beide Widersprüche die gleiche Funktion haben und da auch bei Ersetzung des auf Grund der einstweiligen Anordnung eingetragenen Widerspruchs durch den auf Grund der endgültigen Entscheidung einzutragenden das sachliche Ergebnis unverändert fortbestehen würde, daß der Richtigkeit des Grundbuchs bereits von der Eintragung des ersten Widerspruchs ab dauernd widersprochen ist. Es läßt sich daher

rechtlich nicht beanstanden, daß das Landgericht, falls es bei seiner schließlichen Entscheidung die Eintragung eines dem bereits auf Grund der einstweiligen Anordnung eingetragenen Widerspruche vollständig entsprechenden Widerspruchs für geboten erachtet, den Inhalt der einstweiligen Anordnung lediglich bestätigt und hiermit die Beschwerde für sachlich erledigt erklärt. Der zunächst nur auf Grund des § 76 Abs. 1 GBO. eingetragene Widerspruch findet in solchem Falle nachträglich seine Rechtfertigung aus § 71 Abs. 2 Satz 2, § 54 Abs 1 Satz 1 GBO.

§ 77. 1. Unger, BuschsZ. **39** 99 ff. Die in der freiwilligen Gerichtsbarkeit einschließlich der Grundbuchsachen herrschende Untersuchungsmaxime ergibt die Pflicht des Beschwerdegerichts, die Richtigkeit der angefochtenen Verfügung nicht bloß auf Grund der von dieser Verfügung selbst zur Unterlage genommenen und der etwa vom Beschwerdeführer ausdrücklich geltend gemachten Tatsachen und Erwägungen, sondern unter Berücksichtigung des gesamten tatsächlichen und rechtlichen Stoffes zu prüfen. Die Beschwerde darf daher als unbegründet nicht schon dann erachtet werden, wenn die angefochtene Verfügung in sich, d. h. in ihren kundgegebenen Feststellungen und Gründen keinen Irrtum finden läßt, sondern nur dann, wenn diese Verfügung nach der ganzen vom Beschwerdegreichte festzustellenden Sach- und Rechtslage das Richtige trifft; umgekehrt darf der Beschwerde nicht schon dann stattgegeben werden, wenn bei Findung der angefochtenen Verfügung irgendein tatsächlicher oder rechtlicher Irrtum mitgewirkt hat, sondern nur dann, wenn das Beschwerdegericht nach der gesamten von ihm selbst erkundeten Sachlage und nach deren rechtlicher Würdigung diese Verfügung für unrichtig erachtet.

2. Unger, BuschsZ. **39** 64. Eine Beschränkung bezüglich der Arten der Verfahrensvorschriften, deren Verletzung die Beschwerde begründen kann, besteht nicht. Die Beschwerde kann sich insbesondere auch auf diejenigen Fehler des Verfahrens stützen, welche nach gesetzlicher Vorschrift die „Wirksamkeit", d. h. hier Gültigkeit einer Verfügung nicht beeinträchtigen, wie örtliche Unzuständigkeit des Gerichts, Ausgeschlossensein des einzelnen Richters vom Richteramte, ja auch Verletzung bloßer Ordnungs-, sog. Sollvorschriften. Es können ferner nicht nur die vor, sondern auch die bei oder nach Erlassung der Sachverfügung begangenen Verfahrensfehler eine Beschwerde begründen.

3. Unger, BuschsZ. **39** 67 ff. Jedes Fehlgehen in einem dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit obliegenden Ermessen kann unter Umständen die Unrichtigkeit der Verfügung verursachen und deshalb eine Beschwerde begründen.

§ 78. 1. KGJ. **37** A 218 (KG.). Wenn das Landgericht eine unzulässige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen hat, so fragt es sich, ob die weitere Beschwerde mit der Erwägung zurückzuweisen ist, daß die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung zwar auf einer rechtsirrigen Voraussetzung beruhe, daß aber die Zurückweisung der ersten Beschwerde durch das Landgericht dem Beschwerdeführer keinen Anlaß zur weiteren Beschwerde gebe, weil die erste Beschwerde wegen Unzulässigkeit keinen Erfolg hätte haben können, oder ob die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben und die erste Beschwerde als unzulässig zu verwerfen ist. Die erstere Formulierung ist in den Entscheidungen in KGJ. **25** A 247 und **RG. 5** 413 gewählt. Inhaltlich haben beide Formulierungen dieselbe Bedeutung. Es erscheint aber richtiger, die zweite Formulierung zu wählen, da durch diese schärfer zum Ausdrucke gebracht wird, daß die Zurückweisung der ersten Beschwerde in einem anderen als dem vom Landgerichte gemeinten Sinne erfolgt und daß die Entscheidungsgründe des Landgerichts der bindenden Kraft für das Amtsgericht entbehren, und da die zweite Formulierung die der Sachlage entsprechende Gebührenfreiheit des Verfahrens der dritten Instanz zur Folge hat.

2. KGJ. **37** A 218 (KG.). Wenn die nach § 71 GBO. bestehende Voraussetzung für die Erhebung einer Beschwerde, der Erlaß einer Entscheidung des Grundbuch-

amts nicht gegeben ist, so ist die höhere Instanz nicht zuständig, ihrerseits zu entscheiden. Sie ist insbesondere nach dem Gesetze nicht berufen, auf Verlangen eines Beteiligten ein Obergutachten darüber abzugeben, ob eine gutachtliche Äußerung des Grundbuchamts inhaltlich zutrifft oder nicht.

§ 79. 1. a) **RG.** 28. 1. 09, **70** 234, ElsLothJZ. **09** 191, JW. **09** 144, SeuffBl. **09** 205, ZBlFG. **10** 104. Wenn ein OLG. gegen die im Beschwerdewege getroffene Anordnung einer Eintragung, falls diese bereits bewirkt ist, nicht die weitere Beschwerde sondern den Antrag auf Löschung der Eintragung oder auf Vormerkung eines Widerspruchs beim Grundbuchamt und im Falle der Ablehnung die Beschwerde und die weitere Beschwerde als zulässigen Rechtsweg ansieht, während ein anderes OLG. das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde als gegeben erachtet, so liegt ein Konfliktsfall des § 79 Abs. 2 GBO. vor, zu dessen Entscheidung das RG. anzugehen ist. **b)** BayObLG. **9** 560. Eine Änderung der Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nicht auf dem Wege einer erneuten Angehung des Beschwerdegerichts, sondern nur auf dem Wege der weitern Beschwerde möglich; diese ist noch zulässig, wenn die vom Beschwerdegericht angeordnete Eintragung bewirkt ist. **c)** du Chesne, ZBlFG. **10** 398. Soll bereits die Eintragungsentschließung als gesetzwidrig bekämpft werden, so muß dies im Wege der Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts, also der weiteren Beschwerde geschehen. ... Ist dagegen nach der Ansicht des Betroffenen nur in der Art der Ausführung der Eintragungsentschließung, also nur vom Grundbuchamte, gefehlt worden, so wird er sich mit der ersten Beschwerde, soweit diese gegen Eintragungen zulässig, an das Landgericht zu wenden haben (Prozeßgang des formalen Grundbuchrechts 45).

2. BayObLG. **9** 336. Der § 79 GBO. trifft nicht zu, wenn die reichsgesetzliche Vorschrift nicht als solche, sondern deshalb anzuwenden ist, weil sie durch das Landesrecht an Stelle der Vorschriften des früheren Rechtes für anwendbar erklärt ist.

§ 80. 1. **RG.** 28. 1. 09, **70** 234, JW. **09** 144, RJA. **10** 55, R. **09** Ziff. 896, 897, ElsLothJZ. **09** 191, BayRpflZ. **09** 109, SeuffBl. **09** 205. Nach dem § 80 Abs. 3 GBO. finden auf die weitere Beschwerde, soweit nicht für sie in den beiden vorhergehenden Absätzen des Paragraphen abweichende Bestimmungen getroffen sind, die Vorschriften über die Beschwerde entsprechende Anwendung. Nach dieser allgemeinen Fassung des Gesetzes muß auch § 71 Abs. 2 GBO., dessen Inhalt zweifellos durch die Sonderbestimmungen des § 80 Abs. 1, 2 nicht berührt wird, für das weitere Beschwerdeverfahren dahin Geltung haben, daß mit der weiteren Beschwerde gegenüber einer vom Beschwerdegericht angeordneten und ausgeführten Eintragung deren Beseitigung dann, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist, in allen übrigen Fällen Eintragung eines Widerspruchs verlangt werden kann.... Den Beteiligten ist zur Erreichung dieses Zieles nur das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde gegeben und nicht auch der Weg erneuter Angehung der Vorinstanzen offen gelassen, falls nicht diese erneute Angehung auf eine in der Zwischenzeit eingetretene Veränderung der Sachlage oder auf sonst neu vorgebrachte Tatsachen gestützt wird. Bei völlig unveränderten Verhältnissen darf das Beschwerdegericht seine früher erlassene Entscheidung nicht beliebig aufheben oder verändern.... Allerdings sind die Entscheidungen in Grundbuchsachen keiner Rechtskraft fähig. Aber der hieraus zu ziehenden Folgerung, daß sie sonach jederzeit zurückgenommen werden könnten, tritt die Vorschrift des § 80 Abs. 2 GBO. entgegen, indem sie der Einlegung der weiteren Beschwerde die Wirkung beimißt, daß damit die Befugnis der unteren Instanzen, ihre Entscheidung abzuändern, aufhört. Ihr liegt der Gesichtspunkt zugrunde, es solle im Interesse der Herstellung einer einheitlichen Rechtsprechung in Grundbuchsachen der obersten Instanz eine hierzu dargebotene Gelegenheit nicht durch die unteren Instanzen entzogen werden dürfen (vgl. D. zum Entw. einer GBO. 44) Dieser Zweck würde in einer den Absichten des Gesetzgebers zuwiderlaufenden Weise

vereitelt werden, wenn dem Beschwerdegerichte gestattet würde, was ihm für den Fall der Einlegung der weiteren Beschwerde untersagt ist, auf Grund erneuter Einlegung einer ersten Beschwerde zu tun (aM. KG., OLG. **7** 375 u. **12** 145).

2. BayObLG. **10** 207. Wenn die weitere Beschwerde in einer Grundbuchsache durch Einreichung einer Beschwerdeschrift eingelegt wird, ist die Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt erforderlich, die Einlegung der Beschwerde durch einen Notar genügt nur dann, wenn dieser in der Angelegenheit für den Beschwerdeführer einen Antrag an das Gericht erster Instanz gestellt hat.

3. a) OLG. **18** 248, ElsLothNotZ. **09** 118 (Colmar). Wenn der Notar lediglich die bezüglichen Erklärungen beglaubigt hat, so muß die Beschwerdeschrift von einem Rechtsanwalt unterschrieben werden. b) ElsLothJZ. **09** 613 (Colmar). Wenn ein Notar die weitere Beschwerde in eigenem Namen einlegt, ist sie vom Anwaltszwange befreit.

§ 91. Winter, HessRspr. **9** 183. Die Einwirkung der Anlegung des Grundbuchs auf Erbengemeinschaften des französischen Rechtes.

§§ 93 ff. 1. Zur Auslegung des PrAGGBO. R. **09** 40 (KG.). Eine Veräußerung i. S. des Art. 20 PrAGGBO. liegt auch vor, wenn einzelne Parzellen von einem Familienfideikommißgut abgeschrieben und einem Grundstücke, das zu dem Allodialvermögen des Fideikommißbesitzers gehört, zugeschrieben werden sollen. Eine Auflassung ist zu diesem Zwecke nicht erforderlich.

2. Zur Auslegung der preuß. AVf. vom 20. November 1899. R. **09** 40 (KG.). Die Vorschrift, daß zur Bezeichnung einer Handelsgesellschaft im Grundbuche die Firma anzugeben ist (vgl. § 4 AVf. vom 20. November 1899 zur Ausführung der GBO.), schließt nicht aus, daß nach Auflösung der Gesellschaft ein diese Tatsache erkennbar machender Zusatz zur Verdeutlichung der Bezeichnung der Berechtigten in das Grundbuch eingetragen wird. Der Antrag der Vertreter der aufgelösten Gesellschaft auf Bewirkung solcher Eintragung darf nicht abgelehnt werden, sofern die Auflösung nachgewiesen ist und nicht im Einzelfalle besondere Zweckmäßigkeitsgründe entgegenstehen.

§ 96. R. **09** Ziff. 895 (BayObLG.). Die Parteien haben kein Recht auf sofortige Eintragung einer an sich wirksamen Auflassung, solange sie den landesrechtlich vorgeschriebenen Vermessungsplan nicht vorzulegen vermögen.

§ 100. Unger, BuschsZ. **38** 505 ff. Die Ansicht von Güthe I 2 zu § 100, Klumpp, Deutsches Grundbuchrecht § 71 I, Rausnitz 1 zu § 29, daß die Beschwerde auch bei der anderen Behörde eingelegt werden könne, steht mit dem Wortlaute des § 21 FGG. im Widerspruch; und auch im Sinne des § 73 GBO. kann als das im Gegensatze zum Beschwerdegerichte gestellte „Grundbuchamt", das als erste Instanz die anzufechtende Verfügung erlassen hat und für die durch die Beschwerdeeinlegung veranlaßte wiederholte Prüfung, mithin nach der Natur der Sache auch für die Annahme der Beschwerde zuständig ist, nur das Amtsgericht angesehen werden.

Personenstandsgesetz.

(Bericht aus den Jahren 1908 und 1909.)

Literatur: Hinschius, Paul, Dr., Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Febr. 1875. Mit Kommentar in Anmerkungen und einem Abdrucke der grundlegenden Ausführungsbestimmungen des Reichs und der Bundesstaaten. 4. neubearbeitete Auflage, behandelnd das PStG. in seiner gegenwärtigen Gestalt in Verbindung mit einer Erläuterung der §§ 1303–1322 BGB., herausgegeben von Wilhelm Boschan, Kammergerichtsrat (Berlin 09, Guttentag). — Schaarschmidt, Kleines Handbuch für Standesbeamte. Berlin 1909.

§ 1. BadRpr. **09** 103 (LG. Karlsruhe). Die Standesbeamten sind zwar regelmäßig unmittelbare Gemeindebeamte, aber stets üben sie ihre amtliche Tätigkeit kraft staatlicher Übertragung aus, und sind insofern mittelbare Staatsbeamte. In jedem Falle unterliegen sie der unmittelbaren Dienstaufsicht der Staatsbehörde, insoweit ihre Amtsführung als Standesbeamte in Betracht kommt.

§ 3. *Hinschius-Boschan 412 Anm. 9. Nicht ausgeschlossen ist es (aM. 3. Aufl. 32 Anm. 6), dieselbe Person als Standesbeamten für mehrere Standesamtsbezirke zu bestellen, da sie für jedes Amt besonders bestellt wird. Wenn in einem solchen Falle, wie zulässig, der Standesbeamte sein Doppelamt in demselben Geschäftsraume wahrnimmt, werden regelmäßig auch die für beide Bezirke bestimmten Register, in die die Eintragungen zu erfolgen haben, in demselben Raume aufbewahrt werden. Soweit es sich ausnahmsweise (bei Eheschließungen) um Amtshandlungen innerhalb des Bezirkes handelt, kann selbstverständlich der Standesbeamte nur in seiner Eigenschaft als der für den betreffenden Bezirk zuständige Standesbeamte Amtshandlungen wahrnehmen, wie er sich auch als solcher bei den Eintragungen in den Registern zu bezeichnen hat.

§ 4. *Hinschius-Boschan 416 Anm. 19 gibt (entgegen der 3. Aufl. 35 Anm. 18) der Auffassung der preußischen Verwaltungspraxis den Vorzug, daß der gesetzliche Stellvertreter des Bürgermeisters nur dann — dann aber ohne besondere Ernennung oder Genehmigung — in Vertretung des Bürgermeisters die Standesamtsgeschäfte wahrzunehmen hat, wenn der Bürgermeister, sei es wegen Abwesenheit oder wegen sonstiger Geschäfte, dauernd oder vorübergehend verhindert ist, und zwar kann die Vertretung im Sinne einer dauernden Vertretung geregelt werden (vgl. PrOVG. **50** 433).

§ 11. 1. KGJ. **37** A 101 (KG.). Grundsätzlich findet im Verfahren des § 11 Abs. 3 PStG. auch der § 12 FGG. Anwendung, doch besteht eine Ermittelungspflicht des Gerichts dann nicht, wenn nach Sondervorschriften gewisse Erfordernisse eines Antrags zunächst von den Beteiligten beizubringen sind. Dies ist nach § 45 PStG. der Fall, wonach dem Standesbeamten die zur Eheschließung gesetzlich notwendigen Erfordernisse als vorhanden nachzuweisen sind. Im übrigen muß bei der Entscheidung, ob der Standesbeamte berechtigt war, eine Amtshandlung vorzunehmen, das Amtsgericht nicht bloß die rechtlichen Erwägungen des Standesbeamten nachprüfen, sondern auch das gesamte ihm unterbreitete tatsächliche Material der Beurteilung unterziehen.

2. Abs. 3. *Hinschius-Boschan 432 Anm. 68. Durch die Vorschrift des Abs. 3 wird ein Teil der Aufsichtsgeschäfte, die an sich zur Zuständigkeit der in Abs. 2 bestimmten Aufsichtsbehörden gehören, den ordentlichen Gerichten übertragen. Die Anweisungen des Gerichts stellen sich jedoch nicht oder nicht in erster Linie als Ausfluß der Aufsichtsführung dar, sondern sind Entscheidungen (Verfügungen) im Sinne der §§ 1, 19 FGG. und setzen voraus, daß die Ablehnung der beantragten Amtshandlung eine Rechtsverletzung enthält, insbes. das Recht eines Beteiligten auf gesetz- und sachgemäße Behandlung seiner Angelegenheit beeinträchtigt. Im einzelnen Falle kann die Entscheidung des StB. sowohl eine Pflichtwidrigkeit als auch eine Rechtsverletzung enthalten, in diesem Falle ist die Entscheidung des Gerichts unabhängig von der Entschließung der Aufsichtsbehörde, und umgekehrt.

§ 13. 1. *Hinschius-Boschan. a) 448 Anm. 83. Kann sich der Anzeigende über seine Person überhaupt nicht ausweisen, so ist der Standesbeamte für berechtigt zu erachten, die Beurkundung überhaupt abzulehnen, und wird dann die Anzeige nicht rechtzeitig in der im Gesetze vorgesehenen Weise nachgeholt, so macht sich der Anzeigepflichtige gemäß § 68 Abs. 1 strafbar. Wenn dementgegen das

OLG. Düsseldorf (StB. **07** 277, RheinA. **105** I 180) annimmt, daß zwar der Anzeigende auch bei der Beurkundung der Anzeige mitzuwirken verpflichtet sei, die Nichterfüllung dieser Verpflichtung aber im § 68, da dort § 13 nicht in Bezug genommen sei, nicht unter Strafe gestellt werde, so ist dabei übersehen, daß im § 68 auch die Verletzung des die Beurkundung der Geburt behandelnden § 22 mit Strafe bedroht ist, und eine solche Verletzung liegt vor, wenn der Anzeigepflichtige, weil er sich nicht gemäß § 13 Nr. 3 auszuweisen vermag, die Beurkundung der Geburtsanzeige vereitelt. Aus § 21 ist ein Gegengrund nicht herzuleiten, da dieser eine im übrigen gehörige Anzeige voraussetzt. Der dem § 22 entsprechende § 59 ist zwar auffallenderweise im § 68 nicht miterwähnt, doch wird wegen Gleichheit des Grundes (§ 58) auch bei Anzeigen von Sterbefällen dasselbe zu gelten haben. **b)** 449 Anm. 87. Eine Rechtspflicht zur Vollziehung der Unterschrift in dem Sinne, daß deren Verweigerung nach § 68 Abs. 1 bestraft und deren Erfüllung nach § 68 Abs. 3 erzwungen werden könnte, ist nicht anzuerkennen. AM. Sartorius 114, Stölzel 29, Reger **25** 162 (Marienwerder).

2. Stölzel, PrVerwBl. **29** 818, ist der Ansicht, daß, wenn eine Eintragung durch den Standesbeamten nicht vollzogen und die vorgeschriebene Anzeige durch eine anzeigepflichtige (§§ 18, 57 PStG.) oder anzeigeberechtigte (§§ 19, 58) Person nicht mehr möglich oder auch nur schwierig sei, der StB. nach Anstellung weiterer Ermittelungen und Erwirkung der Genehmigung der Aufsichtsbehörde den Fall eintragen könne, ohne daß noch ein Dritter regelrecht Anzeige zu erstatten brauche.

3. R. **09** Ziff. 3879 (KG.). Die von dem Standesbeamten aufgenommene Bezeichnung der Erschienenen muß mit der Unterschrift übereinstimmen; im Falle einer Abweichung liegt eine Unrichtigkeit vor. Die in diesem Falle zulässige Berichtigung kann allerdings nicht die Abänderung einer Unterschrift zum Gegenstande haben, vielmehr geschieht sie durch die Feststellung, daß der Name, mit dem der Erschienene unterzeichnet hat, ein unrichtiger ist. So SeuffA. **59** 301, ZBlFG. **5** 553 (Dresden) und in ihrer Mehrheit die Literatur. ➠ Vgl. Hinschius-Boschan 590 Anm. 40 Ziff. 5. Red. ⟵

4. R. **09** Ziff. 3878 (KG.). Fehlt dem Randvermerke, der dahin lautet, daß die an unrichtiger Stelle geschriebene Unterschrift des Anmeldenden durchgestrichen und an richtiger Stelle wiederholt sei, der Zusatz, daß der Randvermerk vorgelesen, genehmigt und unterschrieben sei, so ist damit die Voraussetzung zu einer Berichtigung nicht gegeben. Eines solchen Zusatzes bedarf es überhaupt nicht. Die Durchstreichung einer offensichtlich durch Versehen an eine falsche Stelle gesetzten und dann an der richtigen Stelle wiederholten Namensunterschrift spricht für sich allein genügend deutlich. Wenn § 13 Abs. 4 PStG. bestimmt, die Randvermerke seien gleich der Eintragung selbst besonders zu vollziehen, so besagt das Wort „vollziehen" für sich allein noch nicht, daß auch die Vorschriften des Abs. 2 Nr. 4, 5 (Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung durch die Erschienenen) Anwendung finden sollen. Das Wort Vollziehung bedeutet hier die abschließende Unterschrift der Urkundsperson.

§ 14. Josef, KGBl. **09** 77. Ist gemäß § 197 FGG. oder auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften dem Landgerichte die Aufbewahrung von Standesregistern übertragen, so ist für die Beschwerde gegen die Ablehnung der Einsichtgewährung das örtlich vorgesetzte Oberlandesgericht zuständig. Vgl. Boschan, ZBlFG. **7** 193. Die Aufbewahrung der vor dem Inkrafttreten des PStG. geführten Standesregister ist eine landesgesetzliche Angelegenheit der freiw. Gerichtsbarkeit (für Preußen vgl. Art. 133 PrFGG.). Lehnt das Landgericht die Erteilung von Auszügen oder die Einsichtgewährung dieser älteren Register ab, so ist

für die Entscheidung der Beschwerde das OLG. zuständig auf Grund das Art. 6 Abs. 2 PrFGG.

§ 15. 1. OLG. **18** 371 (KG.). Zur Beurkundung gerade der Eheschließung ist nur die Heiratsurkunde bestimmt. Vermerke in der Geburts- und Sterbeurkunde, aus denen die Verheiratung einer Person entnommen werden kann (§ 22 Nr. 5, § 59 Nr. 4 PStG.), sind nur dazu bestimmt, die Feststellung der Identität der betreffenden Person zu ermöglichen, nicht aber auch, losgelöst von dieser Beziehung, die Tatsache gerade der Verheiratung, wenn es auf diese ankommt, zu beurkunden. Dies trifft auch zu, wenn gemäß § 26 PStG. die Legitimation eines unehelichen Kindes im Geburtsregister unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Eintragung der Eheschließung im Heiratsregister vermerkt ist, denn dieser Vermerk ist lediglich zur Beurkundung der Veränderung der Standesrechte des Kindes bestimmt, kann also auch nur insoweit die Beweiskraft des § 15 beanspruchen.

2. v. Horix, BayRpfl.Z **09** 106, erachtet zur Beglaubigung der standesamtlichen Registerauszüge im Verkehre Bayerns mit Österreich die Amtsgerichte für zuständig.

§ 16. a) Schmitz-Duisburg, StandesA. **09** 244, unter Bezugnahme auf den dem PStG. angehängten Gebührentarif: Ein Auszug, in dem mehrere standesamtliche Beurkundungen nacheinander eingetragen sind (sog. Sammelauszug), ist zwar nach der Wortfassung des Gebührentarifs denkbar, mit Rücksicht auf § 1 der Vorschriften des Bundesrats zur Ausführung des PStG. aber unzulässig. Es besteht ein uneingeschränktes Recht auf Einsichtnahme der Register. Demgegenüber bemerkt **b)** Schmitz-Meiderich, StandesA. **09** 259: Dem Mißbrauche des Einsichtnehmens kann wirksam entgegengetreten werden durch Berufung auf die Gefahr der Störung des ordentlichen und geregelten Dienstbetriebs; Schmitz verwirft den bis dahin festgehaltenen Unterschied zwischen der erlaubten Einsichtnahme und der nicht gestatteten Durchsicht.

§ 17. a) *Hinschius-Boschan 463 Anm. 28. Die im § 17 vorgeschriebene Frist ist nicht nach § 193 BGB. zu berechnen, da diese Gesetzesstelle sich nicht auf öffentlich-rechtliche Fristen bezieht. Die Frage ist aber bestritten, vgl. die Literaturnachweise aaO. **b)** PrJMVf. v. 29. Nov. 09 (Standesa. **1910** 13) ist aus Zweckmäßigkeitsrücksichten für die Bejahung der Frage, insbes. mit Rücksicht auf die Änderung des § 23 PStG. durch RGes. v. 14. April 05 (RGBl. 251), und hat daher die Staatsanwaltschaften angewiesen, bei Prüfung der Frage, ob eine Bestrafung gemäß § 68 PStG. herbeizuführen sei, von der Annahme der Anwendbarkeit des § 193 BGB. auszugehen.

§ 18. Stölzel, PrVerwBl. **29** 419. Durch Verhaftung werden die im § 18 Nr. 1 bis 4 genannten Personen von der Anzeigepflicht frei, weil sie dann „verhindert" sind.

§ 19. *Hinschius-Boschan 466 Anm. 34. Der § 19 regelt die Erledigung der im § 18 festgesetzten Anzeigepflicht, jedoch in der Weise, daß deren Erfüllung auch durch eine andere Person, sofern sie aus eigener Wissenschaft unterrichtet ist, geschehen kann, und insofern stellt der § 19 zugleich neben den Anzeigepflichtigen den Anzeige*berechtigten*, ohne daß deshalb, wie Sartorius 145 den § 19 auslegt, der Anzeigeberechtigte als *Vertreter* oder *vermuteter Beauftragter* des Anzeigeverpflichteten angesehen zu werden braucht.

§ 22. I. Beweiskraft des Geburtsregisters. a) *Hinschius-Boschan 474 Anm. 54 A. Die Eintragung im Geburtsregister dient auch dem Nachweise des *elterlichen* Verhältnisses zu dem Kinde. Wenn dieses auch nicht, wie die Mutterschaft, eine ohne weiteres nachweisbare Tatsache ist, sondern aus anderen Rechtsverhältnissen, insbesondere dem Bestehen einer Ehe, gefolgert wird und das Bestehen oder die Auflösung dieses Rechtsverhältnisses wiederum von dem

Nachweise bestimmter Tatsachen, z. B. des Abschlusses oder der Auflösung einer Ehe abhängt, so dienen doch diese Tatsachen nur zum Beweise des Rechtsverhältnisses, während das Bestehen des Rechtsverhältnisses allein diejenige Standestatsache ist, zu deren Beurkundung nach § 15 PStG. das Geburtsregister bestimmt ist. Eine weiterreichende Beweiskraft als die der Feststellung des Personenstandes hat jedoch die Eintragung nicht, insbesondere kann sie, abgesehen hiervon, nicht zu dem Nachweise benutzt werden, daß zur Zeit der Geburt des Kindes eine rechtsgültige Ehe seiner Eltern bestanden habe, da zu dieser allgemeinen Beurkundung das Geburtsregister nicht bestimmt ist. Über die Feststellung der Voraussetzungen der Ehelichkeit eines Kindes s. 475 ff. **b)** ElsLothJZ. **08** 371 (Colmar). Die Beweiskraft der Geburtsurkunde hinsichtlich der Ehe der Eltern beschränkt sich nur auf das Verhältnis des Kindes selbst zu diesen. Außerhalb dieses Rahmens versagt diese Beweiskraft um so mehr, als die Beurkundung der Ehelichkeit in der Geburtsurkunde regelmäßig nur auf die einseitige Erklärung einer Person hin erfolgt, die nicht einmal der Vater zu sein braucht (§ 18 PStG.).

II. Geschlecht des Kindes. FischersZ. **36** 88 (SächsJM.). Ist, wie sich erst später herausgestellt hat, ein Kind männlichen Geschlechts irrtümlich im Geburtsregister unter weiblichem Vornamen eingetragen, so ist nicht nur die Eintragung des Geschlechts, sondern auch die des fälschlich eingetragenen Mädchennamens gemäß § 65 PStG. zu berichtigen. Vgl. FischersZ. **18** 367 (Dresden) und Reger **16** 88 (Colmar).

III. Vornamen des Kindes. 1. Namengebung. OLG. **18** 276 (KG.). Die Eintragung des Vornamens im Standesregister hat, auch wenn sie auf einer vom Vater vorgenommenen Anmeldung beruht, nicht die Wirkung der Namengebung. Es ist möglich, daß der Vater erst vermittels der Anmeldung den Namen seines Kindes bestimmt, möglich aber auch, daß er den Namen schon vorher bestimmt hat. In dem einen wie dem anderen Falle wird nicht die Namengebung, sondern die Anmeldung der letzteren von dem Standesbeamten beurkundet. War daher dem Kinde schon ein anderer als der bei der Anmeldung angegebene und der Angabe entsprechend eingetragene Vorname beigelegt worden, so ist die Registereintragung trotz ihrer Übereinstimmung mit der Anmeldung unrichtig, wenn nicht der Vater doch den Willen hatte, dem Kinde diesen Vornamen zu geben (vgl. OLG. **12** 341).

2. Zulässige Vornamen. **a)** Donner, StandesA. **09** 50: Nur wirkliche und anerkannte Vornamen sind eintragungsfähig; dagegen kann der Standesbeamte die Eintragung von Vornamen, die anstößig sind oder sonst mit der öffentlichen Ordnung nicht in Einklang zu bringen sind (Gebrauch von Knabenvornamen für Mädchen) oder auch solcher selbstgeprägter Vornamen, die keinen historisch gerechtfertigten Wert haben (Phantasievornamen), ablehnen. **b)** OLG. **18** 276 (KG.). Der Umstand, daß in dem amtlichen Vornamenverzeichnisse nur der Name „Salomone" vorkommt, steht der Eintragung des Vornamens „Salomea" nicht entgegen, da dieser Vorname weder ungebräuchlich noch anstößig ist. **c)** SchlHolstAnz. **09** 84 (LG. Flensburg) hält es, entsprechend den Gebräuchen in den schlesw.-holsteinischen Landesteilen, für zulässig, als Vornamen dem Kinde den Stammnamen der Mutter (z. B. Trier) zu erteilen, da durch PrMJ. v. 15. Dez. 1885 nur die Eintragung anstößiger oder unanständiger Vornamen untersagt sei.

IV. Nachträgliche Anzeige der Vornamen. OLG. **16** 248 (KG.). Die Bedeutung des § 22 Abs. 3 beschränkt sich richtiger Auffassung nach darauf, daß der Geburtsfall auch dann einzutragen ist, wenn zur Zeit der Anzeige die Vornamen des Kindes noch nicht feststehen. In dem Falle einer solchen Eintragung soll die Anzeige der Vornamen vor Ablauf von zwei Monaten seit der Geburt nachgeholt und die nachträgliche Anzeige des Vornamens am Rande des Registervermerkes ein-

getragen werden. Stand daher zur Zeit der Anzeige des Geburtsfalls fest, welche Vornamen das Kind erhalten sollte, so ist weder für die Anwendung des § 22 Abs. 3 noch für eine Berichtigung Raum, wenn nachträglich dem Kinde noch ein zweiter Name beigelegt worden ist und dessen Eintragung im Geburtsregister beantragt wird.

§ 23. *Hinschius-Boschan 483 Anm. 61. Die hier vorgeschriebene Eintragung dient dem Nachweise, daß das Kind, sei es, weil es totgeboren, sei es, weil es in der Geburt gestorben ist, die Rechtsfähigkeit nicht erlangt hat, also nicht als Mensch im Sinne des § 1 BGB. geboren worden ist, und insoweit ist daher die Eintragung im Sterberegister gemäß § 15 beweiskräftig. Eine weiterreichende Bedeutung hat aber die Eintragung nicht, insbesondere dient sie nicht dem Nachweise, daß das Kind überhaupt gelebt habe, vielmehr hat über diese Frage der Richter im Streitfalle zu entscheiden.

§ 24. 1. Stallmach, StandesA. **09** 208. Wenn von einer unbekannten Frau im Krankenhaus ein Kind geboren wird und diese bei der Geburt stirbt, so ist der § 24 PStG. analog anzuwenden und von der Ortspolizeibehörde das Weitere zu veranlassen, d. h. Name und Vorname des Kindes anzuzeigen.

2. RJA. **10** 109, MecklZ. **09** 249 (Rostock). Die Ausdehnung der Bestimmung auf ältere Findelkinder, wie sie von einzelnen Rechtslehrern und zum Teil auch von der Rechtsprechung (vgl. Sartorius Anm. 1 a) vorgenommen ist, findet in dem Gesetze keine Stütze. § 24 PStG. trifft überhaupt keine Bestimmung über die Beilegung eines Namens, sondern zählt nur (Abs. 2) unter den eintragungsbedürftigen Tatsachen auch die Namen auf, welche dem Kinde beigelegt werden. Die Eintragung soll also nur den beigelegten Namen feststellen, nicht erst dessen Beilegung ermöglichen.

§ 25. 1. a) **RG. 68** 60, RJA. **9** 143, HansGZ. **08** Beibl. 185, JW. **08** 276, R. **08** 315 (Dissens zwischen OLG. **3** 399 u. **7** 121 [KG.] u. OLG. Hamburg). Das RG. teilt die Meinung des OLG. Hamburg, wonach die gemäß § 25 PStG. bewirkte Eintragung der Anerkennung eines unehelichen Kindes zum Standesregister nicht mehr beweist und beweisen soll, als daß eine derartige Anerkennung in einer öffentlichen Urkunde erklärt ist. Ob sich diese Folgerung schon aus dem PStG. selbst ableiten läßt, mag dahingestellt bleiben. Seit Inkrafttreten des BGB. ist die Ansicht des KG. nicht zu halten, es werde durch Eintragung der Anerkennung im Standesregister nicht bloß eine Erklärung rechtsgeschäftlicher Art, sondern zugleich die hieraus zu folgernde Tatsache der Erzeugung des Kindes durch den Anerkennenden im Sinne des § 15 beurkundet und bewiesen. Nach § 1720 Abs. 2 BGB. begründet die Anerkennung der Vaterschaft gegen den Anerkennenden nur die Vermutung, er habe der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt. Darin erschöpfen sich aber die Rechte des Kindes. Entweder ist in Beziehung hierauf der Nachweis der Unrichtigkeit geführt und deshalb die Eintragung im Register zu berichtigen (§§ 15, 65 PStG.); dann bleibt kein Raum für die gegenteilige Vermutung. Oder die Vermutung ist noch begründet, dann kann nicht vom Nachweise des Gegenteils und demgemäß von Berichtigung des Registers die Rede sein. Im Streitfalle kann die Berichtigung des Geburtsregisters auch nicht etwa deshalb gefordert werden, weil inzwischen der zum Heiratsregister eingetragene Vermerk der Anerkennung dort berichtigt sei. Die Entsch. **RG.** (Straff.) **1** 10 u. **26** 408 (vgl. auch **2** 304, **13** 129), wo angenommen wurde, durch die Eintragung der Anerkennung der Vaterschaft werde im Sinne von § 15 PStG. auch die Tatsache der Beiwohnung beurkundet, sind unter der Herrschaft des älteren Rechtes ergangen. **b)** Bay. ObLG. **10** 44, R. **09** Ziff. 854, 907, 908, BayRpfl.Z **09** 171, ZBlFG. **9** 674 tritt dem **RG.** bei und hält die Frage, welche Bedeutung der Anerkennung im einzelnen Falle für die Feststellung der Abstammung des Kindes zukomme, für eine außerhalb der

Bestimmung des Standesregisters liegende Angelegenheit. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß die im § 1720 Abs. 2 bestimmte Vermutung ausgeschlossen sei, wenn das für die Anordnung einer Berichtigung des Standesregisters zuständige Gericht festgestellt habe, daß der Beweis des Gegenteils erbracht sei, besteht nach Ansicht des BayObLG. nicht, wie auch das Gericht nicht berufen sei, den Beweis des Gegenteils aufzunehmen, da ihm hierzu die sachliche Zuständigkeit fehle.

2. Dagegen **a)** SächsOLG. **29** 370 (Dresden). Ein unrichtiges Anerkenntnis der Vaterschaft kann nicht durch Eintragung eines Löschungsvermerkes im Geburtsregister berichtigt werden, vielmehr kann im Wege der Berichtigung nur eingetragen werden, daß der Anerkennende nicht der Vater des Kindes sei. **b)** *Boschan, ZBlFG. **10** 560. An sich gehört die Anerkennung der Vaterschaft nicht zu denjenigen Tatsachen, zu deren unmittelbarer Beurkundung das Standesregister bestimmt ist, deshalb hat auch das RG. (vgl. o. zu 1 a) den Berichtigungsantrag mit Recht zurückgewiesen, wenn er dahin ging: „Die Erklärung des H., daß er das von seiner Frau geborene Kind als das seinige anerkenne, sei unrichtig." Der Anerkennung der Vaterschaft kommt aber eine weitergehende Bedeutung zu, wenn sie in Verbindung mit dem Nachweise der Eheschließung der Eltern des Kindes einen Bestandteil des Legitimationsvermerkes bildet, denn in diesem Falle dient der Legitimationsvermerk dem Nachweise der Veränderung der Standesrechte des Kindes im Sinne des § 26 PStG. dahin, daß das Kind nunmehr als ein eheliches anzusehen ist. Die Beurkundung der Vaterschaft kommt hiernach in diesem Falle als öffentliche Urkunde im Sinne des § 26 PStG. in Betracht, die in Verbindung mit der Heiratsurkunde bis zum Beweise des Gegenteils die Standestatsache der Legitimation nachweist. Deshalb kann aber, wenn es sich um eine Berichtigung handelt, auch nur die Berichtigung des ganzen Legitimationsvermerkes in Frage kommen, und zwar beim Nachweise des Nichtbestehens einer Ehe dahin, daß der Anerkennende nicht der Ehemann der Mutter, und beim Nachweise der Nichtbeiwohnung dahin, daß der Anerkennende nicht der Vater des Kindes sei. Die weitergehende Ansicht des BayObLG. (o. Ziff. 1 b), die die Zulässigkeit jeder Berichtigung verneint, findet in dem Beschlusse des RG. (o. Ziff. 1 a) selbst keine Stütze. **c)** Auch ElsLothJZ. **1910** 101 (Colmar) nimmt im Gegensatze zu **RG. 68** 60 (vgl. o. Ziff. 1 a) an, daß durch die Eintragung der Anerkennung der Vaterschaft bezüglich eines unehelichen Kindes nicht bloß eine Erklärung rechtsgeschäftlicher Art, sondern auch die Tatsache der Erzeugung des Kindes durch den Anerkennenden bzw. der Abstammung des Kindes von dem Anerkennenden beurkundet werde, stimmt aber dem BayObLG. (ZBlFG. **9** 674) dahin zu, daß die Anerkennung, wenn sie von dem StB. in dem Heiratsregister beurkundet wird, dadurch keine andere Bedeutung und keine höhere Beweiskraft erlangt, als wenn sie sonstwie gerichtlich oder notariell beurkundet wird.

§ 26. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **6** Ziff. 2 zu § 26 — auch DJZ. **08** 200.

2. Schmitz-Meiderich, StandesA. **09** 22. Ein Konfessionswechsel bewirkt keine Veränderung der Standesrechte und gestattet darum auch keine Vermerkung am Rande der Eintragung.

3. OLG. **18** 282 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung eines Randvermerkes der Annahme an Kindesstatt, wenn in Wirklichkeit nicht eine Annahme, sondern lediglich eine Überlassung des Namens des Annehmenden an den Angenommenen gewollt ist, denn die bloße Übertragung eines Namens durch Vertrag ist gesetzlich unzulässig (KGJ. **22** A 251).

4. Namensänderung. **a)** R. **09** 158 (KG., Strafs.). Zum Tatbestande einer Übertretung der KabO. v. 15. April 1822 bzw. des Kgl. Erl. v. 12. Juli 1867

gehört, daß jemand sich eines unrichtigen Namens mit dem Vorsatze bedient, ihn statt des richtigen Namens beständig zu führen. Guter Glaube an die Richtigkeit des gebrauchten Namens schließt die Strafbarkeit aus. Strafbar ist aber auch, wer einen Namen führt, bei dem er Zweifel hegen muß, ob er ihm zusteht (Eventualdolus). **b)** KGJ. **35** A 46, HansGZ. **08** Beibl. 229, BöhmsZ. **19** 244 (KG.). Das Recht einer Person auf Führung eines Namens oder einer Standesbezeichnung gehört zu den höchstpersönlichen (Status-) Rechten, für die nach internationalen Grundsätzen die Rechte des Staates gelten, dem die Person angehört. Stellt sich heraus, daß ein in das Standesregister eingetragener Nichtpreuße mit Zustimmung der Behörden seines Heimatsstaats einen bestimmten Namen oder eine bestimmte Standesbezeichnung führt, so kann daraufhin dieser Name und diese Standesbezeichnung in die preußischen Register eingetragen werden, ohne daß zu untersuchen ist, ob sie mit Recht geführt werden, da die Eintragung des Namens und Standes nur der Feststellung der Identität dient. Kann allerdings die Bezeichnung den Anschein der Zugehörigkeit zum preußischen Adel erwecken, so ist die Staatsangehörigkeit im Standesregister zum Ausdrucke zu bringen. **c) RG. 67** 345. Handelt es sich darum, eine Eintragung im Standesregister durch Hinzufügung eines Adelstitels zu berichtigen, so gehören die maßgebenden Vorschriften des materiellen Rechtes nicht dem Reichsrecht an, und das Reichsgericht ist daher gemäß § 28 Abs. 2 FGG. zur Entscheidung nicht zuständig.

§ 45. *Hinschius-Boschan 555 Anm. 31. Gefordert werden als Voraussetzung der Anordnung des Aufgebots nur die „zur" Eheschließung gesetzlich notwendigen Erfordernisse, sie brauchen daher nicht sämtlich bereits bei Anordnung des Aufgebots vorhanden zu sein, wenn sie nur bei der demnächstigen Eheschließung erfüllt oder bis dahin zu erfüllen sind, z. B. der Ablauf der Wartezeit (BGB. § 1313); aM. Sartorius 312, Stölzel 126.

2. Löwenfeld teilt DJZ. **09** 136 mit, daß das Newyorker Departement of Health einem deutschen Standesamt entspreche und die für die Ausstellung von Sterbeurkunden zuständige Behörde sei, deren Urkunden bis zum Beweise des Gegenteils öffentlichen Glauben verdienten.

§ 46. 1. OLG. **16** 248 (Hamburg). Weder der Wortlaut des § 46 noch dessen Entstehungsgeschichte rechtfertigen die Annahme, daß reichsgesetzlich die Bekanntmachung des Aufgebots in anderer als der durch § 46 Abs. 3 vorgeschriebenen Weise ausgeschlossen sei.

2. *Hinschius-Boschan 561 Anm. 52. Ehehindernisse können auf alle Fälle bei dem Standesbeamten, der das Aufgebot angeordnet hat, aber auch — aM. Sartorius 325 — bei dem Gemeindevorstande, welcher den Aushang bewirkt hat, zur Anzeige gebracht werden.

§ 54. 1. **RG.** (Straff.) R. **09** Ziff. 1745, DJZ. **09** 1267. Wenn auch das Alter der Eheschließungszeugen für die Gültigkeit des Eheschließungsakts ohne Bedeutung ist, so hat doch immerhin der Standesbeamte nur solche Personen als Zeugen zuzuziehen, die die Eigenschaft geeigneter Solennitätszeugen und somit auch das Alter der Volljährigkeit erreicht haben. Insofern ist die Tatsache, daß die zugezogenen Zeugen volljährig sind, rechtserheblich im Sinne des § 348 StGB., denn rechtserheblich (**RG.** [Straff.] **6** 361) ist alles, worüber der Beamte eine Nachricht oder Beurkundung in die Urkunde aufzunehmen durch die ihm gegebenen gesetzlichen oder auf Grund eines Gesetzes erteilten instruktionellen Vorschriften angewiesen worden ist.

2. SchlHolstAnz. **09** 148 (LG. Flensburg) hält, wenn nachgewiesen ist, daß die angebliche Ehefrau ein männlicher Scheinzwitter ist, eine Berichtigung des Heiratsregisters dahin für zulässig, daß die Ehe nicht geschlossen sei, da eine zwischen Personen desselben Geschlechts vorgenommene Eheschließung keine Ehe

begründe und eine Nichtigkeitsklage gemäß §§ 631 ff. ZPO., §§ 1323 ff. BGB. in diesem Falle weder notwendig noch zulässig sei.

§ 55. a) *Hinschius-Boschan 547 Anm. 108 verneint mit RJA. **4** 7 (KG.) die Frage, ob auf Grund des Urteils eines außerdeutschen Gerichts ein Randvermerk nach § 55 PStG. eingetragen werden darf. Dagegen erachten b) SächsMJ. u. JM., FischersZ. **36** 76, erkärt die Beischreibung eines Randvermerkes zum Heiratsregister auf Grund eines ausländischen, nicht durch Vollstreckungsurteil eines deutschen Gerichts getragenen Urteils für zulässig, jedenfalls soweit es sich um Fälle des Haager Ehescheidungsabkommens handelt. Es wird als Aufgabe des Standesbeamten angesehen, sich darüber Gewißheit zu verschaffen, daß das ausländische Urteil seiner Wirkung nach den im § 55 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen entspricht.

§ 56. a) *Boschan, R. **08** 706, erörtert die Frage, welcher Standesbeamte zur Eintragung eines Sterbefalls, der sich auf einem Luftschiff ereignet, zuständig ist, und empfiehlt, diejenigen Grundsätze zur entsprechenden Anwendung zu bringen, die in einzelnen Bundesstaaten für den Fall aufgestellt sind, daß der Tod auf einem in der Fahrt begriffenen Binnenschiff eingetreten ist, z. B. PrMinB. v. 16. Jan. 1902 (MBliV. 16), BayMinVf. v. 10. Nov. 1902, BadDienstAnw. f. d. StB. § 105 a. Er empfiehlt ferner de lege ferenda, Bestimmungen entsprechend der KaisV. v. 20. Febr. 1906 (RGBl. 359) zu treffen und dem Führer des Luftschiffs eine Anzeigepflicht aufzuerlegen. b) Dagegen ist Schmitz (StandesA. **09** 3) der Ansicht, daß die heutigen gesetzlichen Bestimmungen genügen, um die Eintragung des Sterbefalls in entsprechender Weise sicher zu stellen: Es sei — analog den Fällen des Sterbefalls auf der Eisenbahn und der See — zunächst derjenige Standesbeamte grundsätzlich zur Beurkundung zuständig, in dessen Bezirke sich der Sterbefall ereignet habe. Lasse sich dieser Standesamtsbezirk nicht ermitteln, so komme derjenige Standesbeamte in Frage, in dessen Bezirke das Luftschiff niedergehe, d. h. vor Anker gehe oder zunächst anhalte. Die Frage der Anzeigepflicht beantworte sich dahin: Es sei zunächst festzustellen, ob Mord, Selbstmord oder natürliche Todesursache vorliege. Im Regelfalle nehme die Polizei die amtliche Ermittelung über den Todesfall vor und erstatte dann nach § 58 PStG. Anzeige, im anderen Falle sei, wenn die Anzeige nicht durch einen anzeigeberechtigten Mitinsassen des Luftschiffs erfolge, nach § 57 PStG. das Familienhaupt zuständig.

§ 57. *Hinschius-Boschan 577 Anm. 5. Die Mutter wird dadurch, daß sie die elterliche Gewalt gemäß § 1685 Abs. 1 BGB. ausübt, noch nicht zum Familienhaupte, dagegen wird dies allerdings, wenn der Tatbestand des § 1685 Abs. 2 BGB. vorliegt, zu bejahen sein.

§ 59. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **6** zu § 59 — auch SeuffBl. **08** 51, KGJ. **35** A 347.

§ 65. 1. HansGZ. **09** (Beibl.) 239 (Hamburg). Für die Entscheidung über die Berichtigung des Standesregisters ist es unerheblich, welche Staatsangehörigkeit ein Beteiligter oder ob er überhaupt eine solche hat.

2. SchlHolstAnz. **09** 341 (Kiel). Eine Berichtigung ist nicht nur zulässig, wenn ein Vorgang unrichtig beurkundet ist oder wenn tatsächliche Angaben der Beteiligten unrichtig sind, sondern auch dann, wenn infolge einer falschen Rechtsauffassung die Urkundsperson für den Personenstand wichtige Umstände, wie Ehelichkeit, Namen und dergl., unrichtig eingetragen hat. (Es folgen sodann Erörterungen über den Familiennamen unehelicher Kinder im Gebiete des vormaligen Herzogtums Schleswig nach dem vor 1900 geltenden Rechte.)

3. R. **09** Ziff. 3676 (BayObLG.). Bei der Berichtigung des nämlichen unrichtigen Namens in mehreren Standesurkunden ist jede einzelne Berichtigung von der anderen unabhängig. Die Berichtigung des Namens eines Kindes muß

nicht bis zur Berichtigung des Namens der Eltern im Kirchenbuch aufgeschoben werden.

4. OLG. **16** 250, RJA. 8 11 (KG.) (bereits JDR. **6** Ziff. 1 b). Enthält eine Eintragung alle von dem Gesetze verlangten Angaben, so ist sie vollständig, und eine Berichtigung der Eintragung durch Angaben, welche das Gesetz nicht für erforderlich erklärt, ist unzulässig.

5. MecklZ. **26** 57 (Rostock). Hat, abgesehen von den im § 22 Abs. 3, §§ 26, 55 vorgesehenen Fällen, der StB. unzulässigerweise einen Randvermerk im Standesregister eingetragen, so ist dessen Löschung im Berichtigungsverfahren anzuordnen.

§ 66. I. Berichtigungsverfahren. Allgemeine Grundsätze. 1. ElsLothJZ. **09** 504, RheinZ. **2** 116, R. **09** Ziff. 2192 (Colmar). Der § 12 FGG. findet auch im Verfahren der Berichtigung des Standesregisters Anwendung, insbesondere wenn gegenüber einer gemäß § 25 PStG. eingetragenen Anerkennung der Vaterschaft die Tatsache der Anerkennungserklärung selbst, z. B. weil in Wirklichkeit nur eine Namenserteilung nach § 1706 BGB. beabsichtigt war, in Zweifel gezogen wird.

2. KGBl. **09** 107 (KG.). Nach § 66 Abs. 3 PStG. finden im Berichtigungsverfahren die Vorschriften der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit Anwendung, nach diesen gilt aber der Grundsatz der freien richterlichen Überzeugung, bei deren Bildung das Gericht in der Auswahl der Erkenntnismittel nicht beschränkt ist. Insbesondere kann der Beweis der Heirat auch in anderer Weise als durch die Eheschließungsurkunde geführt werden. Von der Beweispflicht eines Beteiligten kann keine Rede sein.

3. RheinARV. **09** 250 (LG. Cöln). Die Tätigkeit des Gerichts im Berichtigungsverfahren ist nicht darauf beschränkt, nur über die Anordnung einer von einem Beteiligten in bestimmter Form vorgeschlagenen Berichtigung zu beschließen, vielmehr ergibt sich aus dem Zwecke des Berichtigungsverfahrens, daß das Gericht auf Grund der ihm gemäß § 66 PStG. von der Aufsichtsbehörde vorgelegten Verhandlungen und etwaiger weiterer von ihm selbst veranlaßter Aufklärungen darüber zu beschließen hat, ob überhaupt eine Berichtigung irgendwelcher Fassung anzuordnen ist oder nicht.

4. R. **09** Ziff. 3617 (BayObLG.). Das Verfahren der Berichtigung eines Familiennamens wird nicht dadurch gehemmt, daß über ein Gesuch um landesherrliche Bewilligung der beanstandeten Namensführung noch nicht entschieden ist.

5. Die Entsch. des KG. — JDR. **6** Ziff. 1 b zu § 66 — auch OLG. **16** 249.

II. Maßgeblichkeit der Entscheidung des Heroldamts. a) OLG. **17** 31, KGJ. **36** A 54 (KG.), R. **08** 541 (Mitteilung von Bagel), Rhein. ARV. **26** 103. Aus der alleinigen Befugnis des Königs und der von ihm hierzu bestimmten Behörde, über die öffentlich-rechtliche Frage der Zugehörigkeit zum Adel oder zu einer bestimmten Adelsstufe zu entscheiden, folgt allerdings nicht, daß den Gerichten die Entscheidung über das Bestehen eines Adelsrechts schlechthin versagt wäre, vielmehr hat sowohl der Prozeßrichter, als auch der Richter der freiw. Gerichtsbarkeit über alle Fragen zu entscheiden, von deren Beantwortung die Entscheidung über den Anspruch abhängt. Soweit es sich dagegen um eine Beurkundung im Standesregister (oder um die Anordnung einer Berichtigung) handelt, liegt es im Wesen der Herstellung einer Beweisurkunde, als einer reproduktiven, in sich unselbständigen Tätigkeit, daß sie sich der über die Richtigkeit der zu beurkundenden Tatsache von der zuständigen Behörde getroffenen Entscheidung anpaßt. Hat daher der König oder die in seinem Auftrage handelnde Behörde dahin entschieden, daß der Beteiligte dem Adel oder einer höheren Adelsstufe angehört oder nicht angehört, so muß das Gericht diese Entscheidung seiner Entschließung über die Anordnung

der Berichtigung des Standesregisters zugrunde legen. b) Vgl. dazu Bender und Carlebach, BadNotZ. 08 1, 8 und (über das selbständige Prüfungsrecht des Strafrichters) KGJ. 36 C 105, 117. c) DJZ. 08 1176 (Darmstadt). Das Recht auf Adelsprädikate gehört dem öffentlichen Rechte an und ist der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte entzogen. d) RG. R. 1910 27, 90, DJZ. 1910 82. Die Verfügungen des preußischen Heroldsamts (als einer dem Ministerium des Kgl. Hauses untergeordneten Behörde) haben, wenn sie in Standes- und Adelssachen ergehen, öffentlichen, behördlichen Charakter; der Rechtsweg über das Recht auf den Adel ist ausgeschlossen, da es sich um ein Staatshoheitsrecht handelt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist weder aus dem PrALR. noch aus den Reichsgesetzen zu entnehmen.

III. Beschwerderecht. 1. R. 09 Ziff. 3616 (BayObLG.). Gegen die Berichtigung eines Familiennamens kann Beschwerde nicht deshalb erhoben werden, weil dadurch auch ein Recht der Seitenverwandten beeinträchtigt werde; denn die Seitenverwandten haben kein Recht darauf, daß der Beschwerdeführer denselben Namen wie sie führe.

2. R. 09 37 (KG.). Betrifft das Verfahren zur Berichtigung einer Eintragung im Standesregister die Zugehörigkeit der eingetragenen Person zum Adel, so ist das Heroldsamt in Berlin nur dann beschwerdeberechtigt, wenn entweder die eingetragene Person im preußischen Untertanenverbande steht oder wenn die Eintragung den Anschein ihrer Zugehörigkeit zum preußischen Adel erweckt.

IV. Rechtskraft der Berichtigungsanordnung. 1. *Hinschius-Boschan 596 Anm. 566 β. Da nach § 70 Satz 2 FGG. die die Berichtigung einer Eintragung in dem Standesregister anordnende Verfügung erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit tritt, so bedarf es vor der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses der Feststellung, ob die Zustellung an alle nach § 20 FGG. Beschwerdeberechtigten, also an diejenigen erfolgt ist, deren Recht durch die Eintragung erkennbar oder möglicherweise beeinträchtigt worden ist. Hierbei ist davon auszugehen, daß von der Beeinträchtigung eines Rechtes nicht wohl die Rede sein kann, wenn das Gericht durch die Anordnung der Berichtigung dem gestellten Antrag entspricht. Sind daher in diesem Falle keine anderen Beteiligten als der Antragsteller und die Aufsichtsbehörde vorhanden oder bekannt, so ist die Verfügung mit der Zustellung an sie ohne weiteres rechtskräftig und wirksam. Im übrigen wird (in Übereinstimmung mit Josef, ZBlFG. 8 641) jeder als beschwerdeberechtigt erachtet, der ein schutzwürdiges Interesse an der Richtigstellung oder Richtigkeit der standesamtlichen Eintragung hat. Mit der Eintragung der Berichtigung endigt jedenfalls das Beschwerderecht auch solcher, deren Rechtsbeeinträchtigung bisher nicht erkennbar war, die insbesondere vorher die Berichtigungsanordnung nicht bekämpft hatten, vielmehr können diese, wenn nach ihrer Ansicht etwas Unrichtiges eingetragen ist, nur einen neuen Berichtigungsantrag stellen und die Berichtigung der berichtigten Eintragung betreiben.

2. a) KGJ. 37 A 105, RJA. 10 104, DJZ. 09 437, R. 09 Ziff. 1729 (KG.). Gegen die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister findet, auch wenn sie unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt ist, die Beschwerde mit dem Ziele, den Berichtigungsvermerk zur Löschung zu bringen, nicht statt, vielmehr ist zur Beseitigung des Berichtigungsvermerkes ein neues Berichtigungsverfahren erforderlich, das die Berichtigung in umgekehrter Richtung bezweckt. b) HansGZ. 09 Beibl. 125, 127 (Hamburg). Von einer materiellen Rechtskraft der Entscheidung, durch die ein angeblich unrichtig im Standesregister eingetragener Name berichtigt wird, kann selbst gegenüber denjenigen nicht gesprochen werden, die zu dem Rechtsmittel der Beschwerde oder weiteren Beschwerde gegriffen haben oder gemäß §§ 20, 70 FGG. hätten greifen können. Könnte man überhaupt bei Beschlüssen der frei-

willigen Gerichtsbarkeit von materieller Rechtskraft reden, wie sie in der streitigen Gerichtsbarkeit für Urteile durch § 322 ZPO. geregelt ist, so wäre sie mindestens, wie diese, auf die Entscheidung selbst beschränkt und nicht ausgedehnt auf die ihr lediglich zugrunde liegende Beurteilung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Selbst eine abermalige Berichtigung eines auf Grund rechtskräftigen Beschlusses berichtigten Registers ist nicht ausgeschlossen. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, keine Parteien, zwischen denen etwas als richtig oder unrichtig festgestellt wird, auch der Staat steht im Berichtigungsverfahren den Betroffenen nicht als Partei gegenüber. Es gibt keinen Rechtssatz, daß jeder nur den Namen führen darf, den seine Geburtsurkunde ergibt, es kommt darauf an, welcher Name ihm zukommt, in dieser Beziehung kann ein wohlerworbenes Recht durch eine selbst auf Grund rechtskräftigen Beschlusses erfolgende Änderung der Geburtsurkunde nicht geschmälert werden. **c) RG.** JW. **09** 736. Unter der Rechtskraft i. S. des § 70 FGG. ist zu verstehen die formelle Rechtskraft der Berichtigungsanordnung, ihre Unanfechtbarkeit innerhalb des anhängigen Verfahrens. Durch die gemäß §§ 65, 66 PStG. ergehende Verfügung wird nur angeordnet, daß und wie eine Eintragung in dem Standesregister zu ändern ist. Ist der Anordnung gemäß die Eintragung geändert, so bildet der Berichtigungsvermerk einen Bestandteil der Eintragung. Der berichtigte Eintrag untersteht denselben Normen, die für die Eintragungen im Standesregister überhaupt gelten. Der berichtigte Eintrag kann selbst auf dem Wege des Berichtigungsverfahrens wieder geändert werden; dem berichtigten Eintrage kommt die Beweiskraft zu, die den Standesregistereinträgen beigelegt ist. Nach § 15 PStG. ist aber der Nachweis der Unrichtigkeit der Feststellungen, auf Grund deren eine Eintragung stattgefunden hat zugelassen.

V. Verweisung auf den Rechtsweg. *Hinschius-Boschan 594 Anm. 55 tritt (entgegen der 3. Aufl. 196) der Ansicht bei, daß durch § 66 Abs. 3 PStG. nicht ein selbständiges Klagerecht dahin gewährt werde, daß der Widersprechende sich die Berichtigung gefallen zu lassen habe, sondern daß die Frage, ob eine Klage zulässig und gegen wen sie zu richten sei, lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden sei und die ergehende Entscheidung nicht unmittelbar die Berichtigung des Standesregisters, sondern vielmehr nur die Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, z. B. ob ein als ehelich anerkanntes Kind in Wirklichkeit unehelich sei, zum Gegenstande habe.

VI. Berichtigung älterer Kirchenbücher. SchlHolstAnz. **09** 212 (LG. Kiel) wird die Zuständigkeit der Kgl. Regierung, Berichtigungen von Kirchenbüchern für die Zeit vor dem 1. Oktober 1874 anzuordnen, aus Art. 31 Nr. 4 des G. v. 6. April 1878; Kgl. VO. v. 9. Juni 1879 (GS. 365) und der in einer KonsBek. v. 13. Januar 1890 erwähnten Allerh. Order v. 6. März 1875 (Chalybäus, SchlHolstKirchR. **2** 202 ff.) hergeleitet.

§ 68. 1. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 13.

2. Schmitz-Meiderich, StandesA. **09** 151. Die Bestrafung eines aktiven Offiziers wegen verspäteter Anzeige erfolgt durch das Militär-, nicht durch das Zivilgericht. Der § 68 PStG. ist ein echtes Strafgesetz.

§ 69. Über die Reformbedürftigkeit dieses Paragraphen vgl. die Ausführungen von Schmitz-Meiderich, StandesA. **09** 73, 74, und von Tweer, StandesA. **09** 90, 91.

§ 72. *Hinschius-Boschan 605 Anm. 78. An Stelle des Abs. 2 des § 72 kommen nach Art. 57 EGBGB., was die Form der Eheschließung und das Aufgebot anbetrifft, an erster Stelle die Bestimmungen der Hausverfassungen oder der Landesgesetze zur Anwendung, aber doch nur mit der aus Abs. 1 des § 72 sich ergebenden Beschränkung, wonach auf alle Fälle ein von der zuständigen Stelle

ernannter Standesbeamter mitzuwirken und die Eintragung in eines der drei Standesregister zu bewirken hat. AM. Sartorius 436 u. Planck Anm. 4 zu Art. 57 EGBGB.

§ 82. *Hinschius-Boschan 621 Anm. 22 erörtert eingehend die Frage nach bisherigem und gegenwärtigem Rechte, ob der eine Ehegatte dem anderen gegenüber die Pflicht hat, nach Schließung der bürgerlichen Ehe noch die kirchliche Trauung oder eine sonstige religiöse Feierlichkeit vollziehen zu lassen, und welche Folgen eine in dieser Beziehung ausgesprochene Weigerung hat.

Das Reichs-Haftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Wie in den früheren Jahrgängen empfiehlt es sich, zur Ergänzung und Vervollständigung des im Nachstehenden gebotenen Materials auch das zu den einschlägigen Gesichtspunkten des bürgerlichen Rechts zusammengestellte heranzuziehen. Insbesondere kommen hier die §§ 249, 254 u 276 BGB. inbetracht wegen der Fragen des Kausalzusammenhangs und des mitwirkenden Verschuldens. Es sei deshalb hiermit im allgemeinen auf diese Stellen sowie natürlich auch auf die früheren Berichte bezug genommen.

Literatur: Eger, Zur Frage des Kausalzusammenhanges im Haftpflichtrechte, Bay. RpflZ. **4** Ziff. 22. — Kaiser, Zur Frage der Haftung für Schädigungen, die der Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufen hat, JW. **09** 33. — Schumacher, Unfälle durch elektrische Starkströme. — Weber, Die Haftung des Eisenbahnfiskus bei Betrieb und Beförderung, SeuffBl. **09** 289 (vgl. die Angaben vor § 453 HGB.).

§ 1. RG. JW. **09** 469. Der Rechtsgedanke, der den Bestimmungen im § 1 HaftpflG. zugrunde liegt, daß der dem Eisenbahnbetrieb eigenen Gefährlichkeit für Gesundheit und Leben von Menschen eine gegen das allgemeine Recht gesteigerte Haftbarkeit des Unternehmers entsprechen müsse, trifft durchaus auch für den Bahnbetrieb in den Schutzgebieten zu. Jene Gefährlichkeit besteht dort gleichfalls, sie ist sogar nach manchen Richtungen besonders erhöht, und das Bedürfnis, den durch den Bahnbetrieb an Leib oder Leben Verletzten oder ihren Hinterbliebenen Ersatz für den erlittenen Schaden zu sichern, ist in keiner Weise dort geringer als in Deutschland.

I. Betriebsunfälle. **RG.** EisenbE. **25** 288. Rechtsirrig ist die Auffassung, daß ein Eisenbahnunfall durch ausschließlich dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche, mit anderen Beförderungsmitteln nicht verbundene Gefahren verursacht sein müsse, um einen Schadensersatzanspruch nach dem HaftpflG. zu begründen. Dieses setzt vielmehr nur einen äußeren und inneren Zusammenhang mit den Betriebsvorgängen und Betriebseinrichtungen voraus. Die Glätte der Trittbretter von Personenwagen bei Schneewetter oder Glatteisbildung bildet eine besondere Gefahr der Eisenbahnbetriebseinrichtungen, da die hohen, steilen und schmalen Stufen der Trittbretter die durch Glatteisbildung oder Schneeglätte an sich erzeugten Gefahren erhöhen. Unfälle, die sich beim Aussteigen ereignen, sind daher Betriebsunfälle.

RG. EisenbE. **25** 377, EisenbVereinsZ. **09** 376. Das Scheuwerden von Pferden infolge der vom Bahnbetrieb auf sie einwirkenden plötzlichen oder heftigen Sinneseindrücke — ein mit dem Eisenbahnbetriebe verknüpftes und bei diesem nicht selten vorkommendes Ereignis — gehört zu den Gefahren, die von dem Unternehmer einer Bahn von vornherein in Rechnung zu ziehen sind. Dies ist selbst einschließlich von solchen nicht ganz ungewöhnlichen Zwischenfällen anzunehmen, wie es das Reißen eines Zügels bei durchgehenden Pferden ist.

RG. EisenbE. **25** 403, EisenbVereinsZ. **09** 766. Erleidet ein Reisender bei dem Versuch, eine Wagentür selbst zu öffnen, durch die dazu erforderliche Kraftanstrengung einen Knochenbruch, so haftet die Eisenbahn auch dann, wenn die Knochen des Verletzten nicht das gewöhnliche Maß von Widerstandsfähigkeit haben.

RG. GruchotsBeitr. **52** 1159. Ein Betriebsunfall liegt nicht vor, wenn ein auf einem Anschlußgleis stehender kleiner Bahnwagen von spielenden Kindern in Bewegung gesetzt wird und infolgedessen eine Person verunglückt.

RG. EisenbE. **25** 308. Ein beim Einsteigen in einen Straßenbahnwagen, der auf einer Endstation hält, erfolgter Unfall ist beim Betriebe geschehen; denn zum Betriebe der Straßenbahn gehören die Aufnahme und das Absetzen von Fahrgästen und das Halten zu diesem Zwecke. Während des Haltens wird der Wagen nicht aus dem Betriebe gesetzt, auch dann nicht, wenn er, wie es an den Anfang- oder Endstationen zu geschehen pflegt, vor der Weiterfahrt fahrplanmäßig einen längeren Aufenthalt nimmt als auf den Zwischenstationen.

EisenbE. **25** 391, HansGZ. **09** Beibl. 152 (Hamburg). Ein Unfall, der sich dadurch ereignet hat, daß eine Person eine Luftklappe eines Transformatorhauses der Eisenbahn aus Neugier öffnete und auf diese Weise mit dem elektrischen Strome in Berührung kam, ist nicht als Betriebsunfall anzusehen. Da die Apparate und ihre Funktionen mit dem Betriebe nur insofern in Zusammenhang standen, als der in dem Transformatorhaus umgeformte elektrische Strom zur Beleuchtung des Personenbahnhofs dient, so handelt es sich um eine Hilfsanlage, die mit den charakteristischen Eisenbahngefahren, mit dem eigentlichen Betriebe nichts zu tun hat.

EisenbE. **26** 65 (Düsseldorf). Zieht sich ein Reisender bei Benutzung des Abortraums eines in der Fahrt begriffenen Zuges dadurch eine Verletzung zu, daß er mit dem Kopfe gegen den Kasten für Handtuch und Seife stößt, so liegt ein Betriebsunfall vor. Derselbe steht in ursächlichem Zusammenhange mit den Schwankungen und Erschütterungen, denen jeder in Bewegung befindliche Zug ausgesetzt ist und die sich in dem engen Abortraume besonders bemerkbar machen. Damit hat indes der Reisende zu rechnen, und es trifft ihn ein konkurrierendes Verschulden, wenn er nicht mit besonderer Vorsicht vorgeht, insbesondere nicht von den vorhandenen Handgriffen zum Festhalten Gebrauch macht.

EisenbE. **25** 364 (Colmar). Unter Betrieb einer Eisenbahn im Sinne des HaftpflG. ist nicht die gesamte Bahnverwaltung, sondern nur der ihr eigentümliche gefährliche Betrieb zu verstehen. Daher sind nicht solche Einrichtungen einbegriffen, die mit gleicher Gefahr auch bei anderen Gewerben vorkommen können. Die Anlage einer Straßensperre hat mit der dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Gefahr an sich nichts zu tun, und nur, wenn gleichzeitig eine Beförderung auf der betreffenden Bahnstrecke stattfindet und bei dem Unfalle mitwirkt, kommt eine Entschädigung auf Grund des HaftpflG. in Frage.

II. Kausalzusammenhang. **RG.** JW. **09** 735. Ein in der Dunkelheit mit großer Geschwindigkeit plötzlich heransausendes Fahrzeug ruft erfahrungsgemäß bei einem Fußgänger, wenn er nicht beurteilen kann, ob er nicht in der Gefahr schwebt, erfaßt zu werden, eine Schreckempfindung hervor, der unwillkürlich nachgebend er zur Seite springt. Der Seitensprung der Verletzten, mit dem sie in die Vertiefung gestürzt ist, steht daher in einem unmittelbaren örtlichen, zeitlichen und inneren Zusammenhange mit dem Bahnbetriebe.

RG. EisenbE. **25** 395. Führen die bei einem Betriebsunfall erlittenen Verletzungen später zu einem weiteren Unfalle des Beschädigten, so haftet die Eisenbahn auch für diesen Unfall.

Kaiser, JW. **09** 33, vertritt den Standpunkt, daß Schädigungen, die der Entschädigungsprozeß selbst hervorgerufen hat, nicht als Unfallfolge anzusehen seien. Der Unfall bilde nur den Anlaß zum Prozesse, könne aber nicht als dessen Ursache im Rechtssinne gelten.

III. Betriebsunternehmer. **RG.** EisenbE. **25** 396. Der Unternehmer A., der für eigene Rechnung selbständig eine Schmalspurbahn zur Beförderung von Gestein aus der Grube nach der Fabrik des B. betreibt, ist allein der Betriebsunter-

nehmer. B. haftet n i c h t als solcher, auch wenn ihm die Erlaubnis zur Bahnanlage und zum Betriebe der Bahn erteilt worden war und er sich verpflichtet hatte, etwaige bezüglich dieses Betriebs ergehende polizeiliche Anordnungen unweigerlich zu befolgen.

RG. EisenbE. **25** 315, JW. **09** 59. Ist dem Eisenbahnfiskus der Betrieb einer Anschlußbahn übertragen, so ist er allein Betriebsunternehmer trotz des wirtschaftlichen Interesses des Eigentümers der Anschlußbahn.

IV. H ö h e r e G e w a l t. **RG. 70** 98, JW. **09** 80, EisenbVereinsZ. **09** 671, EisenbE. **25** 319. Die Gefährdung des Eisenbahntransports durch die Tat eines Dritten, der von außen her verbrecherisch in den Betrieb eingreift, liegt allerdings innerhalb des Kreises der Gefahren, gegen den die Bahnverwaltung den Betrieb tunlichst zu sichern hat. Das Maß indessen, was zu diesem Zwecke zu geschehen hat, bestimmt sich nach den örtlichen Verhältnissen, findet aber auch seine Grenze an der notwendigen vernünftigen Rücksicht auf die wirtschaftliche Möglichkeit für den Betriebsunternehmer. Hat die Bahn hiernach alles zur Verhütung von Unfällen getan, was billigerweise von ihr verlangt werden kann, so ist eine Entgleisung infolge verbrecherischen Anschlags als höhere Gewalt anzusehen.

RG. EisenbE. **25** 321. Eine Kleinbahn kann sich zum Beweise der höheren Gewalt nicht darauf berufen, daß die Aufsichtsbehörde die Anbringung einer Schranke an einem vielbegangenen schienengleichen Wege nicht gefordert hat.

V. E i g e n e s V e r s c h u l d e n. **RG.** EisenbE. **25** 274. Eine Persou, die auf der Straße durch ein Verkehrshindernis aufgehalten wird, trifft ein erhebliches Verschulden, wenn sie die weitere Entwickelung der Dinge an einer gefährlichen Stelle abwartet und infolgedessen verletzt wird.

RG. EisenbVereinsZ. **09** 392, EisenbE. **25** 289. Bei Verletzung eines Reisenden, der sich bei der Beförderung lebender Tiere im Tierwagen befindet, ist eigenes Verschulden des Verletzten nicht darin zu finden, daß er sich ohne einen ihn dazu ermächtigenden Ausweis in dem Tierwagen aufgehalten hat.

RG. EisenbE. **25** 303. Eigenes Verschulden des Verletzten liegt nicht vor, wenn er nicht nach rückwärts, sondern nach vorwärts aus dem Eisenbahnwagen ausgestiegen ist. Andererseits kann auch von einem Verschulden der Eisenbahn nicht die Rede sein, wenn sie Wagen älterer und unvollkommener Bauart nicht aus dem Betrieb entfernt, sondern, soweit sie zur Beförderung noch brauchbar sind, nach ihrem Ermessen auf Nebenstrecken, im Bezirks- und Vorortverkehr verwendet.

RG. EisenbE. **25** 375. Wer hinter dem Perron eines Straßenbahnwagens über das Geleis geht und das zweite Geleis betritt, ohne sich zu vergewissern, ob auf diesem zweiten Geleis aus der entgegengesetzten Richtung ein Straßenbahnwagen herankommt, trägt allein die Schuld, wenn er von einem auf dem zweiten Geleise langsam fahrenden Wagen, dessen Führer hinreichend läutete, getroffen wird.

RG. EisenbE. **25** 316, JW. **09** 59. Ist der Abstand des Trittbretts vom Boden ein ganz außergewöhnlicher und treten noch andere ungünstige Umstände wie Dunkelheit usw. hinzu, so ist eigenes Verschulden des Verletzten nicht darin zu erblicken, daß er sich nicht so lange festgehalten hat, bis sein Fuß fest auf der Erde gestanden hat. Auf außergewöhnliche Hindernisse beim Aussteigen braucht ein Reisender nicht vorbereitet zu sein und danach auch außergewöhnliche Vorsichtsmaßregeln nicht zu treffen.

RG. EisenbE. **25** 394. Überqueren des Straßenbahngeleises kurz vor einem elektrischen Motorwagen ist für einen Radfahrer kein erhebliches Verschulden.

RG. EisenbVereinsZ. **09** 782. Überquert ein mit dem Gelände vertrauter Radfahrer den mit einer Schranke nicht versehenen Schienenstrang einer Eisenbahn, ohne sich von dem Herannahen eines Zuges zu vergewissern, so ist ein ihm dabei zustoßender Unfall lediglich auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen, auch wenn

das Gelände an der Übergangsstelle unübersichtlich ist. Ähnlich **RG.** Eisenb.VereinsZ. **09** 895.

RG. EisenbE. **26** 45. Wenn ein Eisenbahnarbeiter auf dem Wege zur Arbeitsstelle, statt die ungefährliche Straße zu benutzen, den Weg über eine schmale und deshalb nur mit Gefahr zu passierende Eisenbahnbrücke nimmt und hierbei von einem Zuge erfaßt wird, so liegt ein so großes eigenes Verschulden vor, daß ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist.

RG. EisenbE. **25** 404. Springt jemand von einem bereits fahrenden Eisenbahnzug ab, befindet sich indessen in dem Augenblicke, wo der Zug sich in Bewegung setzt, schon auf der untersten Stufe der Wagentreppe, so ist sein eigenes Verschulden nicht hoch zu bemessen.

RG. EisenbE. **25** 410, JW. **09** 230. Wer sich auf der Plattform eines Straßenbahnwagens, auf der er sich allein befindet, auf die Seite stellt, wo die Plattform offen ist, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Dagegen kann in einem hierdurch herbeigeführten Sturze von dem Wagen höhere Gewalt nicht gefunden werden.

RG. EisenbE. **26** 45. Wenn ein Fahrgast bei der Einfahrt des Zuges in eine Haltestelle, während der Zug noch in Bewegung ist, trotz Warnung des Schaffners auf das Trittbrett tritt und von hier beim Herunterspringen oder infolge eines Fehltritts unter die Räder des Zuges gerät, so ist sein Verhalten ein so grobfahrlässiges, daß ihm jeder Ersatzanspruch zu versagen ist.

RG. EisenbE. **26** 47. Wenn ein Fahrgast, eine ältere Person, an einer Haltestelle von dem noch in langsamer Fahrt befindlichen Wagen einer Kleinbahn in der Weise absteigt, daß die Richtung, in der er sich bewegt, mit derjenigen, in welcher der Zug fährt, annähernd einen rechten Winkel bildet, so kann für den ihm hierbei zustoßenden Unfall der Unternehmer der Kleinbahn auch nicht zu einem Teile verantwortlich gemacht werden.

RG. KleinbZ. **09** 405. Ein die Haftpflicht des Betriebsunternehmers völlig ausschließendes Verschulden eines von einem fahrenden Straßenbahnwagen absteigenden Fahrgastes ist auch dann anzunehmen, wenn das Absteigen zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich der Wagen kurz vor der Haltestelle nur noch mit ganz geringer Geschwindigkeit bewegt.

RG. EisenbE. **26** 67. Ein erwachsener Reisender, der trotz der allgemein bekannten und sinnfälligen Vorrichtung der an den Türöffnungen angebrachten Schutzleisten mit der Hand in den Türspalt faßt und sich so der Gefahr einer Quetschung der Hand aussetzt, hat sich den Schaden allein zuzuschreiben, seine Unachtsamkeit ist eine so grobe, daß die Betriebsgefahr dagegen vollständig zurücktritt. Dies um so mehr, wenn er gesehen hat, daß der Schaffner die Abteiltür bereits zum Schließen in der Hand hält.

RG. JW. **09** 736. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt wird von einem Reisenden nicht außer acht gelassen, der während der Fahrt aus zulässigem Anlasse sich nachts in die Nähe der Tür des Wagenabteils stellt, ohne vorher den Verschluß der Tür zu untersuchen, indem er sich vielmehr darauf verläßt, daß die Eisenbahnbeamten das von ihnen auszuführende oder nachzuprüfende Verschließen des Wagens ordentlich besorgt haben.

SächsRpflA. **09** 624, EisenbE. **26** 22 (Dresden). Wenn sich ein Straßenbahnwagen an der Haltestelle in Bewegung setzt, bevor der Fahrgast das Aussteigen beendet hat, so trifft diesen der Vorwurf des eigenen Verschuldens nicht. Denn wer aus einem haltenden Wagen der elektrischen Bahn an einer Haltestelle aussteigt, darf sich darauf verlassen, daß der Wagen nicht weiter fahre, bis er das Aussteigen vollendet, namentlich auch den mit der Hand erfaßten Griff losgelassen hat. Der Schaffner hat die Pflicht, sorgsam darauf zu achten, daß er vor der Feststellung,

daß alle aussteigenden Personen mit dem Aussteigen fertig sind, nicht das Zeichen zum Weiterfahren gebe. Deshalb und da hier ein von dem Willen des Wagenführers unabhängiges Anziehen nicht, wie bei Pferdegeschirren, vorkommen kann, hat der Aussteigende kaum einen Anlaß, bei dem Aussteigen damit zu rechnen, daß der Wagen während desselben sich in Bewegung setzen könne, und deshalb besonders darauf zu achten, daß er in der Fahrtrichtung aussteige. Die Anweisung des Plakats „Beim Absteigen linke Hand am linken Griff" hat die Bedeutung eines Rates, der namentlich für die Personen von Bedeutung ist, die, noch ehe der Wagen vollständig zum Halten gekommen ist, bereits mit dem Absteigen beginnen, der aber auch mit bezwecken mag, für die Ausnahmefälle, wo die Beendigung des Aussteigens der Passagiere von der Bedienung des Wagens nicht abgewartet werden möchte, Unfälle möglichst zu vermeiden oder ungefährlich zu machen.

RG. JW. **09** 735. Allerdings ist es nicht angängig, überall dann, wenn ein Unfall nicht aufgeklärt werden kann, ohne weiteres den Betriebsunternehmer für haftbar zu erklären. Spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen Sachverhalt, der ein Verschulden des Verletzten einschließt, so wird der Richter diesen Sachverhalt als erwiesen festzustellen haben, wenn es dem Kläger nicht gelingt, darzutun, daß der Vorgang ein anderer war, oder daß der Schluß auf ein Verschulden des Verletzten nach den besonderen Umständen des Falles nicht zutreffend ist. Allein, wenn der Richter verschiedene Hergänge als möglich feststellt, so ist die Annahme, der Unfall sei durch eigenes Verschulden des Getöteten verursacht, nur dann gerechtfertigt, wenn sie für jeden der für möglich erachteten Hergänge zutreffend ist.

RG. EisenbE. **25** 380. Behauptet der bei einem Betriebsunfalle Verletzte, dem eigenes Verschulden nachgewiesen ist, es liege mitwirkendes Verschulden der Eisenbahn vor, so trifft ihn dafür die Beweislast.

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. (S. auch BGB. § 254 Ziff. 7). **RG.** EisenbE. **25** 313, JW. **09** 46. Die Betriebsgefahr kann durch Verschulden der Eisenbahnangestellten ausnahmsweise so sehr gesteigert sein, daß die Belastung des Unternehmers mit dem vollen Schadensersatze trotz des mitwirkenden eigenen Verschuldens als angemessen erscheint.

RG. EisenbE. **25** 318, 384, JW. **09** 47. Ein auf dem Fahrdamme den Straßenbahngeleisen entlang gehender Fußgänger muß immer der Möglichkeit eingedenk sein, daß hinter ihm her ein Straßenbahnwagen anfahren kann, und mit geschärfter Aufmerksamkeit darauf achten, daß er eine gefährliche Annäherung vermeidet. Darauf, daß er jeweils von einem etwa hinter ihm herfahrenden Motorwagen durch Läutesignale besonders gewarnt werden würde, darf sich der Passant nicht unbedingt verlassen. Eine in dieser Richtung für den Wagenführer bestehende Vorschrift würde das Publikum nicht der Verpflichtung zu eigener Vorsicht entheben. Auch damit hat der Fußgänger, der sich im Gefahrenbereiche der Straßenbahn bewegt, zu rechnen, daß er das Geräusch eines fahrenden Straßenbahnwagens überhören könnte. Unterläßt er das zeitweilige Umschauen und wird er infolgedessen von einem solchen Wagen überfahren, so liegt eigenes Verschulden vor. Andererseits muß jedoch die Betriebsgefahr der Eisenbahn als nicht unerheblich gesteigert gelten, wenn der Wagenführer in einem solchen Falle es unterlassen hat, den Passanten durch ein wiederholtes Läutesignal zu warnen.

RG. EisenbE. **25** 396. Steht eine Person, die einen Betriebsunfall durch Herabspringen von einem noch nicht völlig zum Halten gekommenen Straßenbahnwagen erlitten hat, im Kindesalter, so ist der Unfall auch auf die Gefährlichkeit des Straßenbahnbetriebs mitzurückzuführen. Denn an ein Kind sind, was Vorsicht und Umsicht des Verhaltens angeht, auch vom Rechtsstandpunkt aus nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an einen Erwachsenen. Es entspricht außerdem dem Grundsatze des § 254 BGB. und ist auch nicht unbillig, daß die Straßenbahn bei

der von ihr übernommenen Beförderung von Schulkindern bis zu einem gewissen Maße die besonderen Gefahren mitträgt, die aus dem Naturell, der Unerfahrenheit und Unbesonnenheit des Kindes sich ergeben.

RG. EisenbE. **25** 405. Darin, daß ein Eisenbahnzug auf einer Station weniger als eine Minute hält, ist für das Aussteigen aus einem sog. Durchgangswagen, der nicht von jedem einzelnen Abteil aus unmittelbar verlassen werden kann, eine besondere Betriebsgefahr zu erblicken, die bei der Abwägung eines eigenen mitwirkenden Verschuldens des beim Aussteigen zu Falle gekommenen Fahrgastes gegenüber der Betriebsgefahr der Eisenbahn mitzuberücksichtigen ist.

RG. EisenbE. **26** 41. Die Überschreitung des Bahngeleises ohne die allergeringste Aufmerksamkeit ist grobes eigenes Verschulden, welches die Anwendung des § 254 BGB. nicht rechtfertigt.

RG. JW. **09** 667. Mit dem vorstehenden Ausspruche hat nicht ein für alle Fälle gültiger Rechtssatz aufgestellt werden sollen. In besonderen Fällen können die Tatsachen eine abweichende, dem Verletzten günstigere Beurteilung rechtfertigen.

RG. JW. **09** 469. Ein bei der Führung eines Bahnzugs beteiligter Bremser macht sich einer schweren Pflichtverletzung schuldig, wenn er während des Dienstes schläft. Sein Verschulden ist so hoch zu bewerten, daß ihm an sich in Anwendung der Vorschrift des § 254 BGB. jeder Anspruch auf Schadensersatz abzusprechen wäre, sofern sein Verschulden nicht durch besondere Umstände einigermaßen entschuldigt wird. Die allgemeine Erwägung, daß der Dienst in den Tropen anstrengend sei, kann allein zu einer solchen Entschuldigung nicht führen.

Krückmann, EisenbE. **25** 200 ff. Wird durch Zusammenwirken von Eisenbahn und Tier der Tierhalter selber beschädigt, so kommt für den Schadensersatzanspruch des Tierhalters die Gefährdungsaufrechnung analog § 254 BGB. zur Anwendung. Wird durch das Zusammenwirken von Eisenbahn und Tier ein anderer als der Tierhalter beschädigt, so ist auf den Rückgriffsanspruch des Tierhalters gegen den Eisenbahnunternehmer § 840 Abs. 3 analog zur Anwendung zu bringen. — Tierhalter und Eisenbahn stehen beide wechselseitig zueinander im Verhältnisse des Dritten und des Haftenden.

HansGZ. **09** Beibl. 37 (Hamburg). Der Schaden ist gemäß § 254 BGB. von beiden Teilen zu tragen, wenn neben einem — nicht gerade groben — Verschulden des Verletzten eine erhöhte Betriebsgefahr des Straßenbahnbetriebs als Schadensursache mitgewirkt hat.

RG. EisenbE. **25** 312. Ist bei einem Unfall eigenes Verschulden des Verletzten dargetan, so obliegt ihm der Beweis einer gesteigerten kausalen Betriebsgefahr.

§ 2. RG. EisenbE. **25** 414, JW. **09** 249. Betrieb einer Fabrik im Sinne des § 2 liegt auch vor bei probeweisem Vorführen einer zum Verkauf gestellten Maschine. Denn auch bei diesem Akte sind alle Merkmale gegeben, die für den Fabrikbetrieb charakteristisch sind und die Gefährlichkeit begründen, die den Gesetzgeber zu der Vorschrift des § 2 veranlaßt hat.

§ 3. EisenbE. **26** 27 (Dresden). Der Vater einer getöteten 5 jährigen Tochter kann Ersatz für Entziehung von Dienstleistungen oder der Aussicht auf Unterhalt nicht fordern. Denn die Auffassung, daß schon für das Entgehen der Möglichkeit, daß der Getötete unterhaltspflichtig hätte werden können, Ersatz zu gewähren sei, ist mit den Worten des Gesetzes, wonach der Verpflichtete Ersatz insoweit zu leisten hat, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet gewesen sein würde, nicht vereinbar.

Abs. 2. EisenbE. **25** 365 (Berner Appel- u. KassH.). Werden seitens unterstützungsberechtigter Verwandter Entschädigungsansprüche geltend gemacht, so haben die Kläger nicht nur zu beweisen, daß der Verunglückte in den gesetzlichen Kreis der

unterstützungspflichtigen Verwandten fällt, sondern auch, daß keine dem Verstorbenen in der Unterstützungspflicht vorgehenden Verwandten existieren.

§ 3 a. **RG.** EisenbVereinsZ. **09** 1300. Derjenige, der durch ein von einem anderen zu vertretendes Ereignis so verletzt worden ist, daß er seinem bisherigen Berufe nicht mehr nachgehen kann, darf es nicht schlechthin ablehnen, sich auf eine andere seinen Lebensverhältnissen entsprechende Weise einen Erwerb zu verschaffen.

RG. EisenbE. **25** 271. Beschäftigt die Ehefrau in ihrem selbständigen Erwerbsgeschäfte nebenbei ihren kranken und anderweitig verdienstlosen Ehemann mit, so bildet der Unterhalt des Ehemanns keinen abzugsfähigen Teil der Geschäftsunkosten.

RG. 69 306, EisenbE. **25** 297. Bei Bemessung des Schadensersatzes wegen Körperverletzung ist nicht der Beruf des Verletzten zur Zeit des Unfalls zugrunde zu legen, wenn der Verletzte nach dem Unfalle seinen Beruf gewechselt hat. Ein Berufswechsel nach dem Unfalle würde nur dann nicht in Betracht kommen, wenn festzustellen wäre, daß sie ohne den Unfall nicht erfolgt wäre, sei es, weil der Beschädigte den Berufswechsel eigens zu dem Zwecke vornähme, um einen höheren Schadensersatz zu erzielen, sei es aus einem anderen Grunde.

RG. EisenbE. **25** 418, JW. **09** 271. Die Bestimmungen der §§ 3 a u. 7 gewähren dem Beschädigten durch die Rente den Ersatz des ihnen wirklich in ihrem Erwerb entstandenen Schadens. Die Rente muß somit ihr zeitliches Ende mit dem Alter finden, von welchem ab für den Kläger nach den Erwerbsverhältnissen, unter denen er lebt, die Fähigkeit zu einem Erwerb und dessen Möglichkeit nicht mehr besteht.

§ 7. (Vgl. § 3 a.) **RG. 69** 296, EisenbE. **25** 279. Der Richter ist nicht befugt, für die Geldrente anstatt vierteljährlicher Vorauszahlung eine andere Zahlungsart festzusetzen.

Abs. 2. **RG.** EisenbE. **25** 397. Die Bestimmung des § 843 Abs. 4 BGB., die dem Verletzten grundsätzlich den Schadensersatzanspruch auch beim Vorhandensein einer Unterhaltspflicht eines Dritten, deren Erfüllung den Schaden beseitigt, zuspricht, schließt einen Anspruch des Unterhaltspflichtigen, der den Aufwand getragen hat, gegen den Schädiger nicht aus.

S. a. zu BGB. §§ 843 und 845.

Unlauterer Wettbewerb.

I. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Das Hauptinteresse in der literarischen Behandlung des unlauteren Wettbewerbes hat sich naturgemäß auf das neue Gesetz und seine Entwürfe konzentriert Die Entscheidungen zu dem bisherigen Gesetze behalten aber nach wie vor ihr Interesse. Der enge Zusammenhang zahlreicher Vorschriften des neuen Gesetzes mit dem alten Gesetze führt dazu, daß auch die früheren Entscheidungen künftig verwertet werden können. Von großer Bedeutung ist das interessante Urteil des OLG. Dresden, das zu § 8 Ziff. 6 abgedruckt ist. Der Abdruck ist, soweit er sich auf § 8 bezieht, wörtlich erfolgt, da die Ausführungen des OLG. allseitiges Interesse erregen werden.

Literatur: Lobe, Die Unterlassungspflicht des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters aus absolut geschützten Rechtsgütern, BuschsZ. **39** 493.

§ 1. I. Allgemeines.

1. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 117. Das Klagerecht aus § 1 UnlWG. steht nur demjenigen Gewerbetreibenden zu, der Waren der in Frage kommenden Art bereits gegenwärtig herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt.

2. SeuffA. **64** 276 (Augsburg). Bei dem Anspruch aus § 1 Abs. 1 kommt nicht ein wissentliches oder fahrlässiges Handeln in Betracht, sondern es wird nur verlangt, daß objektiv eine unrichtige Angabe gemacht ist, geeignet, den Anschein eines be-

sonders günstigen Angebots hervorzurufen. Ein Verschulden, das regelmäßig die Voraussetzung einer unerlaubten Handlung bildet, ist nicht erforderlich. Wenn der Inhaber eines Geschäfts für dessen Betrieb, zu dem auch die Reklame gehört, einen Geschäftsführer bestellt, so muß er dafür Sorge tragen, daß die auf die Geschäftsfirma lautenden Veröffentlichungen sich innerhalb der für das Reklamewesen gesetzlich vorgeschriebenen Schranken halten; hat er diese Verpflichtung unterlassen, so muß die Unterlassungsklage gegen ihn gestattet sein, damit er seiner Verpflichtung nachkommt.

II. Antragsberechtigte s. JDR. **7** und frühere Jahrgänge zu II.

III. Öffentliche Mitteilungen (JDR. **7** § 1 Ziff. III, **6** Ziff. III, **5** Ziff. III, **4** Ziff. III).

1. **RG.** LeipzZ. **09** 395, HansGZ. **09** Hptbl. 150, UnlW. 8 209. Eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art auf der Ware selbst stellt nicht ohne weiteres eine öffentliche Bekanntmachung oder Mitteilung dar, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist. Es kann dies nach den konkreten Verhältnissen der Fall sein, ist aber nicht immer notwendig. — Unrichtige Angabe des Herstellungsorts von Zigaretten. Verwechselungsgefahr der Bezeichnung de Constantinople mit à Constantinople.

2. SächsOLG. **30** 531 (Dresden). Die Aufdrucke auf Etiketten sind Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind (**RG.** JW. **08** 370, R. **07** 1274, OLG. Hamburg, UnlW. 7 28).

3. LeipzZ. **09** 797 (Zweibrücken). Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, stellen Ausstattungen von Flaschen dar (ebenso Preislisten).

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art (JDR. **7** § 1 Ziff. IV, **6** Ziff. IV, **5** Ziff. IV, **4** Ziff. IV).

A. Allgemeines.

1. **RG.** JW. **09** 367. Eine Behauptung, die lediglich ein Urteil enthält, ohne dieses Urteil irgendwie tatsächlich zu begründen, ist nicht als eine Behauptung tatsächlicher Art anzusehen.

2. **RG.** UnlW. **9** 28. Urteile als Angaben tatsächlicher Art. — **RG.** UnlW. 8 292. Urteile als Tatsachen s. o. § 824.

3. **RG.** UnlW. **9** 55. Über die Bedeutung des Absatzgebiets einer Ware für unrichtige Angaben tatsächlicher Art.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen wurde (JDR. **7** § 1 Ziff. IV B, **6** Ziff. IV B, **5** Ziff. IV B, **4** Ziff. IV B).

1. Unrichtige Angaben in Katalogen. Lobe, UnlW. **8** 148. Wenn in Prospekten, Katalogen oder ähnlichen Mitteilungen, die für das große Publikum bestimmt sind, Angaben verschiedener Art gemacht werden, von denen jede einzelne sich als unlautere Reklame oder sonst unlauterer Wettbewerb darstellt, so kann das Verbot des Gerichts im Urteilstenor auf die Unterlassung der Verbreitung des Katalogs oder des Prospekts gerichtet sein, ohne auf den Inhalt der Schriftstücke und die darin enthaltenen Angaben und Mitteilungen einzugehen. In den Entscheidungsgründen muß dann aber ausgeführt werden, welche Angaben des Schriftstücks, gegen das sich in abgekürzter Weise das Verbot richtet, als unlauterer Wettbewerb anzusehen sind. Nur insoweit diese als unlautere Wettbewerbshandlungen hervorgehoben sind, richtet sich gegen sie das Verbot, während der übrige Inhalt der Prospekte usw. von dem Verbote nicht getroffen wird. Unrichtig ist es, wenn häufig die Gerichte nur eine in dem Schriftstück enthaltene Angabe herausgreifen und feststellen, daß diese unlauteren Wettbewerb enthält, und darauf allein die Unter-

sagung stützen, während sie im übrigen dahingestellt lassen, ob auch die weiteren vom Kläger hervorgehobenen Angaben als unlauterer Wettbewerb aufzufassen sind.

2. GoltdA. **56** 96 (KG.) s. JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 2 a.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 3866. Eine Reklame für künstliches Mineralwasser, die bei dem beteiligten Publikum zu der irrtümlichen Annahme führen kann, es handle sich bei dem Angebot um das natürliche Wasser einer Heilquelle, verstößt gegen § 1 UnlWG. vom 27. Mai 1896 und berechtigt zu der Klage auf Unterlassung und Schadensersatz.

4. UnlW. 8 113 (Hamburg). Die Bezeichnung von Kaffee als „koffeinfrei" ist keine unrichtige Angabe tatsächlicher Art, auch wenn in dem Kaffee immer noch ein kleiner Rest von Koffein verbleibt. Es kommt nur darauf an, daß der Kaffee beim Genuß im wesentlichen von denjenigen Wirkungen frei ist, wie sie gemeinhin dem Koffeingehalt zugeschrieben werden (vgl. JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 10).

5. **RG.** JW. **09** 173, UnlW. 8 247. Die Behauptung des Beklagten, das vom Kläger hergestellte Pomril sei minderwertig, verstößt gegen § 1. Als minderwertig wird schlechthin bezeichnet, was bezüglich der seinen Wert bestimmenden Eigenschaften hinter dem Normalen zurückbleibt. In diesem Sinne wird nach dem jetzt im Verkehrsleben herrschenden Sprachgebrauche der Ausdruck minderwertig regelmäßig gemeint und verstanden, wenn nicht ausdrücklich erkennbar gemacht wird oder sich aus dem Zusammenhange deutlich ergibt, daß es sich nur um eine Vergleichung bestimmter Gegenstände handelt und die Minderwertigkeit des einen nur im Verhältnisse zu dem in Vergleich gezogenen anderen Gegenstande besteht.

6. **RG.** LeipzZ. **09** 678. Die Ankündigung in Zeitungen: „Außerdem besitzt die Firma eine eigene Schirmfabrik mit Großbetrieb in B. Hierin liegt des Pudels Kern, weshalb man bei der Firma H. reell und billig zu kaufen gewohnt ist" verstößt gegen § 1. Die Beklagte nahm bei einer Schirmfabrik in B. nur eine bevorzugte Stellung ein; sie war nicht Alleinbesitzerin einer Schirmfabrik.

7. UnlW. 8 223 (Frankfurt, mitgeteilt von Fuld). Unlauterer Wettbewerb durch die Worte „gegründet 1854" und „Inhaberin der k. k. österreichischen Staatsmedaille".

8. R. **09** Ziff. 3212 (Oldenburg). Die öffentliche Anpreisung von minderwertigen Flurfliesen als „Prima" Flurfliesen fällt unter das Gesetz.

9. UnlW. **8** 88 (AG. Frankfurt a. M.). Der Angeklagte hatte in einem Schaufenster verschiedene Haufen von Stiefeln aufgestapelt, auf denen der Preis von 9,95 M. vermerkt war. Als ein Käufer von diesen Stiefeln 1 Paar verlangte, wurden sie ihm mit 14,95 M. verkauft. Angeklagter ist bestraft worden.

10. R. **09** Ziff. 3214 (Colmar). Gegen § 1 verstößt es nicht, wenn der Geschäftsinhaber in seinen Reklamen sein Geschäft als das „erste am Orte" anpreist, sofern darunter nichts anderes als das dem Range nach erste zu verstehen ist; ebensowenig wird jene Vorschrift dadurch verletzt, wenn er sich wahrheitswidrig rühmt, Referenzen Kaiserlicher und Königlicher Häuser aufweisen zu können.

11. R. **09** Ziff. 1410 (Frankfurt). Karten, die nach einem neuen Verfahren von einer Kupferwalze mittels einer Schnellpresse gedruckt werden, dürfen nicht als „echte Kupferdrucke" angekündigt werden.

12. **RG.** UnlW. 8 154, R. **09** Ziff. 587. In der Bezeichnung von Waren in Preislisten in einer Weise, die der bisherigen Bezeichnung derselben Waren durch eine Konkurrenzfirma entspricht, kann ein Verstoß gegen § 1 gefunden werden.

13. Unlauterer Wettbewerb im Handel mit Kognak.

a) **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **09** 111. Begriff „Kognak".

b) Haberstumpf, SeuffBl. **09** 203. Über den Begriff „Kognak".

c) **RG.** UnlW. **9** 56, R. **09** 1715. Wird ein in Deutschland aus einem hochprozentigen französischen Weindestillat unter Vermengung mit deutschem Wasser und

unter Zusetzung von Sirup und Farbe hergestellter Kognak mit der Etikette „Em. Dubois et Cie.“, Kognak in den Handel gebracht, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß durch das Etikett das kaufende Publikum in die irrige Meinung versetzt wird, daß die ganze Mischung und Herstellung des in den Flaschen befindlichen Kognaks von einem französischen Fabrikanten bewirkt worden sei; da aber erfahrungsgemäß das Publikum ein französisches Kognakfabrikat bevorzugt, wird hierdurch der Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen.

d) SeuffBl. **09** 367 (Zweibrücken). Beklagte — eine pfälzische Weinfirma — hatte laut Vertrag mit dem französischen Weinhause A. d. B., Reins das Recht, die Marken der französischen Firma in Deutschland zu gebrauchen. Die Fabrikate der Beklagten trugen diese Bezeichnung. Sie schränkte dies später dahin ein, daß sie schrieb: „echtes Gewächs der Champagne im Fasse nach W. exportiert und daselbst fertiggestellt“. Beides ist ihr untersagt. Durch Flaschenausstattung wird die Tatsache verschwiegen, daß die deutsche Firma den Sekt fertigstellt und liefert; auch wird die Tatsache verschwiegen, daß es sich um ein in Deutschland von Deutschen fertiggestelltes Produkt handelt, und die Behauptung aufgestellt, daß ein französisches von der französischen Firma auch in Deutschland fertiggestelltes Produkt, nämlich französischer Champagner, in Frage sei. Die Behauptung ist geeignet, der Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen. Der Vertrag mit der französischen Firma ändert hieran nichts. Diese hatte der Beklagten den Gebrauch ihrer Marken in Deutschland gestattet. Beklagte gebraucht aber die Worte A. d. B. nicht als Handelsmarke, sondern als Firma zur Bezeichnung der Fabrikanten der in der Flasche befindlichen Flüssigkeit.

e) SächsOLG. **30** 551 (Dresden). Unterlassung des Gebrauchs von Etiketten mit der Aufschrift „E. D. u. Co. Cognac“ für die erst in Deutschland vorgenommene Mischung des französischen Weindestillats.

f) UnlW. 8 280 (LG. Frankfurt a. M.). Die Verbindung des Wortes „Kognak“ mit dem Namen Dupré erweckt den Anschein, daß es sich um Kognak handelt, der von einem französischen Hause aus Frankreich eingeführt werde.

g) SächsRpflA. **09** 494 (Dresden) s. JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 14 (Charente Kognak).

14. UnlW. 8 136 (LG. I Berlin [Straff.]). Verwendung französischer und holländischer Likörbezeichnungen für in Deutschland hergestellte Fabrikate verstößt gegen das Gesetz.

15. LeipzZ. **09** 797 (Zweibrücken). Klage einer Sektfirma gegen eine andere Sektfirma auf Unterlassung von Bezeichnungen, die den Anschein erwecken, als stellte die andere Firma französischen Sekt her.

16. F u l d , GewRSchutz **09** 268—274, ü b e r d i e H e r k u n f t s b e z e i c h n u n g e n v o n W e i n e n.

17. **RG.** UnlW. 8 107. Unter „U r q u e l l“ ist das vom Bürgerlichen Brauhause in Pilsen gebraute zu verstehen (JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 17).

18. Z a h n ä r z t e (JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 18).

a) **RG.** R. **09** Ziff. 3865. Ein Zahntechniker, der das Geschäft eines Zahnarztes übernimmt und weiter führt, verstößt gegen § 1 UnlWG. v. 27. Mai 1896, wenn er die von dem früheren Inhaber angebrachten Schilder, auf welchen dieser als „in und für Amerika approbierter Zahnarzt“ bezeichnet ist, lediglich unter Zufügung seines Namens beibehält, so daß das beteiligte Publikum in den Glauben versetzt werden kann, der Inhaber dürfe sich in Deutschland als Zahnarzt bezeichnen.

b) DJZ. **09** 1448 (Hamburg). Wer die „License to practice dentistry in the State of Pennsylvania“ ordnungsmäßig erlangt hat, handelt gegen § 1, wenn er sich als i n A m e r i k a a p p r o b i e r t e r Z a h n a r z t anzeigt. Die License und die deutsche Approbation ist nicht vergleichbar. Das Publikum in Deutschland versteht unter einem in Amerika approbierten Zahnarzt einen Arzt, der unter den

gleichen oder ähnlichen Bedingungen, wie ein deutscher Zahnarzt, das Recht, sich Zahnarzt zu nennen, erworben hat.

c) ElsLothJZ. **09** 190 (Colmar) s. JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 18 e (1054).

19. Zigarettenhandel (JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 19).

a) **RG.** JW. **09** 285, UnlW. 8 211. Unter „ägyptischen Zigaretten" versteht das große Publikum solche, die in Ägypten hergestellt sind. Die Bezeichnung „ägyptische Zigaretten" ist daher keine Sortenbezeichnung, sondern Herkunftsbezeichnung. Werden in Berlin hergestellte Zigaretten als ägyptische bezeichnet, so enthält dies eine unwahre Angabe tatsächlicher Art, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, weil das Publikum glaube, mit in Ägypten hergestellten Zigaretten besser bedient zu werden, als mit einem deutschen Fabrikate.

b) UnlW. 8 103 (PA.). Unter „ägyptischen Zigaretten" sind nur solche zu verstehen, die auch tatsächlich in Ägypten hergestellt sind (vgl. JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 19).

c) R. **09** Ziff. 1409 (Hamburg). Die Bezeichnung von in Deutschland hergestellten Zigaretten als „ägyptische Zigaretten" enthält eine unwahre Angabe tatsächlicher Art. Daran ändert auch der Zusatz „Deutsches Fabrikat" nichts. — Wassermann, SächsRpflA. **09** 200, UnlW. 8 227, teilt einen Auszug aus dem Urteil des OLG. Hamburg betreffend der Bezeichnung „ägyptische Zigaretten" mit. Ein großer Teil des in Betracht kommenden Publikums nimmt an, daß unter ägyptischen Zigaretten solche zu verstehen seien, die in Ägypten hergestellt seien.

d) **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 150. Die Revision gegen das JDR. **7** § 1 Ziff. IV B 19 c mitgeteilte Urteil ist mit einer geringfügigen Maßgabe zurückgewiesen.

20. R. **09** 2534 (Hamburg). Die Bezeichnung eines Naturheilkundigen als „Kurpfuscher" fällt weder unter unlauteren Wettbewerb noch unter § 824 BGB. — HansGZ. **09** Hptbl. 211 (Hamburg). Über die Bezeichnung Kurpfuscher s. u. zu § 6.

21. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1155, UnlW. **9** 88, R. **09** Ziff. 2309. Wenn ein Gewerbetreibender eine mit Kieselsäure versetzte, weiß aussehende Tonerde nach Veredelung durch ein Schlemm- und Reinigungsverfahren als Putzmittel unter Bezeichnung „Kieselkreide" in den Verkehr gebracht hat, so ist es nicht zulässig, daß ein anderer ein von ihm in den Handel gebrachtes, aus kieselsäurehaltiger weißer Erde bestehendes Putzmittel gleichfalls als „Kieselkreide" bezeichnet, wenn im Verkehr unter dieser Bezeichnung nur das von dem ersteren besonders hergestellte Produkt verstanden wird.

22. Zeitungsgewerbe.

a) R. **09** Ziff. 3213 (Naumburg). Den Aufdruck auf einer Fachzeitschrift „gelesenstes Fachblatt" versteht das Lesepublikum eines solchen Blattes regelmäßig nicht dahin, daß die Zeitschrift eine höhere Auflagenziffer habe oder tatsächlich mehr durchgelesen werde, als alle anderen Fachblätter der Branche, sondern dahin, daß es das inhaltvollste beliebteste und bedeutsamste Preßorgan in dem betreffenden beschränkten Kreise, dasjenige Blatt sei, das die Interessenten am ehesten zur Hand nehmen und zum Inserieren, wie namentlich als Vermittlungsstelle bei Stellengesuchen und Stellenangeboten, am häufigsten und mit dem besten Erfolge benutzen.

b) BadRpr. **09** 227 (Karlsruhe). Der Abdruck aus Inseraten einer anderen Zeitung kann einen Verstoß gegen § 1 enthalten. Vorliegend Verstoß verneint, weil der Abdruck nur in unbeträchtlichem Umfang erfolgt ist.

23. UnlW. 8 222 (LG. Duisburg). Unlauterer Wettbewerb im Handel mit Zitronensaft.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen wurde (JDR. **7** § 1 Ziff. IV C, **6** IV C, **5** 4 C, **4** IV C).

D. Einzelne Ausdrücke (JDR. **7** § 1 IV D, **6** IV D, **5** IV D, **4** IV D).

RG. UnlW. **9** 54. Begriff des Vakuum Öles = Schmieröl, das in luftleerem Raume destilliert ist.

V. Anschein eines besonderen günstigen Angebots (JDR. **7** Ziff. V, **6** Ziff. V, **5** Ziff. V, **4** Ziff. V).

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1 (JDR. **7** § 1 Ziff. VI, **6** Ziff. VI, **5** Ziff. VI 5, **4** Ziff. VI).

1. Geschäftliche Verhältnisse (JDR. **6** Ziff. VI 3, **5** Ziff. VI 2).

2. Beschaffenheitsbezeichnung (s. o. Ziff. IV, JDR. **6** Ziff. VI 3, **5** Ziff. VI 2).

3. Preisbemessung (s. o. Ziff. IV, JDR. **6** § 1 Ziff. VI 4).

4. Bezugsquelle (JDR. **4** § 1 Ziff. VI 4).

5. Herkunftsbezeichnung (s. o. Ziff. IV, JDR. **7** Ziff. VI 5, **6** Ziff. VI 6, **5** Ziff. VI, **4** Ziff. VI 5).

a) UnlW. **8** 304 (KG.). Pilsener Bier gilt auch heute noch als Herkunftsangabe (s. u. § 8 Ziff. 3a).

b) **RG.** JW. **09** 285, UnlW. **8** 211. Die Bezeichnung „ägyptische Zigaretten als Herkunftsbezeichnung (s. o. Ziff. IV 19).

6. Auszeichnungen (JDR. **7** § 1 Ziff. VI 6, **6** Ziff. VI 7, **5** Ziff. VI 6).

a) SächsOLG. **30** 156 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb durch Medaillen privater Ausstellungen. Wer Medaillen von Ausstellungen führt, gebraucht damit ein Auszeichnungsmittel, von dem allgemein im Publikum angenommen wird, daß es ihm auf einer Ausstellung offiziellen Charakters im allgemeinen Wettbewerbe zuerkannt worden sei.

b) **RG.** (Strafs.) HessRspr. **9** 13. Besitz von Auszeichnungen. Der Titel „Hoflieferant", den jemand erhält, ist an das bestimmte Unternehmen geknüpft. Er ist auf ein neues Geschäft des durch den Titel Ausgezeichneten nicht anwendbar (s. u. § 4 Ziff. 2, weiteres aus dieser Entscheidung).

7. Anlaß des Verkaufs (JDR. **7** § 1 Ziff. VII, **6** Ziff. VII 8, **5** VI 7).

➳ Die eingehende Behandlung der Frage der Konkursausverkäufe hat infolge der Regelung durch das G. v. 6. Juni 1909 nachgelassen. Red. ⇜

UnlW. **8** 113 (KG.). Verstoß gegen § 1 durch die Ankündigung des Verkaufs eines Konkurswarenlagers. In der Bekanntmachung waren die Worte „Konkursmasse" fett, die Worte „der aus der" ... „erworbenen und anderen Waren" ... mit kleinen Buchstaben gedruckt.

VIII. Unterlassungsklage.

1. Lobe, BuschsZ **39** 493. Ein Rechtsstreit gegen den Beklagten, in welchem eine Abwehrklage aus einem absoluten Rechte geltend gemacht wird, wird vom Konkurse des Unterlassungspflichtigen nicht berührt. Er vermag weder vom Konkursverwalter noch gegen den Konkursverwalter aufgenommen zu werden, geht vielmehr gegen den Gemeinschuldner weiter. Wird der Gemeinschuldner unter Auferlegung der Kostenlast verurteilt, so kann der Kläger diese Kosten auch nicht im Konkurs anmelden. Macht sich der Konkursverwalter bei Fortführung und in Ausübung der gewerblichen Tätigkeit des Gemeinschuldners seinerseits ebenfalls einer Verletzung eines absoluten Rechtes des Klägers schuldig, was schon durch Aufrechterhaltung eines vom Gemeinschuldner geschaffenen beeinträchtigenden Zustandes geschehen kann, so erwächst gegen ihn ein eigener Unterlassungsanspruch, der mit neuer und selbständiger Klage zu verfolgen ist. Diese richtet sich aber gegen ihn nur

in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter, und die Prozeßkosten werden zu Masseschulden nach § 59 Ziff. 1 KO.

2. SächsOLG. **30** 156 (Dresden). Kein Wegfall der Wiederholungsgefahr, wenn die Beklagte während des Prozesses die Abbildung von Medaillen und Ehrenkreuzen nicht gebraucht. Da sie in dem Rechtsstreite das Recht, die Auszeichnungen zu gebrauchen, in Anspruch nimmt, so folgt daraus, daß sie den Gebrauch sofort wieder aufnehmen würde, wenn das gerichtliche Verbot wegfiele.

3. UnlW. **9** 99 (Karlsruhe). Haftung des Geschäftsinhabers für seine Angestellten. Unterlassungsanspruch. Der Unterlassungsanspruch geht, auch wenn die Reklame von einem Angestellten veranlaßt, und von dem Firmeninhaber nicht verhindert worden ist, auch gegen den letzteren. Nur dann, wenn derselbe nach den obwaltenden Umständen die betreffende Maßregel nicht verhindern konnte, ist die Grundlage für das Verlangen der Unterlassung gegen ihn nicht gegeben. Der Anspruch ist kein deliktischer und regelt sich nicht nach §§ 823, 826 oder 831; er ist ein rein negatorischer und setzt mehr nicht voraus, als daß die Handlung als eine solche des Inanspruchgenommenen anzusehen ist.

4. Streitwert bei der Unterlassungsklage.

RG. SächsRpflA. **09** 191. Bei der Bemessung des Streitwerts für Unterlassungsansprüche aus § 1 UnlWG. ist das Reklameinteresse nicht zu berücksichtigen.

§ 3. Fuld, UnlW. 8 127, über einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen. § 3 des früheren Gesetzes bezieht sich nur auf Ansprüche aus § 1. ➛ Nach dem G. vom 7. Juli 1909 ist dies geändert. Red. ⟵

§ 4. 1. **RG.** (Straff.) GoltdA. **56** 226. Wenn die unwahren Angaben tatsächlicher Art in fremder Sprache abgefaßt sind, so ist der Prüfung, ob sie zur Irreführung des Publikums geeignet seien, der Wortlaut der fremden Sprache, nicht eine Übersetzung ins Deutsche zugrunde zu legen. Bei der Prüfung, ob solche Angaben vorliegen, sind die den falschen Wortangaben beigefügten Abbildungen und sonstige Worte mit zu berücksichtigen. Aufschrift auf Zigaretten: Egyptian Cigarettes Manufactory und Cigarettes Egyptiennes.

2. **RG.** (Straff.) HessRspr. **9** 13 (s. oben § 1 Ziff. VI 6b) (Besitz von Auszeichnungen). Mitteilung: die Ware habe großen Beifall und Aufnahme gefunden und die Fabrikation finde durch erprobte tüchtige Arbeiter unter ständiger Kontrolle statt. Angebot in einer Preisliste unter 45 Nummern (ebenso viele Fabrikate).

3. **RG.** (Straff.) UnlW. **8** 278. Es ist unzulässig, den gemachten falschen Wortangaben tatsächlicher Art gegenüber beigefügte Abbildungen und sonstige Worte als nicht vorhanden anzusehen. Vielmehr muß die Handlung in ihrer Gesamtheit gewürdigt und ermessen werden, ob und inwieweit bei Entscheidung über Bedeutung und Zweck der Wortangabe zugleich die dazu gehörigen Abbildungen und weiteren Wortzeichen erheblich sind.

4. **RG.** (Straff.) **09** 434. Die unwahren Angaben müssen in der Absicht gemacht ein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. In den Urteilsgründen sind diejenigen Tatsachen anzugeben, in denen das Gericht dieses Tatbestandsmerkmal gefunden hat. — Realkonkurrenz zwischen § 4 und § 10 NahrmittelG.

§ 6. 1. LeipzZ. **09** 252 (KG.). Um einen Verstoß gegen § 6 zu begründen, braucht der Hinweis auf das Erwerbsgeschäft eines „anderen" nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, es kann sich vielmehr aus der sonstigen Fassung der Annonce indirekt ergeben. Es genügt unter Umständen deshalb schon eine versteckte Andeutung, wenn nur die gewollte Beziehung erkennbar daraus hervorgeht. Dies vorliegend verneint.

2. Behauptungen tatsächlicher Art (s. oben § 1 Ziff. IV).

a) HansGZ. **09** Hptbl. 144 (Hamburg). Tatsachen, die an sich richtig und wahr sind,

können so vorgetragen werden, daß sie im Publikum den Eindruck einer unrichtigen, unwahren Tatsache hervorrufen (**RG.** [Straff.] **34** 163, R. **06** 260 und 649).

b) Vorwurf der Patentverletzung (JDR. **7** § 6 Ziff. 2 a).

α. **RG.** LeipzZ. **09** 395, HansGZ. **09** Hptbl. 176, UnlW. **10** 28. Die Behauptung des Patentinhabers, ein in einem fremden Betriebe hergestelltes Produkt verletze sein Patent, kann in der Regel nicht als eine Behauptung tatsächlicher Art i. S. des § 6 Abs. 1 aufgefaßt werden; sie enthält vielmehr ein Urteil, dessen Nachprüfung regelmäßig eingehende und schwierige Erwägungen tatsächlicher und rechtlicher Natur erforderlich macht. Dagegen ist § 6 unbedenklich anwendbar, wenn jemand, der gar kein Patent besitzt, zu Zwecken des Wettbewerbes eine derartige Behauptung aufstellt (vgl. JW. **99** 749).

β. **RG.** JW. **09** 367, LeipzZ. **09** 695. Vorwurf der Verletzung des Patents eines anderen erfüllt regelmäßig nicht den Tatbestand des § 6 (vgl. **RG.** JW. **99** 749).

c) **RG.** JW. **09** 670, LeipzZ. **09** 935, SächsRpflA. **09** 592. Wenn jemand sagt, ein bestimmter Geschäftsmann handelt „unfair", weil er Sonderrabatt gewährt und seine sonstige Kundschaft übervorteilt, so behauptet er eine Tatsache, an die er ein Urteil knüpft, das die Tatsache qualifizieren soll und auf seine Richtigkeit mit Rücksicht auf diese tatsächliche Unterlage geprüft werden kann.

d) HansGZ. **09** Hptbl. 211 (Hamburg). Der Ausdruck „Kurpfuscher" wird in doppeltem Sinne gebraucht, nämlich einmal technisch zur Bezeichnung solcher sich mit Krankenbehandlung befassenden Personen, die nicht auf Grund einer gesetzlich geordneten Vorbildung obrigkeitlich approbiert sind, und zweitens, mehr vulgär, um die Minderwertigkeit gewisser, weniger auf wissenschaftlicher Grundlage als auf angeblicher Erkenntnis der Naturkräfte oder auf anderen nicht wissenschaftlichen Grundlagen beruhenden Heilmethoden zu kennzeichnen. In welchem Sinne der Bekl. (ein Arzt) den Kläger als Kurpfuscher bezeichnet hat, ist gleichgültig. Geschah es in dem zuerst erwähnten Sinne, so ist die Behauptung wahr und verstößt nicht gegen § 6 und § 824 BGB. Geschah es im letztgenannten Sinne, so liegt eine Behauptung tatsächlicher Art nicht vor, sondern nur ein Urteil.

e) **RG.** UnlW. 8 153. Versendung eines Zirkulars an die Kunden einer Konkurrenzfirma mit der wahren Angabe, diese Firma werde nächster Tage den Konkurs anmelden und damit verbundene Empfehlung der eigenen Firma. Abweisung der Klage.

f) **RG.** UnlW. 8 208. Die Bezeichnung „System X" deutet der Regel nach auf eine Beschaffenheit der Ware hin. Wo es sich (wie im vorliegenden Falle) um große teure, Spezialzwecken dienende, nur in einer beschränkten Anzahl von Fabriken hergestellte Waren (Maschinen) handelt, bedeutet der Ausdruck „. . . maschinen System St." nichts anderes als Maschinen aus der Fabrik St.

g) **RG.** R. **09** Ziff. 3215. In der Ankündigung, daß jemand Maschinen des Systems einer Konkurrenzfabrik zu verkaufen habe, kann die Behauptung der Tatsache liegen, daß die verkäuflichen Maschinen aus der Fabrik der Konkurrenzfirma stammen.

h) **RG.** UnlW. 8 212, R. **09** Ziff. 1411. Das Vorliegen einer unrichtigen Angabe kann sehr wohl mit der Begründung verneint werden, daß das Publikum unter dem Fabrikat „Palmin" Kokosnußbutter schlechthin versteht.

i) **RG.** R. **09** Ziff. 2847. Für die Erweislichkeit der Behauptung, daß das Publikum durch eine Reklame, welche Malzkaffee als vollwertigen Ersatz für Bohnenkaffee ausgibt, getäuscht werde, kommt es nicht darauf an, ob die Angabe der Reklame für gewisse Klassen des Publikums (Herzleidende, Kranke, Frauen, Kinder) zutrifft, sondern darauf, ob Malzkaffee überhaupt ein vollwertiger Ersatz des Bohnenkaffees ist.

3. HansGZ. **09** Hptbl. 144 (Hamburg). Als Verbreitung ist schon eine vertrauliche Äußerung an einen einzelnen zu betrachten (vgl. OLG. **14** 421 [Colmar] JDR. **6** § 6 Ziff. 4).

4. Abs. 2.

a) **RG.** JW. **09** 670, SächsRpflA. **09** 592. Der Verein „Rabattgenossenschaft und Schutzverband für Handel und Gewerbe" hatte Namen von Firmen veröffentlicht, die an Wirtschaftsvereinigungen Sonderrabatte gewähren; er hatte weiter in der Mitteilung erklärt, daß Kaufleute, die an Wirtschaftsvereinigungen Sonderrabatte gewähren, unfair handeln und einen Teil ihrer Kundschaft übervorteilen. In der Veröffentlichung liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn sie auch in der Absicht und mit dem Bewußtsein erfolgt, den bekannt gegebenen Firmen Kunden zu entziehen. Jedoch können Zwecke des Wettbewerbes ein berechtigtes Interesse daran, nicht erweisliche, andere Geschäftstreibende schädigende Behauptungen aufzustellen, nicht begründen.

b) **RG.** R. **09** Ziff. 2310. Äußerungen eines Industriellen über die von ihm und von anderen geführte Ware fallen nicht unter § 6, wenn sie lediglich zur Klärung einer fachwissenschaftlichen Frage oder zur allgemeinen Belehrung erfolgen.

5. R. **09** Ziff. 2533 (Kassel). Zum Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Grund des § 6 UnlWG. hat Antragsteller nicht glaubhaft zu machen, daß die von dem Gegner aufgestellten Behauptungen nicht erweislich wahr seien.

§ 7. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 235. Die unrichtige Behauptung, man sei Alleinverkäufer, enthält nicht die Aufstellung einer Behauptung tatsächlicher Art über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerbliche Leistungen eines anderen. Es findet daher § 7 UnlWG. keine Anwendung.

2. R. **09** Ziff. 2710 (Braunschweig). Von dem Anspruche werden auch dritte Personen, die zugunsten des Erwerbsgeschäfts eines anderen unwahre Angaben machen, betroffen.

§ 8. 1. UnlW. **8** 217 (Stuttgart) s. JDR. **7** § 8 Ziff. 1.

2. **RG.** JW. **09** 285, LeipzZ. **09** 548, GewRschutz **09** 338 (Fuld), ElsLothJZ. **09** 393, UnlW. **8** 295. Der § 8 verlangt in erster Reihe nicht sowohl eine Verwechselungsmöglichkeit der Waren, als vielmehr eine Verwechselungsmöglichkeit der Firmen, Namen, besonderen Bezeichnungen; der Paragraph will der mißbräuchlichen Benutzung der Firma, des Namens, der besonderen Bezeichnung entgegentreten. Liegt eine solche vor, und ist dann noch die Möglichkeit gegeben, daß zufolge des Mißbrauchs die Waren als von demjenigen herrührend erachtet werden, dessen Name oder Firma mißbraucht wird, so ist das Klagerecht aus § 8 gegeben, auch wenn die Waren selbst nicht verwechselungsfähig sind (Klage der Sektfirma Mercier u. Co. gegen die Firma Cognacdestillerie Mercier, La Roche u. Co.).

3. Schutz der Firma.

a) UnlW. **8** 304 (KG.). Eine Firma „Pilsener Brauhaus, GmbH. zu Berlin" ist geeignet, Verwechselungen mit dem weltbekannten „Bürgerlichen Brauhause zu Pilsen" hervorzurufen und muß daher auf Antrag dieser Firma wieder gelöscht werden.

b) **RG.** UnlW. **8** 105 s. schon JDR. **7** § 8 Ziff. 2 b (Firma Mumm).

c) **RG.** UnlW. **8** 83. Die Firmen C. F. B. u. Söhne in W. und C. H. B. Sohn in N. sind nicht zu verwechseln.

4. **RG.** LeipzZ. **09** 65, UnlW. **8** 150. Eine so allgemeine Bezeichnung wie „Wohnungszeitung" muß nicht überall als Bezeichnung einer Zeitungsart angesehen werden; denn eine Bezeichnung allgemeinen Charakters kann für eine bestimmte Gegend eine ganz spezifische Bedeutung gewinnen. Die Zeitung der Klägerin ist als Berlinische „Wohnungszeitung" bekannt. Bekl. nennt seine Zeitung, die

als Wohnungsanzeiger in Berlin erschien, neuerdings Wohnungsanzeiger des Westens. Die Kl. ist mit dem Antrage, der Bekl. die Führung dieser Bezeichnung zu untersagen, unterlegen.

5. Löschung der Firma. **RG.** UnlW. 8 207, R. **09** Ziff. 588. Soweit die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 durch den Gebrauch einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Firma gegeben sind, kann jeder nach dieser Bestimmung Klageberechtigte mit Erfolg nicht nur auf Untersagung der Firmenführung, sondern auch auf Löschung im Handelsregister klagen. Untersagung der Bezeichnungen „Hessische Leinen- und Damastweberei", „eigene Leinen- und Tischzeugfabrik".

6. GewRSchutz **09** 237, UnlW. 8 282 (Dresden). Der Schutz der Plattenaufnahmen für Phonographen und Grammophone wird nicht auf Grund der Vorschriften des Urheberrechts, sondern des UnlWG. gewährt. Das OLG. führt aus: Die Aufnahme der Gesangs- und sonstigen Musikvorträge, ihre Fixierung auf den Platten, die Herstellung und der Vertrieb dieser Platten bilden einen Teil der von der Klägerin ausgeübten gewerblichen Tätigkeit. Die erfolgte Ausübung der Erwerbstätigkeit aber fällt unter den Schutz des den Menschen im allgemeinen gegen Beeinträchtigungen schützenden Persönlichkeitsrechts, wie das erkennende Gericht wiederholt angenommen hat. Es genügt, zur Begründung dieser Auffassung auf die Ausführungen von Gierke, Deutsches Privatrecht I 715; Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes I 164, 183 ff., 221, und Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes 403, zu verweisen. Nicht zu verwechseln ist damit die bloße Fähigkeit, sich gewerblich zu betätigen, die lediglich Ausfluß der allgemeinen, im § 1 GewO. gegen obrigkeitliche Eingriffe besonders noch garantierten Freiheit ist. Daß auch das RG. in seiner älteren Rechtsprechung allein in der Betätigung des Gewerbes, in der Erwerbsausübung, den Schutzgegenstand für das absolute Ausschlußrecht erblickte und erst neuere Entscheidungen zugleich das Vorhandensein einer Betriebseinrichtung als Gegenstand eines subjektiven Rechtes erfordern, erhellt aus den Nachweisen von Lobe, Markenschutz und Wettbewerb **07** 164 ff. (vgl. ferner die Entscheidungen in SeuffA. **59** 10, JW. **07** 750 Ziff. 25, R. **07** 1279). Aber auch, wenn man der neueren Auffassung des RG. folgt und nur in dem „ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb" als einem von der Persönlichkeit losgelösten Bestand der Umwelt ein nach BGB. § 1004 und § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut erblickt, ohne auf das Persönlichkeitsrecht zurückzugreifen, so ist die von der Klägerin aufgewendete Arbeit und ihr Ergebnis, nämlich die Herstellung der Platten mit dem fixierten Vortrage, doch als ein immaterieller Bestandteil dieses Betriebs (vgl. Osterrieth in der angeführten Festschrift für Kohler 415) auch dieses Schutzes teilhaftig. Die Beschränkung der Ausübung der Erwerbstätigkeit und der Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin durch Benutzung ihm zugehöriger Bestandteile enthalten also in gleicher Weise die Verletzung eines der Klägerin zustehenden absoluten Rechtes, mag man dieses nun als ein Persönlichkeitsrecht oder als ein subjektives Herrschaftsrecht am Gewerbebetrieb auffassen. Wenn die Beklagten meinen, der Gewerbebetrieb der Klägerin könne um deswillen nicht als ein rechtsschutzwürdiges Gut anerkannt werden, da er selber sich auf der Verletzung eines fremden Rechtes, nämlich des Urheberrechts an den Schrift- und Tonwerken, aufbaue, so fehlt hierfür schon jede Glaubhaftmachung. Die Beklagten vermögen keinen Fall zu bezeichnen, in dem ein solches Recht verletzt wird. Selbst wenn daher die Klägerin nicht ohnedies nach § 22 UrhG. zur freien Verwertung der Tonwerke auf ihren Sprechmaschinen befugt sein würde, was dahingestellt bleiben kann (vgl. Staedel GewRSchutz. **08** 225, Meinhardt das. 67), so muß doch mangels eines Widerspruchs hiergegen seitens des möglicherweise Berechtigten dessen Genehmigung hierzu angenommen werden. Lediglich dadurch, daß die Erwerbstätigkeit beschränkt und in den fremden Gewerbe-

betrieb eingegriffen wird, wird nun freilich die Rechtsverletzung noch nicht ohne weiteres zu einer widerrechtlichen. Es ist das Wesen jeder Konkurrenz, die gewerbliche Tätigkeit des Mitbewerbers zu hemmen, und erfolgt sie in Betätigung eines gleichstarken Rechtes, so entfällt die Rechtswidrigkeit (**RG. 64** 55). Dies ändert sich jedoch in dem Augenblicke, wo der Konkurrent diese ihm zustehende Befugnis überschreitet. Insoweit deckt ihn dann kein Recht mehr und es wird folgeweise die Beeinträchtigung der fremden Erwerbstätigkeit zur widerrechtlichen Rechtsverletzung (Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes I 223, 463). Eine solche Überschreitung liegt aber vor, wenn jemand die Arbeit des Konkurrenten zur Förderung seiner eigenen Wettbewerbstätigkeit gegen ihn benutzt. Dadurch wird der Wettbewerb unlauter, denn es werden nicht mehr die eigenen gewerblichen Kräfte im gegenseitigen Wettkampfe miteinander gemessen. Nur insoweit eigene Arbeitskraft zur Erwerbstätigkeit aufgewendet wird, untersteht diese dem Rechtsschutze (Lobe aaO. 51, 7, 10 ff.; Osterrieth, Lehrbuch 404 und Festschrift für Kohler 407). Auf demselben Rechtsgedanken beruhen die Vorschriften des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, wenn sie im § 8 die Anmaßung fremder Unterscheidungszeichen und in §§ 9 ff. die Anmaßung fremder Fabrik- und Betriebsgeheimnisse zum Zwecke des Wettbewerbes verbieten. Daher verletzen die Beklagten das bezeichnete Recht der Klägerin, wenn sie wider deren Willen zu Wettbewerbszwecken die von ihr aufgewendete Arbeit für sich und zur Förderung ihres eigenen Gewerbebetriebs ausnutzen, wenn sie die Platten, die die Klägerin mit Aufwendung erheblicher Mühe und großer Geldopfer hergestellt hat, nachahmen und ihr mit den nachgeahmten Platten Konkurrenz machen. In entsprechender Anwendung des BGB. § 1004 ist der Klägerin aus dieser Verletzung gegen die Beklagten solchenfalls ein Unterlassungsanspruch erwachsen.

7. R. **09** Ziff. 3216 (Hamm). Handelt es sich lediglich um die Bezeichnung von Waren und nicht um die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens, so ist das UnlWG. überhaupt nicht anwendbar, sondern lediglich, abgesehen von den Vorschriften des BGB., das WarenZG.

8. **RG.** R. **09** Ziff. 2711. Wer einen vertraglichen Anspruch auf einen bestimmten Anteil des Gewinns eines fremden Geschäftsunternehmens hat, ist darum noch nicht berechtigt, einen etwaigen Anspruch aus § 8 für sich geltend zu machen, wie wenn es sich um sein eigenes Geschäftsunternehmen handelte.

9. LG. I Berlin und KG., UnlW. 8 163. Untersagung der Marke „Bilz".

10. **RG.** HansGZ. **09** Hptbl. 228 (vgl. HansGZ. **09** Beibl. 31). Schutz einer aus dem Familiennamen und einem anderen Worte zusammengesetzten Telegrammadresse s. BGB. § 12, Anhang Ziff. IIIc.

§ 9. 1. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **09** 97. Mag man auch nicht davon ausgehen- daß Erfindungen der Angestellten schon kraft des Anstellungsverhältnisses dem Ge, schäftsherrn gehören, so ist doch daran festzuhalten, daß der Geschäftsherr die Erfindung mindestens dann für sich in Anspruch nehmen kann, wenn sie entweder in Erfüllung einer dienstlichen, auf einem besonderen Auftrage beruhenden Aufgabe erfolgt ist oder doch in den Rahmen der dem Angestellten vertragsmäßig obliegenden Diensttätigkeit fällt. S. a. BGB. § 611 Ziff. III 4, insbes. zu d α.

2. **RG.** (Straff.) GoltdA. **56** 221. Nach Abs. 1 ist die Mitteilung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses nur strafbar, wenn sie nicht bloß unbefugt, sondern auch zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht erfolgte, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen. Hat der Täter auf andere Weise Kenntnis von dem betreffenden Geheimnis erlangt, so bleibt dessen gewerbliche Verwertung straflos, auch wenn die Ausbeutung der erlangten Kenntnis nach den Anschauungen ehren-

hafter Gesinnung und nach allgemeinen sittlichen Begriffen noch so verwerflich sein sollte (**RG.** [Straff.] **30** 251). Dolus eventualis reicht aus.

§ 10. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **09** 65. Bei einem Vergehen gegen § 10 UnlWG. braucht nicht nachgewiesen zu werden, daß das Geschäftsgeheimnis nach seinen sachlichen Merkmalen als ein Geschäftsgeheimnis i. S. des § 9 anzuerkennen ist. Es genügt, wenn der Angeklagte es für ein solches gehalten hat (vgl. **RG.** [Straff.] **39** 321, JDR. **6** § 10).

§ 13. 1. KGBl. **09** 89, UnlW. **9** 30 (KG.). Durch § 13 wird die Befugnis des durch unlauteren Wettbewerb Verletzten nicht ausgeschlossen, auf eigene Kosten die Verurteilung des Gegners zu veröffentlichen. Es steht auch nichts im Wege, daß der Obsiegende eine solche Verurteilung auf seine Kosten vor der Rechtskraft derselben veröffentlicht. Es gibt keine Vorschrift, die die Bekanntmachung der Wahrheit entsprechender Tatsachen verbietet, soweit nicht zivilrechtlich die Vorschriften der §§ 823, 824, 826, 226, strafrechtlich die Vorschriften über Beleidigung verletzt werden.

2. SächsOLG. **30** 502 (Dresden). Veröffentlichung einer kraft einstweiliger Verfügung ergangenen Strafandrohung wegen unlauteren Wettbewerbes durch eine Partei. Grundsätzlich ist jede Prozeßpartei befugt, eine in dem Prozeß ergangene gerichtliche Entscheidung Dritten mitzuteilen. Eine derartige Veröffentlichung kann untersagt werden, wenn sie durch die Form eine Schädigung der anderen Prozeßpartei befürchten lassen.

II. Gesetz vom 7. Juni 1909.

Vorbemerkung: Das längst erwünschte neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist am 1. Oktober 1909 in Kraft getreten. Über seine Wirkungen läßt sich noch nicht viel sagen. Jedoch haben sich bereits eine ganze Reihe von Streitfragen ergeben, die nicht ohne wissenschaftliches Interesse und ohne praktische Bedeutung sind. — Eine der bedeutendsten Meinungsverschiedenheiten hat sich über die Frage herausgestellt, ob der § 1 des neuen Gesetzes für die Schadensersatzklage ein Verschulden erfordert oder nicht. Auf der einen Seite steht Lobe, auf der anderen stehen Rosenthal und Wehner, sowie die meisten Kommentare. Die Schuld an der Unklarheit des Gesetzes trägt zweifellos die Kommission des Reichstags, die sich über den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten und über den Begriff der guten Sitten selbst nicht klar geworden ist. Die Ansicht von Osterrieth, daß auch eine Unterlassungsklage bei nur objektivem Verstoße gegen § 1 nicht angestrengt werden könne, ist zweifellos unrichtig. Diese Ansicht ist auch nur allein von Osterrieth bisher aufgestellt worden. — Zum § 12 und § 18 des neuen Gesetzes wird auf die Aufsätze von Potthof, Schmid, Wertheimer verwiesen. — Darüber, daß eine Rückwirkung des neuen Gesetzes nicht stattfindet, ist das Urteil des RG. (§ 1 Ziff. 1) zu vergleichen. — Über einzelne Entscheidungen unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ist in der Tagespresse, sowie in der kaufmännischen Fachpresse berichtet worden. Die Entscheidungen behandeln so klare Fälle, daß eine Wiedergabe nicht erforderlich erscheint. — Zahlreiche Kommentare erörtern das Gesetz (s. Literatur Nr. 3).

Literatur: 1. Zum Gesetzentwurf: GewRschutz **09** 39—52, Entwurf des Gesetzes nebst Begründung. Erste Beratung im Reichstage am 25. Januar 1909, ebd. 106 bis 136. — Birkenbihl, DJZ. **09** 239, Über den Entwurf des UnlWG. — Grunow, UnlW. 8 127, Zur Wettbewerbs-Novelle. — Lobe, UnlW. 8 118, Kritische Besprechung der Novelle. — Müller-Meiningen, SeuffBl. **09** 490, Die Novelle des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. — Schneider, UnlW. 8 145. — Wassermann, Unl. W. 8 89, bespricht die wichtigsten Bestimmungen des Entwurfes. — Wertheimer, Leipz. Z. **09** 293, Über die Novelle zum UnlWG. — 2. Allgemeine Besprechungen des Gesetzes: Lehmann, PrVerwBl. **31** 115, Allgemeine Erörterung zum Gesetze. — Loeb, Plutus **09** 425, Übersicht über die Bestimmungen des Gesetzes. —

Weiß, Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BayRpflZ. **02** 341, 386. — Wertheimer, UnlW. 8 241, Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. — SächsRpflA. **09** 606, Vortrag von Jülich über das UnlWG. (Bericht von Mothes). Vgl. insbes. über das Schuldmoment im § 1. — 3. Kommentare: Baer, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Berlin 1910. — Engel, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Berlin 1910. — Finger, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 3. Aufl. (des früheren Kommentars). Berlin 1910. — Fuld, Kommentar 1909. — Pinner-Eyck, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes Berlin 1910. — Rosenthal-Wehner, Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Mannheim 1909. — Seyfferth, Kommentar, Leipzig 1909. — 4. Einzelne Aufsätze: Fuld, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Novelle zu dem Wettbewerbsgesetze, UnlW. 8 289. — Kohler, Gute Sitten und unlauterer Wettbewerb, UnlW. **9** 73. — Lobe, Zur Auslegung der Generalklausel des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UnlW. 8 270. — Mayer, Zu Zwecken des Wettbewerbes, LeipzZ. **09** 642. — Osterrieth, Zwangslose Betrachtungen über § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, GewRSchutz **02** 399. — Potthof, UnlW. 8 262, Zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes und des Schmiergelderunwesens. — Rauter, UnlW. **9** 21. — Rosenthal, Zur Auslegung der Generalklausel des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, UnlW. 8 290. — Schmidt, Der gesetzliche Schutz gegen Angestelltenbestechung, UnlW. **9** 1, 37. — Über den Vorschlag eines Einigungsamts in Sachen des unlauteren Wettbewerbes, Korresp. d. Ält. **09** 225 ff. — Wertheimer, Die unbefugte Verwendung fremder Vorlagen und technischer Vorschriften, UnlW. **9** 79.

§ 1. 1. Keine Rückwirkung des neuen Gesetzes.

RG. R. **09** Ziff. 3659. Die Bestimmungen des am 1. Oktober 1909 in Kraft getretenen UnlWG. v. 7. Juni 1909, insbesondere die §§ 1, 16, haben keine rückwirkende Kraft und sind daher nicht anwendbar auf vor diesem Termine liegende Vorgänge und Handlungen. Die Frage der Rückwirkung hat die Rechtsprechung bereits beschäftigt, als das UnlWG. v. 27. Mai 1896 nach dessen § 17 am 1. Juli 1896 in Kraft getreten war. Man hat damals keine Rückwirkung angenommen, es wäre denn, daß eine fortgesetzte, über das Inkrafttreten des Gesetzes hinaus sich erstreckende, gegen das Gesetz verstoßende Handlung vorliege (vgl. **RG. 40**, auch **46**, JW. **98**). Ebenso beantwortet sich die Frage nach dem § 30 des neuen Gesetzes. Eine fortgesetzte Handlung liegt hier nicht vor. Der ganze Tatbestand liegt vor dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des neuen Gesetzes.

2. a) Mayer, LeipzZ. **09** 642. § 1 hat keinen polizeilichen Charakter, sondern ist ein Fall der concurrence déloyale. Es muß sich immer um illoyales Verhalten handeln, gleich, ob dies vorsätzlich ist oder nicht. Die einzelnen Fälle störenden Wettbewerbes müssen darauf geprüft werden, inwiefern sie zugleich ein illoyales Verhalten gegen den Konkurrenten, einen sittenwidrigen Angriff auf seine Geschäfts- und Erwerbsverhältnisse vorstellen nach der Art, wie sie ihm gegenübertreten.

b) Osterrieth. § 1 ist seinem Inhalte nach gewerbepolizeilicher Natur.

3. Fuld, UnlW. 8 289. Durch das neue UnlWG. tritt im Verhältnisse zum BGB. eine wesentliche Verschiebung ein. Durch die Generalklausel wird die Möglichkeit, von dem BGB. Gebrauch zu machen, wesentlich verringert, da § 1 des neuen UnlWG. weiter geht als das BGB. Während § 826 die subjektive Verschuldung voraussetzt, kommt das Verschuldungsmoment bei dem Unterlassungsanspruche des § 1 überhaupt nicht in Betracht. Es genügt die objektive Rechtswidrigkeit. Auch bezüglich des Schadensersatzanspruchs aus § 1 besteht in Ansehung der subjektiven Voraussetzungen eine wesentliche Erleichterung gegenüber § 826. Es mag bemerkt werden, daß § 13 Novelle sich auf die Normierung des Schadensersatzanspruchs nach § 1 überhaupt nicht bezieht. Nun ist allerdings der Schadensersatzanspruch des § 1 auch von einer Verschuldung des Schadenstifters abhängig, allein diese Verschuldung wird schon dadurch ausgelöst, daß der Schadenstifter sich des sittenwidrigen Charakters seiner Handlung bewußt war. Weiteres

ist nicht erforderlich, insbesondere wird also nicht die Voraussehbarkeit des Schadens bei dem Schadenstifter verlangt und ist ebensowenig das Bewußtsein des Täters erforderlich, daß seine sittenwidrige Handlung einem anderen Schaden verursachen werde oder doch könne. Wer bewußt sittenwidrig handelt, handelt schuldhaft im Sinne des § 1. — Auch § 823 BGB. wird künftig seltener herangezogen werden.

4. Potthoff. Im § 1 ist das Verschuldungsprinzip durch das Gefährdungsprinzip ersetzt.

5. a) Lobe. Für den Unterlassungsanspruch genügt nach § 1 ebenso wie bei § 826 die objektive Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung; das Bewußtsein von der Sittenwidrigkeit wird nicht gefordert. — Verf. wendet sich ➠ mit Recht. Red. ⟵ gegen die Ansicht der RTKomm., daß ein Verstoß gegen die guten Sitten ein subjektives Verschulden in sich enthalte. — Es wird weiter ausgeführt, daß für den Schadensersatzanspruch aus § 1 ein Verschulden hinzutreten muß. Dafür, ob eine Handlung vorsätzlich oder fahrlässig erfolge, ist maßgebend die Natur des Rechtsguts, das die Handlung verletzt oder gefährdet. Das Rechtsgut nun, dessen Schutz das Gesetz gegen den unl. W. dienen will, ist nicht schlechthin das Vermögen im allgemeinen, sondern die freie und ungehinderte Erwerbstätigkeit des Mitbewerbers. Wer diese Erwerbstätigkeit durch eine Handlung fahrlässig oder vorsätzlich beeinträchtigt, die sich objektiv als eine gegen die guten Sitten des Wettbewerbes verstoßende darstellt, wird für den daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig, gleichgültig, ob er die Folge seiner rechtswidrigen Handlung auf das Vermögen voraussehen konnte oder nicht, ebenso wie bei § 823 Abs. 1. Diese Auslegung befindet sich im vollen Einklange mit den übrigen Bestimmungen des Gesetzes.

b) Rosenthal, UnlW. 8 290, wendet sich gegen Lobe, UnlW. 8 270. Der § 1 regelt die Art des von ihm vorausgesetzten Verschuldens selbständig und es ist verfehlt, daß Lobe dieses Verschulden erst noch anderweitig sucht. Bei § 1 ist das Verschulden zu finden in dem Umstande, daß jemand, um eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern, sich objektiv in Widerspruch setzt mit den guten Sitten. Dies wird als ausreichendes Schuldmoment angesehen. Es sollte also im § 1 nicht etwa eine reine Gefährdehaftung statuiert werden. — Wenn jemand bei seinem objektiv sittenwidrigen Tun nicht wissen konnte, daß er den fremden Gewerbebetrieb beeinträchtigt, so fehlt es an dem im § 1 geforderten Tatbestandsmerkmale, daß er „zu Zwecken des Wettbewerbes" handelt. Denn der Wettbewerb richtet sich ja gerade, wie auf Förderung des eigenen, so auf Zurückdrängung des fremden Betriebs (**RG. 60** 189). Ist der Handelnde für sein Tun nicht verantwortlich, so braucht man die Lobesche Konstruktion nicht, vielmehr kommen die §§ 827, 828 BGB. zur Anwendung. Danach ist der Hinweis Lobes auf die weitere Voraussetzung schuldhafter Verletzung des fremden Gewerbebetriebs ungerechtfertigt (vgl. Rosenthal und Wehner, Komm. 50).

6. Kohler. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist in doppelter Weise möglich: entweder durch Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder durch sonstiges unsittliches Handeln. Unlauterer Wettbewerb ist nichts anderes, als ein Angriff auf die Persönlichkeit eines anderen. Ein Angriff auf die Persönlichteit kann nach drei Richtungen hin geschehen, entweder in der Art, daß man einen anderen herabsetzt und sein Wirken verkleinert (§§ 14 und 15 G.), oder in der Art, daß man sich unberechtigtermaßen in die Persönlichkeit des anderen hineinversetzt und Dinge tut, welche im Verkehr als von dieser Persönlichkeit stammend gelten: Nachahmung von Marken und anderen Persönlichkeitszeichen, ebenso von Herkunftsbezeichnungen. Drittens, daß man im Verkehre solche Mittel anwendet, welche dadurch, daß sie gegen die Regeln des guten Anstandes und der Lauterkeit verstoßen, dem Verkehrtreibenden

einen Vorsprung im Wettbewerbe gewähren, denn hierdurch bringt man den anderen in die Lage, daß er entweder im Wettbewerbe zurückbleibt oder sich ebenfalls solcher anstandswidriger und unlauterer Dinge bedient. Solche Unlauterkeiten könnten darin bestehen, daß man sich die Waren durch Schmuggelei, durch Ausbeutung der Notlage, durch Bedrückung der Arbeiterklasse, durch Förderung der Unzucht, durch Gewalt und Betrug verschafft und die auf solche Weise erworbenen oder hergestellten Waren in den Handel bringt (vgl. §§ 12 und 13 G.).

7. Osterrieth. Alle Gebote und Grundsätze, die Gesetz und Rechtsprechung zur Regelung der gegenseitigen Verhältnisse im gewerblichen Wettbewerb aufstellen, können an sich keinen bindenden Maßstab für den Verstoß gegen die guten Sitten abgeben, es sei denn, daß man dem Begriff einen Sinn gibt, der vom Sprachgebrauch und den Anschauungen des täglichen Lebens abführt. Es muß daran festgehalten werden, daß dem Begriffe nach Sprachgebrauch und Volksempfinden ein Schuldmoment anhaftet, das sich allerdings nicht schematisieren läßt, das aber in jedem einzelnen Falle aus den besonderen Umständen zu ermitteln ist. Nimmt man an, daß dem Begriffe des Verstoßes gegen die guten Sitten schon ein Schuldmoment innewohnt, dann wird man auch für die Schadensersatzklage kein besonderes Verschulden fordern müssen. § 1 gewährt keinen Unterlassungsanspruch gegen eine die gewerbliche Tätigkeit einer bestimmten Person beeinträchtigende Handlung, wenn diese Handlung nicht das zum Begriffe des Verstoßes gegen die guten Sitten gehörige Verschulden aufweist. Mit anderen Worten: gegen eine rein objektive Beeinträchtigung, die kein Verschulden in sich schließt, gewährt § 1 keine Unterlassungsklage. ➸ Diese Ansicht ist zweifellos verfehlt. Red. ⟵

§ 9. Grunow, UnlW. **9** 23, über die Regelung der Saison- und Inventurausverkäufe.

§ 12. 1. Paul Schmid, Der gesetzliche Schutz gegen Angestelltenbestechung, UnlW. **9** 1—8 und 37—45, teilt I. die Bestimmung des § 12 nebst den zugehörenden anderweiten Vorschriften des UnlWG. mit, gibt II. eine eingehende Übersicht über die Entwickelung der Bewegung wegen Schaffung des gesetzlichen Schutzes gegen Angestelltenbestechung, III. eine Übersicht über die ausländische Gesetzgebung, IV. Entstehung der neuen Bestimmungen, V. Kritik der Gründe für und wider eine Strafbestimmung, VI. Kritik der Bestimmungen des neuen UnlWG. Verf. hält die Bestimmung, wie sie getroffen ist, für verfehlt (vgl. näheres 42—45).

2. a) Potthoff meint, daß der Paragraph wenig angewandt werden und daß er zur Hinderung des Bestechungswesens wenig beitragen werde. Der Chef eines ungetreuen Angestellten wird nicht klagen, sondern den Schuldigen hinauswerfen. Das schon deshalb, weil für ihn die Novelle noch eine direkte zivilrechtliche Schädigung bringt. Nach § 61 HGB. und § 817 BGB. kann der Chef den Angestellten zur Herausgabe der empfangenen Vermögensvorteile zwingen. Klagt er aber aus § 12 UnlWG., so wird das Empfangene als dem Staate verfallen erklärt. Verf. fragt, was geschehen wird, wenn beide Bestimmungen kollidieren, d. h. wenn der Chef auf Bereicherung klagt und hinterher jemand anderes auf Bestechungsstrafe.

b) Rauter, UnlW. **9** 21 (gegen Potthoff, UnlW. **8** 261). Das Schmieren ist ein Vergehen, das nicht dem Betruge, sondern der Bestechung gleichgeordnet ist. Unrichtig ist, wenn Potthoff annimmt, daß der Arbeitgeber nach § 61 HGB. und § 817 BGB. zur Herausgabe der Schmiergelder zwingen könne.

3. Hirschberg, Plutus **09** 502, über Schmiergelder. Handelt es sich um gelegentliche kleine Aufmerksamkeiten, so liegt der Tatbestand des § 12 nicht vor. Wenn ein Agent den Angestellten einer Firma, mit der er arbeitet, ins Theater führt, so liegt die Voraussetzung des § 12 nicht vor.

§ 18. 1. Königsberger, GewRSchutz **09** 236, über die Wettbewerbsnovelle und Urheberrecht.

2. Wertheimer, UnlW. **9** 79 (80 ff.). Gegen Rosenthal-Wehner, Komm. § 18 Anm. 3 und 7, die annehmen, daß der Täter mit dem Anvertrauenden in einem Vertragsverhältnisse stehen müsse und daß die unlautere Verwendung der anvertrauten Rechtsgüter nur so lange dauere, als das Vertragsverhältnis zwischen dem Anvertrauenden bestehe, wird ausgeführt, daß ein Vertragsverhältnis nicht vorzuliegen brauche. Eine zeitliche Grenze des im § 18 ausgesprochenen Verbots ist zu suchen. Die aus § 18 sich ergebenden zivilrechtlichen Ansprüche werden dann nicht mehr geltend gemacht werden können und ebenso kann eine Bestrafung dann nicht mehr erfolgen, wenn der in dem „Anvertrauen" sich aussprechende Geheimhaltungszweck wegfällt und ein Gebrauch zu Wettbewerbszwecken gegenüber dem Anvertrauenden nicht mehr in Frage kommt. — § 18 schafft ein neues, eigenartiges Schutzrecht, das den urheberrechtlichen Gesetzen ergänzend zur Seite tritt. Den Schutz des § 18 kann jeder für sich in Anspruch nehmen, der Vorlagen, Modelle usw. einem anderen im geschäftlichen Verkehr anvertraut, ganz unabhängig davon, ob er Urheber derselben oder Lizenzträger ist, ganz unabhängig auch davon, ob die Vorlagen neu und eigentümlich sind. § 18 und das Erfinderrecht; § 18 und das UrheberrechtsG. (Schutz der Vorveröffentlichung). — Der Schutz des § 18 ist gegeben, nicht nur, wenn die Vorlage als solche, d. h. im ganzen unbefugt verwertet wird, sondern auch dann, wenn dies nur teilweise geschieht.

§ 19. Wertheimer, UnlW. **9** 79. Neben den im § 19 im Gesetze geregelten Rechtsfolgen ist auch der Anspruch auf Unterlassung gegeben. Vgl. Finger, Komm. § 19 Anm. 11 ff. (375 f.).

§ 28. Fuld, UnlW. 8 102. Über die Abänderung des bisherigen § 16 UnlWG.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vorbemerkung: Die starken Bestrebungen zur Reform dieses jüngsten Zweiges unseres Gesellschaftsrechts haben eine bedeutsame Literatur gezeitigt, aus der in erster Linie trotz der nicht ausgebliebenen Kritik Hachenburgs Aufsatz (Allgemeine Bemerkungen) zu nennen ist: er fordert Annäherung an die oHG. Überaus charakteristisch für die Art und Weise, in der die GmbHForm unlauteren Elementen, denen die Form der AG. nicht angenehm ist, als Zuflucht und als Deckmantel dient, ist der bei § 80 mitgeteilte Tatbestand; freilich hat das KG. hier die „Gründer" im Stiche gelassen und ihrer „Bewertungsfreiheit" einen Riegel vorgeschoben. Auch in RJA. **10** 125 (§ 5) ist ein Beispiel für eigenartige GmbHGründungen enthalten. Von anderen Rechtsfragen ist diesmal auf die Rechtsprechung des RG. zu § 11 und zu § 37 I hinzuweisen; bei § 37 insbesondere zeigt sich, in wie mannigfachen Variationen ungetreue Geschäftsführer das Kontrahieren mit sich selbst zum Schaden der Gesellschaft auszunützen versuchen, übrigens gleichfalls ein Beweis, wieviel unlautere Elemente hier tätig sind; die Entscheidungen zu § 11 haben allgemeine handelsrechtliche Bedeutung. Eine interessante Frage betrifft auch RJA. **10** 45 (KG.) zu § 70 über die Übertragbarkeit der Liquidationsführung im ganzen seitens des Liquidators.

Literatur: Bossen, Die Handelsgesellschaften der wichtigsten Kulturstaaten in rechtsvergleichender Darstellung. 4. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ztschr. dInternAnwaltsVerbandes 7 20. Erörtert werden namentlich auch die Rechtsverhältnisse der englischen Companies limited by shares (AktienG.) und der Companies limited by guarantee, sowie die Abart der ersteren, die Private Companies (ohne Beteiligung des Publikums an der Gründung), sowie das österreichische GmbHG. vom 6. März 1906. — Staub-Hachenburg, Kommentar (3)

Allgemeine Bemerkungen.

I. Wirtschaftliche Bedeutung und systematische Stellung. 1. BauersZ. **17** 61, Die mit der GmbH. verbundenen Vorzüge und Nachteile. Hingewiesen wird namentlich als auf Vorzüge auf die beschränkte Haftbarkeit, die erleichterten Gründungsbedingungen, das starke Interesse der Gesellschafter infolge der Übertragungsbeschränkungen für die Anteile, die Kontrolle der Gesellschafter durch die Liste (§ 8 Ziff. 2). Nachteile: die beschränkte Einzahlungspflicht (§ 7 Abs. 2), die freie Wertung der Sacheinlagen, die Haftbarkeit nach § 24, die Nachschußpflicht. Doch werden Mittel zur Einschränkung dieser Nachteile angegeben.

2. Systematische Stellung der GmbH. im Gesellschaftsrecht: Hachenburg, LeipzZ. **09** 20, Bedarf die GmbH. einer Reform? Die GmbH. ist eine Mittelform zwischen oHG. und AG.: von jener hat sie die Beschränkung der Haftung auf die Einlage und die Beteiligung durch den Besitz des Anteils, von dieser die größere Freiheit der Gründung und der inneren Ausgestaltung, Geheimhaltung des Geschäftsbetriebs und die leichtere Anpassung: sie steht der AG. näher; wird im einzelnen ausgeführt.

II. Reform. 1. Hachenburg, Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. V. Bedarf die Ges. mbH. einer Reform? LeipzZ. **09** 15 ff. Bei Erörterung der Mißstände werden die juristisch-formalen und die wirtschaftlich-materiellen Mängel unterschieden. I. Juristisch-formale Mängel des Gesetzes werden an der Hand folgender Streitfragen erörtert: 1. Welche Rechtsmittel hat die Gesellschaft, wenn der Gesellschafter durch Betrug seinen Beitritt erlangt hat? — Wirkt der Betrug auf die Gesellschaft und ihre Existenz nach, so kann er ein Auflösungsgrund (§ 61 Abs. 1) sein. 2. Welche Rechtsmittel hat sie bei Mängeln und Entwehrung der Sacheinlage? (Kaduzierung, Entschädigung, Wandelung, Rücktritt?) Der Grundsatz der Erstattung des Kapitals steht entgegen. 3. Bei vertragswidrigem Handeln gegen Verpflichtungen neben der Einlage? (Amortisation [§ 34] bei Vorhandensein von Reserven oder Stammkapitalsherabsetzung?) Es besteht eine Lücke. 4. Gilt § 24 auch, wenn eine Beitrittserklärung ungültig ist? Verneint von Staub-Hachenburg gegen Marcus. 5. Warum ist im § 75 nicht die Heilung aller Mängel zugelassen (vgl. § 43 ÖsterrG.)? 6. Warum wird die Nichtigkeit wegen Verletzung des § 2 GmbHG. nicht durch Eintragung geheilt? 7. Haften auf Grund des § 24 die ursprünglichen Gesellschafter auch bei Kapitalserhöhungen? (OLG. **14** 365 bejaht.) Dies muß verneint werden. 8. Sind alle Bestimmungen über die innere Organisation (§ 45) dispositiv? Insbesondere auch die über Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 3? (Staub-Hachenburg bejahend, Neukamp aA.). II. Liegt Anlaß vor, den wirtschaftlichen Bau der GmbH. zu ändern? A. Zunächst wird die Stellung der GmbH. zwischen oHG. und AG. besprochen, insbesondere § 5 Abs. 4 GmbHG. mit § 279 HGB. verglichen und ferner auf die §§ 52, 45, 50 Abs. 1 einerseits, die §§ 61, 15 Abs. 4, 24 andererseits hingewiesen. B. Es wird sodann Stellung genommen gegen einige Änderungsvorschläge: Beseitigung solcher Gesellschaften, deren Anteile sich in einer Hand befinden; Einschränkung ihrer Anwendung im Immobiliarverkehr. Schutzvorschriften für die Gesellschafter sind nicht nötig wegen des Mangels der Umlaufsfähigkeit der Anteile, wohl aber Stärkung ihrer Stellung (Sonderrechte, Kartelle . . . . .). Der Schwerpunkt der Reform liegt im Schutze der Gläubiger, besonders gegen die freie Bewertung der Einlagen. III. Positive Reformvorschläge: Nicht Annäherung an die AG. (z. B. durch Einführung der Revision der Sachgründungen), sondern an die oHG.; alle

Gesellschafter müssen für die Existenz der Einlagen aufkommen und die Gründer auch für deren Wert. A. Ausdehnung der §§ 22 ff., 24: 1. auf Sacheinlagen: sobald durch Nichtleistung oder Entwehrung der Anspruch auf die Sacheinlage sich in eine Geldschuld umwandelt, muß er gleich dieser behandelt werden. Es muß die Kaduzierung des Gesellschafters und die Mithaftung der anderen eingeführt werden; 2. auf die Rechtsvorgänger der bei der Einforderung vorhandenen Gesellschafter, die für die insolventen Gesellschafter eintreten sollen (§ 24), unter Einführung des Kaduzierungsverfahrens auch für diese Schuld. B. Beschränkung des § 24: auf Deckung des Ausfalls bei einer Bareinlage auf das zur Befriedigung der Gläubiger erforderliche Maß (vgl. § 31 Abs. 1). C. Haftung der Gesellschafter ohne jede Kontrolle für das Vorhandensein des angegebenen Kapitals: 1. bei Sacheinlagen (aber §§ 16, 24 bleiben unanwendbar): Haftung der Gründer, aber nur soweit zur Deckung der Gläubiger erforderlich; 2. bei Bareinlagen: Haftung der mitgründenden Gesellschafter neben Geschäftsführer und zahlungspflichtigem Gesellschafter für ordnungsmäßige Einzahlung (§§ 7—9); Erhöhung des Mindestbetrags der Einzahlung. D. Gegen die Einführung der Bilanzpublikation (vgl. § 41 Abs. 4). E. Stärkung der Stellung der Gesellschafter: Recht, die Revision zu fordern; Regreß gegen den Vorstand und Aufsichtsrat gegen den Mehrheitswillen (§ 45 ÖsterrG.); Kontrollrecht des Gesellschafters.

2. Neukamp, Bedarf die Ges. m b H. einer Reform? LeipzZ. **09** 417 ff. Zu Hachenburg, LeipzZ. **09** 15 ff. 1. bekämpft die Theorie, daß die Vereinigung aller Anteile in einer Hand eine Auflösung nicht zur Folge hat. 2. bekämpft die Vorschläge Hachenburgs zum Schutze der Gläubiger, insbesondere die Haftung der Gesellschafter für die gesamten Einlagen und der Gründer für deren Wert (für die gesamte Summe des Stammkapitals) als zuweitgehend und prozeßerzeugend. Gegenvorschlag: nach dem Vorbilde des englischen Aktienrechts und § 135 GenG. eine subsidiäre persönliche Haftung eines jeden Gesellschafters bis zur Höhe der von ihm übernommenen Stammeinlage. 3. bekämpt die Vorschläge Hachenburgs zum Schutze der Gesellschafter, das gesetzliche Kontrollrecht. 4. erkennt die Einschränkung des § 24 (Ausfallshaftung nur zwecks Gläubigerbefriedigung) als Verbesserung an, glaubt aber ein dringendes Bedürfnis für diese Änderung verneinen zu müssen.

3. Die Reform der GmbH., ZAktWes. **09** 111, 144, 182. Auszug aus der Denkschrift des Verbandes der GmbH. an die Ältesten der Berliner Kaufmannschaft. I. Die Bilanzpublikation. Der Verband spricht sich gegen eine Revision des Gründungsherganges und eine Bilanzpublikation aus; gegen letztere wird die Überschätzung der Beachtung hervorgehoben. II. Kritik der Hachenburgschen Vorschläge. III. Vorschläge des Verbandes: Beseitigung der Formvorschrift des § 15 und Schaffung einer Kompetenz des Gerichts zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den beiden alleinigen Gesellschaftern-Geschäftsführern.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 1. Gesetzlich zulässiger Zweck. Religionsgesellschaft in GmbH-Form. SeuffA. **64** 113, BayersZ. **16** 161 = JDR. **7** unter d.

§ 2. I. Gründungsvorvertrag. **RG.** R. **09** Ziff. 581. Ein Vorvertrag über die Gründung einer GmbH. bedarf zur Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft der gerichtlichen (notariellen) Beurkundung.

2. Über Ungültigkeit mündlicher Vereinbarungen vor Abschluß des Gesellschaftsvertrags, die mit dem endgültigen Vertrag in Widerspruch stehen s. **RG. 70** 329 bei § 26. Unterschied der Beachtung solcher Abreden von der Auslegung des Gesellschaftsvertrags.

II. Bevollmächtigte beim Gründungsvertrage. OLG. **19** 297 (KG.). Wirkt beim Abschluß eines GmbH.-Gesellschaftsvertrags ein Bankdirektor als Vertreter zweier verschiedener Banken mit, von denen die eine ihm in beglaubigter Form gestattet hatte, für sie mit sich selbst als Vertreter eines anderen den Gesellschaftsvertrag abzuschließen, während die andere ihm die Befugnis nicht erteilt hatte, so liegt ein Verstoß gegen § 181 BGB. vor.

§ 3. Abs. 2. Andere gesellschaftliche Verpflichtungen als Kapitaleinlagen. Steuerrechtliche Bedeutung. BauersZ. **16** 206 (OVG.). Die Gehälter und Provisionen der Gesellschafter, die zugleich Geschäftsführer sind, sind bei Berechnung der Gewerbesteuer einer GmbH. abzugsfähig (§ 22 GewStG.), wenn diese Gesellschafter ihre Tätigkeit auf Grund eines mit der Gesellschaft abgeschlossenen Dienstvertrags ausüben (Betriebsausgaben); anders wenn dies auf Grund besonderer gemäß § 3 Abs. 2 in dem Gesellschaftsvertrag übernommener gesellschaftlicher Verpflichtung geschieht (Teil des von der Gesellschaft erzielten Reinertrags). Vgl. OVG. **40** 50, **46** 16, OVG. (in Steuers.) **6** 435, **8** 388.

§ 4. Firma. I. Abs. 1 Satz 3. Beibehaltung von Firmen bei Geschäftsübergang auf die GmbH. 1. **RG.** BayRpflZ. 5 (09) 414, R. **09** Ziff. 2517. Fortführung der Firma trotz des Zusatzes GmbH.

2. OLG. **19** 297 (KG.). Weiterführung der Firma bei Geschäftserwerb: Die Firma kann nur so, wie sie bisher geführt wurde, weitergeführt und ihr lediglich ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz oder gemäß § 4 GmbHG. der Zusatz „mbH." beigefügt werden (KGJ. **34** 128, **RG. 50** 120; anders Staub-Könige). Unzulässigkeit der Firma: „Erste Christbaumschmuck- und Wattenfabrik Gebr. W. mbH." bei Verschmelzung der Firmen: „Erste Christbaumschmuckfabrik, Inhaber A. und B. W." und „Thüringer Wattenfabrik Gebr. W."

II. Abs. 2. Der Zusatz. Abkürzung. **a)** BauersZ. **17** 36 (KG.). Die Abkürzung „mbH." macht einen Wechsel (Adresse, Ausstellerunterschrift, Akzept) mit Rücksicht auf die Übung des Geschäftsverkehrs nicht ungültig, wenn eine gesetzlich zulässige Firma gemeint ist und die Identität des Verpflichteten und des in Anspruch Genommenen feststeht. **b)** NaumburgAK. **09** 89 (Hamburg). Bei Gesellschaften mbH. genügt in der Firma die abgekürzte Bezeichnung „m b H." Die Unterscheidung, die das KG. (KGJ. **36 A** 127) zwischen sog. Formalakten und anderweitigem, im gewöhnlichen Geschäftsverkehre vorkommenden Gebrauch der Firma macht, ist unbegründet. Entscheidend und bejahend zu beantworten ist die Frage: wird durch die Fassung „GmbH." jedem, der mit der Gesellschaft in Verbindung tritt, die beschränkte Haftung erkennbar. **c)** DJZ. **09** 1212 ebenso. **d)** OLG. **19** 366, BauersZ. **16** 134, R. **09** Ziff. 136 = JDR. **7** unter 3a.

III. Geschäftsveräußerung und Firmenfortführung. 1. BauersZ **16** 182, Die Verpachtung des Unternehmens einer GmbH. mit dem Rechte der Firmenfortführung. Die Befugnis zur unveränderten Fortführung der GmbHFirma durch den Pächter wird verneint. ➾ Vgl. aber Staub und **RG. 15** 102 ff. Red. ⇽

2. BauersZ. **16** 209, Verfügung einer in Liquidation getretenen GmbH. über ihre Firma. An einem Beispiele wird gezeigt, daß die Liquidationsgesellschaft zwecks Veräußerung von Firma und Geschäft selbst eine neue Firma annehmen müsse.

IV. BauersZ. **16** 107, Die Firma der GmbH. im französischer Übersetzung. Société limitée oder Société à responsabilité limitée.

§ 5. Abs. 4. Sacheinlagen. I. Einlagegegenstand. 1. Geschäft. a) **RG.** BayRpflZ. **09** 414, BankA. **8** 384, BauersZ. **17** 37, R. **09** Ziff. 2528. Einlage eines Geschäfts: ist die Übernahme der Passiven im notariellen Gesellschaftsvertrage nicht erwähnt, so gehen sie auf die Gesellschaft selbst dann nicht über, wenn die Übernahme unter den Gründern vereinbart war. Handelt es sich aber nicht allein um die Wirkung der Übernahme eines Handelsgeschäfts durch die GmbH., sondern um die Fortführung des erworbenen Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma, so gilt § 25 HGB. b) BayObLG. **9** 392 (BayObLG.). Bildet bei einem Vertrag über die Errichtung einer GmbH. ein Handelsgeschäft den Gegenstand einer Sacheinlage und übernimmt in der Urkunde die neue Gesellschaft die Schulden des Handelsgeschäfts, so liegt ein weiteres selbständiges Rechtsgeschäft (Schuldübernahmevertrag) vor, der mit einer besonderen Gebühr zu bewerten ist (Art. 145 BayGebG.).

2. Neu geschaffene Forderungen. RJA. **10** 125 (KG.). Als Sacheinlagen sind Forderungen zulässig, die zum Zwecke der Einbringung erst geschaffen werden. Als Einlagen eignen sich zwar nur vorhandene, nicht erst möglicherweise künftig entstehende Gegenstände; darum handelt es sich aber nicht, wenn der Einbringende zur Schaffung des zum Zwecke des Einbringens zu schaffenden Rechtes die rechtliche Befugnis besitzt (Einräumung des Gebrauchsrechts für die Gesellschaft).

3. Bezeichnung. RJA. **10** 125 (KG.). Die Bezeichnung des Einlagegegenstandes mit „Schiffe und Inventar" genügt nicht. Der Gegenstand muß so bestimmt bezeichnet sein, daß über seine Identität kein Zweifel obwalten kann (**RG.** R. **08** 695). Zur Feststellung der Identität einer Mehrzahl von gleichartigen Gegenständen bildet die Angabe einer Zahl ein wesentliches Erfordernis, außer wenn eine Sachgesamtheit Gegenstand der Einlage ist. Hier ist eine Behandlung als Sachgesamtheit nicht möglich, weil die Gegenstände als solche nicht bezeichnet sind. Die nachträgliche Aufstellung einer Liste bedurfte als Ergänzung des Gesellschaftsvertrags der Form des § 2 Abs. 1.

II. Einlagewert. RJA. **10** 125 (KG.). Es kommt nicht auf eine Wertschätzung (Abschätzbarkeit des Gebrauchswerts einer Sache), sondern nur darauf an, für welchen Geldbetrag die Sacheinlage angenommen wird, d. h. welcher Geschäftsanteil durch die Sacheinlage beglichen wird und in welcher Höhe — ob ganz oder nur zum Teil.

§ 6. Geschäftsführer. BauersZ. **16** 226. Es genügt nicht, wenn statt Vor- und Familiennamen der Geschäftsführer nur eingetragen wird, daß Geschäftsführer die Gesellschafter bzw. Geschäftsführer gewisser näher bezeichneter Firmen sind.

§ 7. Die Prüfungspflicht des Registerrichters. KGJ. **36** A 131, BauersZ. **16** 92, 137 = JDR. **7** unter 1 b.

§ 8. I. Ziff. 4. Anlagen der Anmeldung. Genehmigungsurkunde. Badekonzession? RJA. **10** 13, BauersZ. **17** 14, R. **09** Ziff. 2582 (KG.). Ob ein Verstoß gegen § 8 Ziff. 4 GmbHG. unter § 144 FGG. fällt, bleibt dahingestellt. § 8 Ziff. 4 hat nur die konzessionspflichtigen Unternehmungen treffen wollen (Konzession = polizeilicher Verwaltungsakt, durch den jemand die Vornahme eines bestimmten Gewerbebetriebs bei gesetzlicher Beschränkung der allgemeinen Gewerbefreiheit gestattet wird), nicht solche Fälle, in denen Gegenstand des Unternehmens ein Privileg (Erwerb von Nutzungen an öffentlichen Sachen) ist. Gefolgert aus der Entstehungsgeschichte des § 8 im Anschluß an § 195 Ziff. 6 HGB., § 3 AktG. von 1870 und Art. 176 AktG.

von 1884. Die Badekonzession ist ein Privileg. Der Registerrichter hat darüber zu entscheiden, ob Konzession oder Privileg vorliegt. Er ist an die Bezeichnung der Verwaltungsbehörde nicht gebunden.

II. Abs. 2. Die Versicherung. 1. Form. RJA. **10** 125 (KG.). Die Versicherung, es sei die gesetzliche Mindesteinzahlung geleistet, ist wertlos. Es muß vielmehr im einzelnen angegeben werden, welcher Gesellschafter, was er und in welcher Weise er geleistet hat.

2. Freie Verfügungsbefugnis. RJA. **10** 125 (KG.). Freie Verfügungsbefugnis besteht auch bei bloß leihweise gegebenen Sachen, auch unbeschadet des § 603 BGB. (Müssen auch Sacheinlagen zur freien Verfügung des Geschäftsführers stehen?) — Das Erfordernis der Verschaffung der freien Verfügung über das eingebrachte Recht kann nur die Bedeutung haben, daß nach Inhalt des Gesellschaftsvertrags und bei dessen dauernder Erfüllung die Gesellschaft die Befugnis hat, frei über das ihr eingeräumte Recht zu verfügen. Daß diese Befugnis durch ein vertragswidriges Verhalten des Gesellschafters der Gesellschaft (Übertragung des Eigentums der zur Leihe eingebrachten Sache an einen Dritten) entzogen werden kann, ist unerheblich.

3. Beziehung auf Sacheinlagen. SeuffA. **64** 109 = JDR. **7** unter c.

III. Abs. 3. Aufbewahrung der Unterschrift. RJA. **10** 125. Der Umstand, daß die (volle) Unterschrift des Geschäftsführers nicht unter den Worten „Ich zeichne die Gesellschaft wie folgt", sondern unter den Worten „Ich melde die Gesellschaft an" steht, ist unerheblich. Auch die unter der Anmeldungserklärung befindliche Unterschrift dient der Prüfung der Echtheit der Unterschrift. Dahingestellt bleibt, ob Unterschrift i. S. Abs. 3 § 8 die Beifügung des Vornamens erfordert.

§ 11. Die GmbH. vor der Eintragung. I. Verträge mit ihr. FrankfRundsch. **43** 42, R. **09** Ziff. 147 (Frankfurt). Ein Vertrag (Miete), der mit einer noch nicht existierenden GmbH. in befugter Weise abgeschlossen wird, wird ohne weiteres gültig, sobald die G. existent wird. Die GmbH. wird dann sofort aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet. Vgl. **RG. 47** 3, **39** 29 und **58** 55. (Zum Teil gegen Staub-Hachenburg.)

II. Abs. 2. Persönliche Haftung, ihre Voraussetzungen und Folgen bei Genehmigung des Geschäfts durch die GmbH. a) **RG. 70** 296, BauersZ. **16** 210, JW. **09** 231 Ziff. 30. Für die Anwendbarkeit des § 11 Abs. 2 genügt es, daß ein formell gültiger Gründungsvertrag einer GmbH. vorliegt, der von allen Beteiligten für verbindlich zustande gekommen und für materiell bindend erachtet wird. Es kann dem Gegenkontrahenten, mit dem in derartigen Fällen gehandelt wird, nicht zugemutet werden, wie ein Registerrichter zu prüfen, ob auf Grund des formell gültigen Vertrags die Registereintragung erfolgen kann, z. B. weil die Einlage eines Gründers noch nicht festgesetzt ist. — Dahingestellt ist gelassen, wie weit die Anwendbarkeit des § 11 Abs. 2 im Gründungsstadium reiche. — **RG. 70** 298 ff., LeipzZ. **09** 393 Ziff. 27 bestätigt Anwendbarkeit der in **RG. 47** 1 und **55** 303 für das Aktienrecht ausgesprochenen Sätze für das GmbHG., daß die Haftbarkeit aus § 11 Abs. 2 davon unabhängig sei, ob dem Dritten die Nichteintragung der Gesellschaft bekannt ist (vgl. auch JDR. **7** § 11 Note 2), und daß auch solche Gesellschafter als Handelnde i. S. § 11 Abs. 2 zu erachten sind, mit deren Wissen und Willen vor der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister im Namen der GmbH., also so, als wenn sie als solche schon entstanden wäre, gehandelt ist. Erfährt jedoch ein Gesellschafter erst nachträglich von solchem Tun und erklärt sich nachträglich, und lediglich dem-

jenigen gegenüber, der gehandelt hat — insbesondere hier eine Ehefrau gegenüber ihrem sie vertretenden Manne, der Nichtgesellschafter ist, — damit einverstanden, so ist § 11 Abs. 2 auf ihn nicht anwendbar, ebensowenig die §§ 177, 182 BGB. b) **RG. 72** 401 wiederholt die Bedeutungslosigkeit der Kenntnis von der Nichteintragung, sowie die Anwendbarkeit der §§ 397, 414 BGB. Lediglich daraus, daß die GmbH. nach ihrer Eintragung den Vertrag genehmigt und in ihn eintritt, kann die Schuldentlassung des nach Abs. 2 § 11 Verhafteten nicht entnommen werden. Tritt die eingetragene GmbH. in den Vertrag ein, so entsteht bei Nichtentlassung des Handelnden ein Gesamtschuldverhältnis (§ 421 BGB.): es gelten daher auch die §§ 422—424, 425 BGB. Aus dem Schuldverhältnis ergibt sich nichts anderes als § 425: Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nur von dem gefordert werden, der in Verzug gesetzt ist.

III. (Österr. Recht, § 2 G.). ÖstZBl. **27** 939 f. (ObGH.). Zulässigkeit der vertragsmäßigen Anerkennung der im Namen der GmbH. vor Abschluß des Gesellschaftsvertrags vorgenommenen Rechtshandlungen.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. Die GmbH. als juristische Person im öffentlichen Rechte. 1. BauersZ. **17** 66, Über das Gemeindewahlrecht der GmbH. und ihrer Gesellschafter in Preußen. Die GmbH. kann für das Gebiet der Östl. StädteO. vom 30. Mai 1853 und der WestfStädteO. das Gemeindewahlrecht nicht beanspruchen, ebensowenig zählt sie zu den juristischen Personen gemäß § 35 KreisO. f. d. Provinz Westfalen (OVG. **30** 1, **32** 44 und v. 26. 1. 09). Hinsichtlich der Gesellschafter vgl. § 71 EinkStG.; dagegen für das Wahlrecht (Erlaß d. Minist. d. Innern vom 31. Januar 1907) ist dieser unerhobene Steuerbetrag zuzurechnen.

2. BayVerwGH. **29** 114, SeuffBl. **09** 503. Anrechnungsfähigkeit der Steueranlage der GmbH. für einen selbst mit direkter Steuer nicht veranlagten Gesellschafter hinsichtlich der Frage des Bürgerrechtsverlustes (Artt. 1, 18 Abs. 2 BayGewStG. vom 9. Juni 1899). § 13 GmbHG. ist steuerrechtlich nicht anwendbar.

§§ 14, 15. BayObLG. **10** 140, BayNotZ. **10** 203. Gebühr für Beurkundung der Anteilsübertragung. Berechnung nicht nach dem Nennwerte (§ 14), sondern dem Werte des Anteils (also Berücksichtigung der Gesellschaftsschulden; event. Kaufpreis als Anhaltspunkt) (Artt. 41, 42 GebG.).

§ 15. I. Abs. 3 und 4. Form der Abtretung und Abtretungsverpflichtung. A. Anteilsarten. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 674 Ziff. 12, BauersZ. **17** 12, R. **09** Ziff. 1977. Der Vertrag über einen nichtexistierenden oder dem Veräußerer nicht zustehenden Anteil ist gültig: § 437 Abs. 1 BGB. Verschaffungspflicht nach § 433 BGB.; ferner § 440 Abs. 1 BGB.

2. **RG.** R. **09** Ziff. 148. Die Vorschriften der Abs. 3 und 4 finden auch dann Anwendung, wenn es sich um zukünftige Geschäftsanteile einer erst noch zu gründenden GmbH. handelt, und es macht auch keinen Unterschied, ob ein Geschäftsanteil im ganzen oder zu einem Teile abgetreten wird (werden soll), (vgl. **RG. 43** 136).

B. Formbedürftige Geschäftsgruppen. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1148, LeipzZ. **09** 778 Ziff. 26, JW. **09** 431 Ziff. 39, BauersZ. **16** 279, R. **09** Ziff. 2036. RG. hält an der Judikatur **RG. 57** 60, JW. **03** 11 und **05** 92 fest: auch die bloße Abnahmeverpflichtung, ohne Abgabeverpflichtung bedarf der Form des Abs. 4.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 857 Ziff. 34, JW. **09** 505 Ziff. 36. Durch die formgerechte Beurkundung der den Hauptgegenstand des Vertrags bildenden Ab-

tretung des Geschäftsanteils erlangt auch die Vereinbarung ihrer Rückgängigmachung unter gewissen Umständen Rechtswirksamkeit. Anderer Sachverhalt in **RG. 65** 38 (JW. **07** 153 Ziff. 38).

3. BauersZ. **16** 182. Das Vorkaufsrecht an einem Geschäftsanteile besteht nur, wenn es in gerichtlicher oder notarieller Form vorliegt. Das Versprechen, einen Geschäftsanteil an eine bestimmte Person nicht zu veräußern, kann formlos gegeben werden.

4. SchlHolstAnz. **09** 39 (Kiel). Übertragung des Alleinverkaufs von Anteilscheinen mit einem Damno von 10 pCt.: Die Übertragung der Anteilscheine zum Verkauf oder des Verkaufs der Anteilscheine hat den Sinn, daß der Gesellschafter sich zur Abtretung ihrer Geschäftsanteile, sei es an den Beauftragten, sei es an von diesem zu bezeichnende Erwerber verpflichtet. Auch der Abtretungsvorvertrag bedarf aber der Form (§ 15), auch bei Abtretung eines Teiles des Geschäftsanteils und auch dann, wenn die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister noch nicht erfolgt ist (§ 11).

5. BauersZ. **16** 92. Ein formloser Auftrag, inhalts dessen jemand einen anderen bevollmächtigt, für ihn bei Gründung oder Kapitalserhöhung einer GmbH. einen Geschäftsanteil zu zeichnen, ist rechtswirksam. Die Verpflichtung des Beauftragten zur Abtretung des Anteils besteht auch ohne die Form des § 15 Abs. 4 (**RG. 50** 42), § 667 BGB. Die Abtretung selbst muß nach Abs. 3 § 15 erfolgen. Die Übernahmevollmacht muß bei der Gründung § 2 Abs. 2 entsprechen, bei der Kapitalserhöhung ist sie formfrei (§ 55).

C. Heilung des Formmangels. **a)** **RG.** BauersZ. **16** 228, HoldheimsMSchr. **09** 251. Der Abtretungsformmangel (keine notarielle Annahme) wird nicht dadurch geheilt, daß die Antragsempfängerin in einer Gesellschafterversammlung vertreten war, Gesellschaftsrechte ausgeübt, das Protokoll unterzeichnet hat. **b)** S. unten D 2 (**RG. 71** 399).

D. Rechtsfolgen der Formbedürftigkeit und des Formmangels. 1. BreslauAK. **09** 24 (Breslau im Ergebnis wie LG. Glogau). Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes einen Geschäftsanteil einer GmbH. (gemäß §§ 80 Abs. 3, 81 durch Beteiligung bei der GmbH. für Aktien der Frau) bei der Begründung der GmbH. im eigenen Namen, aber für Rechnung des eingebrachten Gutes (§ 1381 BGB.), so steht der Frau im Konkurse des Mannes hinsichtlich der Anteile ein Absonderungsrecht (§§ 43, 45 KO.) nicht zu. Der Anteil ist kein Recht, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, weil § 1381 nur den formlosen Vertrag im Auge hat.

2. **RG. 71** 399, LeipzZ. **09** 934 Ziff. 29 u. 30, JW. **09** 702 Ziff. 37. Die Haftung des Veräußerers eines GmbHAnteils für Bereicherung durch den gezahlten Preis bei Ungültigkeit der Veräußerung wegen Formmangels besteht auch trotz Weiterveräußerung des Anteils durch den Erwerber mit Gewinn oder bei rechtswirksamer Entstehung von Rechten des Dritterwerbers. Vgl. aber § 273 BGB. Die nach dem Muster des Aktienrechts bei GmbH. beliebte Zerlegung des Stammkapitals in gleichmäßige Teile, häufig verbunden mit einer Ausgabe von Anteilscheinen über jeden Teil, kann nichts daran ändern, daß nur soviele Geschäftsanteile bestehen, als Mitglieder der Gesellschaft vorhanden sind, außer bei Teilveräußerung oder Vererbung. Ein formloser Veräußerungsvertrag über einen Geschäftsanteil wird gültig, wenn die Abtretung unter Überspringung des ersten Erwerbers an einen zweiten oder dritten auf Anweisung des ersten erfolgt.

3. BauersZ. **16** 326. Wenn das Versprechen der Anteilsabtretung nicht in gerichtliche (notarielle) Form gebracht wurde, gibt es auch keinen Anspruch auf

Schadensersatz wegen Nichterfüllung. (Ausgangspunkt ist die Nichterfüllung der von Aufsichtsratsmitgliedern dem angestellten Geschäftsführer beim Verkaufe von Anteilen gemachten Zusage, die Anteile bei seinem Ausscheiden zurückzunehmen.)

4. BauersZ. **16** 37. Ein Anspruch auf Schadensersatz besteht nicht, wenn jemand formlos das Recht auf Übertragung eines Geschäftsanteils erworben hat, der Verkäufer den Anteil aber anderweit veräußert.

5. **RG.** BauersZ. **16** 227. Ungültigkeit einer Anteilsübernahme wegen Formwidrigkeit hat auch Ungültigkeit der weiteren Abrede zur Folge, daß „damit der Gesellschaftsvertrag und der Vertrag mit dem Geschäftsführer (Ehemanne der Abtretenden) als gelöst gelte", selbst wenn dies nicht nur als Konsequenz der Abtretung und Vereinigung aller Anteile in einer Hand gedacht ist, sondern als selbständige rechtsgeschäftliche Abmachung (§ 139 BGB.), weil es sich um eine einheitliche Transaktion handelt.

6. **RG.** (Strafs.) SeuffBl. **09** 517, BauersZ. **17** 9. Kein vollendeter Betrug wegen Ungültigkeit des Anteilsverkaufs gemäß § 15 Abs. 4 durch die GmbH. selbst als Gegenwert für die Beteiligung.

E. Kosten und Gebühren. 1. BauersZ. **16** 138 (KG.). Ein Vertrag, der nur die Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH., d. h. die Abtretungserklärung des Veräußerers und die Annahmeerklärung des Erwerbers zum Inhalte hat, ist kostengesetzlich kein zweiseitiger Vertrag. Die Verpflichtungen des Erwerbers (Zahlung der Valuta, Übernahme der Verbindlichkeiten des Veräußerers gegen die Gesellschaft) sind nicht zur Beurkundung gelangt. Der Zusatz „den Wert habe ich erhalten" ist keine Quittung wegen der mangelnden Angabe der Valutenhöhe, daher nicht gebührenpflichtig. Das gleiche gilt von der weiter beigefügten Anmeldung des Anteilsüberganges und des Antrags auf Umschreibung in der Gesellschafterliste (§ 16 GmbHG.), weil sie keiner Form bedarf, empfangsbedürftig ist und daher entweder eine Beurkundungsabsicht fehlt oder jedenfalls mit ihr keine Leistung des Erwerbers beurkundet ist, auch nicht die dadurch etwa erzeugten Verpflichtungen des Erwerbers gegenüber der Gesellschaft (§§ 34, 40 Abs. 7 PrGKG.).

2. BayObLG. **10** 241, R. **09** Ziff. 2035. Anwendbarkeit des Art. 22 BayNotGebO., wenn nicht nur die Erklärung der Abtretung, sondern auch das zugrunde liegende Rechtsgeschäft, z. B. die Abtretung gegen Zahlung eines vereinbarten Gegenwertes („unter Quittierung über die Valuta"), beurkundet ist.

II. Abs. 5. Vinkulierte Anteile. 1. BauersZ. **16** 181 (Hamburg). Ist im Statute bestimmt, daß zur Veräußerung von Geschäftsantreilen oder Teilen von ihnen die Genehmigung des Aufsichtsrats erforderlich ist, so gehört es zu den Obliegenheiten der Aufsichtsratsmitglieder, sich an der Beschlußfassung über Anträge auf Erteilung der Genehmigung zu beteiligen; sofern nicht ohne weiteres erhellt, daß die Veräußerung oder Teilung einen gesetz- oder gesellschaftswidrigen Zweck verfolgt, gehört es zu den Obliegenheiten des ARVorsitzenden, solche Beschlußfassung vorzubereiten. Der Anspruch auf Erfüllung dieser Pflichten kann durch Klage oder einstweilige Verfügung geltend gemacht werden.

2. Zwangsvollstreckung, Konkurszugehörigkeit. a) **RG. 70** 64, JW. **09** 27 Ziff. 28, R. **09** Ziff. 149. Abs. 5 § 15 bezieht sich nur auf die freiwillige Anteilsveräußerung. Zwangsvollstreckung ist daher auch in den vinkulierten Anteil trotz Mangels der Genehmigung durch die Gesellschaft zulässig, der Anteil fällt daher auch in die Konkursmasse. Vgl. JDR. **6** § 15 Note 5 und § 61 Note 2. b) Ebenso **RG.** BauersZ. **16** 160, GruchotsBeitr. **53** 1118, LeipzZ. **09** 235 Ziff. 35, SeuffA. **64** 301., R. **09** Ziff. 149.

§ 16. Abs. 3. Haftung des Erwerbers für Rückstände. *Reichel, Schuldmitübernahme 123. Hinsichtlich der zur Zeit der Anmeldung rückständigen Leistungen statuiert das Gesetz eine gesetzliche Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme) des Erwerbers.

§ 17. Veräußerung von Anteilsteilen: Genehmigung. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 471 Ziff. 30. Bringt der veräußernde Gesellschafter die Genehmigung nicht bei, so liegt Nichterfüllung, nicht bloß teilweise vor; er hat die Verpflichtung, sich um die Genehmigung zu bemühen; kann er sie nicht beschaffen, so kommt Unmöglichkeit (§§ 306, 308, 323 BGB.) in Betracht.

2. BauersZ. **16** 256. Die statutarische Vorschrift, daß die Genehmigung zur Teilveräußerung nur aus wichtigen Gründen versagt werden darf, ist gültig (§§ 46⁴, 45 Ges.); ebenso die Vorschrift, daß eine Beschlußfassung über die Anteilsteilung gar nicht stattzufinden hat. Ist dies vorgeschrieben, so würde der trotzdem die Genehmigung verweigernde Geschäftsführer schadensersatzpflichtig und abberufbar sein. Ohne solche Vorschrift ist ein Beschluß der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit erforderlich, bei Erteilung der Genehmigung ohne solchen Beschluß ist der Geschäftsführer der GmbH. schadensersatzpflichtig.

§ 19. Abs. 2. Leistung der Stammeinlagen. I. Bedingte Zahlung auf die Stammeinlage oder Darlehen je nach Eintritt oder Ausfall der Bedingung. **RG.** LeipzZ. **09** 944, BauersZ. **17** 36, BankA. **8** 384, R. **09** Ziff. 2529/30. Ein Abkommen, daß die einer GmbH. gezahlten Vorschüsse als Zahlung der rückständigen Stammeinlage auf den Geschäftsanteil des verstorbenen Bruders des Zahlenden (§ 16), falls er ihn erwerben sollte, andernfalls als Darlehen angesehen werden sollten, ist rechtlich möglich. Die Gesellschaft hat wirklich Zahlung erhalten, das Geld stand zu ihrer unbeschränkten Verfügung, dem § 19 Abs. 2 ist genügt. Nur hinsichtlich der Zinsen wäre eine Zahlung in diesem Sinne nicht anzuerkennen; denn Zinsen könnte der Zahlende nur fordern, wenn seine Zahlungen eine Darlehnsforderung begründet hätten.

II. Aufrechnung. 1. Vertragsmäßige. a) **RG.** **72** 265, JW. **1910** 119 Ziff. 29. Inwieweit kann ein Gesellschafter, der eine erhöhte Stammeinlage übernommen hat, im Vertragswege mit der Gesellschaft diese Stammeinlage durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung tilgen? Eine Leistung gilt nur dann als Einzahlung der Stammeinlage, wenn sie materiell den entsprechenden in Geld umzusetzenden Vermögenswert für die Gesellschaft repräsentiert. Dies trifft bei einer vertragsmäßigen Aufrechnung dann nicht zu, wenn die Gesellschaft zu der Zeit, wo die Aufrechnung erfolgt, überschuldet ist, so daß eine Befriedigung für die aufgerechnete Forderung aus dem Vermögensbestande der Gesellschaft nicht hätte erfolgen können. **b)** Ebenso R. **09** Ziff. 3656 (Frankfurt).

2. *Hachenburg, Aus dem Rechte der GmbH. VI. Die Einstellung einer Stammeinlage in eine laufende Rechnung, LeipzZ. **09** 260 ff. Die Frage wird im Anschluß an OLG. **11** 364 (Colmar) und **RG.** HoldheimsMSchr. **05** 142 erörtert. Die Bestimmungen des GmbHG. werden den Rechtsgrundsätzen des Kontokurrents gegenübergestellt. Die Einstellung einer Stammeinlage in eine laufende Rechnung ist nicht unzulässig. Die handelsrechtlichen und zivilrechtlichen Grundsätze des Kontokurrents haben aber dabei hinter die absoluten Vorschriften des Spezialgesetzes zurückzutreten. a) Daher kann der Gesellschafter nicht einseitig die Einstellung der Einlage vornehmen, selbst wenn das Kontokurrentverhältnis alle beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten umfassen soll. Das kann nur die Gesellschaft. b) Ebenso bewirkt die Einstellung keine Stun-

dung. Die Gesellschaft kann auch vor Ablauf der vereinbarten oder üblichen Periode die Leistung fordern. Diese erfolgt aber auch dann durch Verrechnung. c) Die Anerkennung des Saldos und dessen Vortrag auf neue Rechnung tilgt die Einlage nicht. d) Es ist zulässig, daß die Gesellschaft mit dem Gesellschafter die Aufrechnung vereinbare. e) Vorausgesetzt ist aber, daß die Gegenforderung des Gesellschafters nicht aus der Überlassung eines Gegenstandes herrührt. Diese ist auch in der laufenden Rechnung nicht zur Kompensation geeignet. Soweit nicht ein solcher Posten sich mit anderen Schuldposten verrechnet, aber auch nur soweit, ist er bei der Verrechnung der Einlage durch einen Gegenposten zu beseitigen. f) Dasselbe gilt, soweit die Gesellschaft nicht mehr solvent ist, von allen Ansprüchen des Gesellschafters. Mit seinen baren Leistungen wird auch in diesem Falle verrechnet. Die Verrechnung tilgt die Einlage, soweit sich hierbei ein Saldo zugunsten der Gesellschaft ergibt, der kleiner ist als die Einlageschuld, oder überhaupt kein Guthaben der Gesellschaft mehr vorhanden ist. Soweit die Gesellschaft Gläubigerin ist, besteht trotz der Saldoziehung der Anspruch aus der Einlage mit dem Rechte der Kaduzierung weiter. Die Gesellschaft hat für dieselbe Forderung zwei Rechtstitel, das Anerkenntnis des Saldos und die ursprüngliche Einlage.

§ 21. Verzug bei Sacheinlagen. OLG. **19** 364 (Kiel) s. schon JDR. **7** unter 2 β αα.

§ 24. Haftung der Mitgesellschafter für andere Stammeinlagen. 1. BankA. **8** 384, R. **09** Ziff. 25, 31 (KG.). Die Vorschrift des § 19 (Bareinzahlung, Aufrechnung) bezieht sich auf die Verpflichtung aus § 24.

2. BauersZ. **16** 229 (KG.). Mit **RG. 36** 113 wird die Pfändbarkeit des Rechtes der GmbH. gegen die Gesellschafter auf ihre subsidiäre Verpflichtung zur Leistung des Fehlbetrags einer zum Teil nicht bewirkten Stammeinlage eines Mitgesellschafters bejaht. Klageweise Geltendmachung des gepfändeten Rechtes gegen die Gesellschafter im einzelnen.

§ 26. Nachschüsse. **RG. 70** 326, LeipzZ. **09** 394 Ziff. 28, JW. **09** 232, BauersZ. **16** 207, ZAktWes. **09** 109. § 26 Abs. 1 erhält zwingendes Recht: ist kein anderes Organ im Gesellschaftsvertrage bezeichnet, das zur Entscheidung über die Einforderung von Nachschüssen berufen ist, so haben die Vertragschließenden gewollt, was nach § 26 Rechtens ist. Die Übertragung der Einforderung an ein anderes Organ, insbesondere den Aufsichtsrat, macht die ganze Vorschrift über die Nachschüsse ungültig, nicht bloß die Bestimmung des ungesetzlichen Organs (gegen Staub-Hachenburg). Unerheblich ist die Behauptung, daß der auf die Nachschußleistung belangte Gesellschafter vor Abschluß des Gesellschaftsvertrags mit der Nachschußpflicht mündlich sich einverstanden erklärt habe, weil diese der gesetzlichen Form entbehrende Vereinbarung mit dem späteren beurkundeten Gesellschaftsvertrag in Widerspruch steht, es also sich nicht bloß um dessen Auslegung handelt.

§ 29. Gewinnanspruch. BauersZ. **16** 159, Die Nichtverteilung des bar vorhandenen Reingewinnes unter die Gesellschafter. Schuldentilgung aus dem Gewinn. Verwendung des Gewinns zur Bildung oder Speisung von Reserven. Der Gewinnanspruch besteht vor dem Beschluß aus § 46 Ziff. 1 auch nicht als bedingter oder betagter. Der Gesellschafter kann einen Gewinnverteilungsbeschluß nicht erzwingen, namentlich wenn der Überschuß nicht in bar vorhanden ist, wenn aus dem Überschusse Geschäftsschulden bezahlt werden sollen. (Abweichend Staub, HGB. § 213 Anm. 6 ff., 11; § 260 Anm. 3; § 262 Anm. 27.) Die Verwendung des Überschusses zur Reservefondsspeisung ist dagegen nur nach Maßgabe des Statuts zulässig. Zulässig dagegen der Vortrag des nicht bar vorhandenen Vorschusses auf neue Rechnung.

§ 30. Verbot der Stammkapitalsauszahlung. 1. BauerZ. **16** 256, Fortdauernde Leistungen einer GmbH. an Gesellschafter, obwohl solche nicht aus dem Reingewinn erfolgen. Gültig sind unbeschadet der §§ 29, 30 Provisionen für wertvolle, eingebrachte Verfahren oder überlassene Patente, ein für denjenigen Gesellschafter, der ein Grundstück eingebracht hat, eingeräumtes Wohnrecht (§ 5 Abs. 4).

2. **RG.** LeipzZ. **09** 857 Ziff. 35, BauerZ. **17** 63. Ungültig ist die durch den alleinigen Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile und allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer erfolgte Verpflichtung der GmbH. zur Befriedigung des Veräußerers der sämtlichen Anteile an den ersteren wegen des Kaufpreises der Anteile. Die GmbH. hatte außer dem Stammkapitale keine Reserven, keinen verfügbaren Gewinn.

3. Allgemeine Bedeutung des § 30 bei betrügerischer Verleitung zum Beitritte s. vor § 105 HGB.

4. BauerZ. **16** 233 (PrOVG.). Gemeindesteuer. Verluste früherer Jahre mindern mangels anderer Deckung das Stammkapital der GmbH. und damit die Geschäftsanteile der Gesellschafter, beeinflussen aber nicht die in späteren Jahren erzielten Gewinne, auch wenn diese zur Verlustdeckung verwandt werden. Sind aber in den Bilanzen Abschreibungen zu Unrecht nicht vorgenommen, so kann der Hinweis des Steuerpflichtigen nicht damit zurückgewiesen werden, daß die durch Gesellschafterbeschluß festgestellte Bilanz maßgebend sei. — Dagegen BauerZ. **17** 38 (PrOVG.). Vgl. OVG. **12** 76.

§ 33. Erwerb eigener Anteile. 1. Bauers Z. **16** 91. Die GmbH. darf eigene Anteile, die ihr abgetreten sind, ohne weiteres erwerben.

2. **RG. 71** 399 (§ 15). § 33 Abs. 2 enthält nur eine Ordnungsvorschrift, deren Übertretung keine Nichtigkeit zur Folge hat. § 33 Abs. 1 läßt sich nicht auf einen solchen Kaufvertrag beziehen, bei dem vereinbart wird, daß der Geschäftsanteil statt an die kaufende Gesellschaft an einen Dritten abgetreten werden soll.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. I. Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer. A. Gerichtlich. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 394 Ziff. 29. Der alleinige Geschäftsführer, dem eine Auflösungsklage eines anderen Gesellschafters zugestellt ist, als Nebenintervenient des Klägers: kein Urteil vor Bestellung eines anderen Geschäftsführers; doch konnte dem Geschäftsführer die Klage zugestellt werden, auch wenn er sich schon damals mit dem Kläger über seine Prozeßbeteiligung verständigt hat, weil die Interessenkollision erst mit dem Eintritt als Nebenintervenient eintrat.

2. **RG.** JW. **09** 465. Die Eidesauflage an den oder die Geschäftsführer der Firma ist unverständlich und nicht nachprüfbar.

B. Im öffentlichen Rechte. 1. Strafrecht. NaumburgAK. **09** 57 (Naumburg, Straff.). Für eine Wechselstempelsteuerhinterziehung sind sämtliche Geschäftsführer strafrechtlich verantwortlich, auch diejenigen, die nach der tatsächlich erfolgten Geschäftsverteilung gar nicht in der Lage gewesen sind, die Hinterziehung zu verhindern. Es wird in subjektiver Beziehung ein strafbarer Vorsatz oder das Bewußtsein rechtswidrigen Verhaltens oder eine schuldhafte Fahrlässigkeit nicht erfordert. Unerheblich ist der Eingang des nicht versteuerten Wechsels bei einer unter besonderer Leitung eines der Geschäftsführer der Gesellschaft stehenden Zweigniederlassung und die dort erfolgte Weitergebung.

2. Gemeinderecht. BauersZ. **16** 163, Die Ausübung gemeindlicher Rechte durch eine GmbH. im Gebiete der Rheinischen Landgemeindeordnung. Auf Grund §§ 35, 46 RheinLOG. wird der durch Gesellschafterbeschluß bezeichnete Mitgesellschafter als gemeindeberechtigt und als geborenes Gemeinderatsmitglied anerkannt (Recht des meistbegüterten Grundeigentümers), weil die für die streitigen Rechte maßgebende Grund- und Gebäudesteuer auf den Grundstücken lastet und auch die fraglichen Rechte sich an die Grundstücke knüpfen.

II. Gesamtvertretung. PosMSchr. **09** 13 (Posen). Bei Kollektivvertretung können die von einem Geschäftsführer allein geschlossenen Verträge von dem zweiten nachträglich, auch stillschweigend genehmigt und dadurch wirksam werden. Eine nachträgliche Zustimmung nur dem anderen Geschäftsführer gegenüber genügt nicht, sondern nur die dem anderen Vertragsteile gegenüber erklärte (➸ vgl. dagegen § 182 BGB. Red. ➸) **RG. 61** 223, JW. **08** 151 (JDR. **7** unter 4e). Dahingestellt ist, inwieweit bei Kollektivvertretung die Geschäftsführer einem von ihnen Vollmacht zur alleinigen Vertretung der Gesellschaft erteilen können; jedenfalls würde dies nur für bestimmte Geschäfte oder einen bestimmten kleineren Geschäftskreis zulässig sein. Ein Gesellschafter, selbst wenn er alle Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigt, ist nicht legitimiert, dem einen Geschäftsführer Alleinvertretungsmacht zu erteilen: die Aufhebung der Kollektivvertretung müßte nach §§ 53, 54 erfolgen. Die Annahme einer negotiorum gestio setzt voraus, daß die Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen beider vertretungsberechtigter Geschäftsführer entsprochen hat.

III. Das Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft. 1. Seine Person. BauersZ. **16** 205. Die Bestellung eines Minderjährigen zum Geschäftsführer einer GmbH. ist zulässig (§§ 106, 165 BGB).

2. Für die Anstellung zuständiges Organ s. unter § 38 I.

3. Entgeltansprüche. **a)** SeuffA. **64** 278, BauersZ. **16** 253 (Königsberg). Rechte des Geschäftsführers einer GmbH., dem im Anstellungsvertrage die Landwirtschaft auf dem Gesellschaftsgrundstücke zur Verwaltung und Nutzung belassen ist gegen die Pflicht zur Rückgewähr des gleichen Inventars und gleicher Erntevorräte bei Aufhebung des Dienstverhältnisses, gegen den Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung wegen Werterſatzes für von diesem verbrauchte und veräußerte Erntevorräte in Höhe des Überschusses, den die GmbH. zu gewähren hätte, wenn das Dienstverhältnis im Zeitpunkte des Zuschlags beendet gewesen wäre: es liegt kein besonderer Pachtneben dem Anstellungsvertrage vor. Der Anspruch ist auf § 956 BGB. wegen § 21 ZVG. nicht zu stützen, weil infolge der Beschlagnahme die GmbH. zur Gestattung der Aneignung nicht mehr befugt und der Geschäftsführer nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener (§ 855 BGB.) war. **b)** BauersZ. **16** 158. Ein Geschäftsführer, der eine militärische Pflichtübung ableistet, geht seines Anspruchs auf Gehalt nicht verlustig. **c)** BauersZ. **16** 179, Wann hat der Geschäftsführer von Lieferanten erhaltene Geschenke der GmbH. zurückzugeben? Die Anwendbarkeit der §§ 667, 675 BGB. und der in Prot. z. Entw. **2** 360 hinsichtlich Geschenken ausgesprochenen Grundsätze wird für nach Abschluß dem Angestellten zugewandte Geschenke verneint, wenn keine dem Prinzipale zur Last fallende Gegenleistung erwartet wird, das Recht zur sofortigen Entlassung des Geschäftsführers bejaht. **d)** OLG. **19** 14, BauersZ. **16** 253 (KG.). Anwendbarkeit des LohnBG. auf die Vergütung des Geschäftsführers bejaht. Das G. gilt nicht nur für Dienste niederer Art oder unter der Voraussetzung persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit des Verpflichteten. Entscheidend ist,

ob der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft ganz oder doch hauptsächlich in den Dienst eines anderen stellt, so daß er wesentlich in dessen Interesse tätig wird.

4. Sonstige Ansprüche. a) BauersZ. **16** 157, Zur Frage, wie in dem Zeugnisse die Leistungen und die Führung des Geschäftsführers im Dienste kritisiert werden dürfen. Die Zeugnisse sind vom Geschäftsführer auszustellen. Weiter wird die Frage erörtert, ob die Nachprüfung der objektiven Richtigkeit des Zeugnisses, soweit es ein Urteil enthält, im Prozeß erfolgen könne, und verneint. b) BauersZ. **16** 252 verneint die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs eines Geschäftsführers wegen sofortiger Entlassung infolge vertragswidriger Nichtabnahme eines Geschäftsanteils, auch wenn er die Abnahme wegen wahrheitswidriger Angaben über frühere Geschäftserträgnisse verweigert hat; gefolgert aus der Vertragseinheit.

§ 36. Berechtigung und Verpflichtung der GmbH. durch die Geschäftsführer. I. Rechtsgeschäfte. Widerruflichkeit. BauersZ. **17** 34. Rechtsgeschäftliche Erklärungen eines Geschäftsführers lassen sich von keinem Organe der GmbH. widerrufen.

II. Haftung für Prokuristen. **RG.** BauersZ. **16** 132, Haftung der GmbH. für die Fahrlässigkeit ihres Prokuristen bei Benutzung des Fernsprechers. Die Leiter der Zweigniederlassung sind mit Recht als satzungsgemäß bestellte besondere Vertreter angesehen (§§ 30, 31 BGB.), da im Gesellschaftsvertrage die Bestellung von Prokuristen vorgesehen und bestimmt ist, daß ihnen die Vertretung der Gesellschaft innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschaftskreises zustehen solle. Die GmbH. hat daher für die Folgen des durch fahrlässigen Mißbrauch des Fernsprechapparats veranlaßten Unfalls der Klägerin (Telegraphengehilfin) nicht bloß dann einzustehen, wenn der Prokurist selbst die für den Gebrauch des Apparats bestehenden Vorschriften in einer die Gesundheit der Fernsprechbeamten gefährdenden Weise übertreten hat, sondern auch, wenn er unter Außerachtlassung der ihm obliegenden Überwachungspflicht die mißbräuchliche Benützung des Apparats durch die ihm unterstellten Bediensteten der Beklagten geduldet hat.

§ 37. Beschränkungen des Geschäftsführers. I. Gesetzliche. Kontrahieren mit sich selbst. Vgl. JDR. **7** § 35 unter 3. 1. Schuldübernahmen durch die GmbH. a) Der Schuld eines Dritten an den Geschäftsführer. **RG.** BauersZ. **17** 64, HoldheimsMSchr. **09** 267, R. **09** Ziff. 209. Die vom Geschäftsführer für die GmbH. erklärte Übernahme der Schuld eines Dritten gegenüber dem Geschäftsführer persönlich als Gläubiger unter Entlassung des Dritten aus der Schuld, braucht zwar die GmbH. nicht gegen sich gelten zu lassen (**RG. 56** 107, **67** 64, § 181 BGB.). Verbindlich ist aber für den Geschäftsführer die im eigenen Namen und für sich selbst erklärte Entlassung des Dritten aus der Schuld. b) Der Schuld des Geschäftsführers an einen Dritten. **RG.** LeipzZ. **09** 394 Ziff. 30. Übernahme von Schulden eines Geschäftsführers gegenüber einem anderen durch die Gesellschaft: der Schuldner ist Teil des Vertretungsorgans, mithin ist, da unter Beschränkungen im Sinne Abs. 2 § 37 nicht die allgemeinen gesetzlichen gemeint sind, § 181 BGB. anwendbar.

2. Andere Verbindlichkeiten. **RG.** R. **09** Ziff. 2360. Einrede der Arglist der auf Rückzahlung eines Darlehens belangten GmbH., wenn das Darlehen dem Geschäftsführer zur Erfüllung von dessen Einlageschuld gegen von diesem ausgestellten Schuldschein der GmbH. gegeben ist, weil der Geldgeber wissentlich mit dem Geschäftsführer zusammengewirkt hat, um sich zum Schaden der GmbH. einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

3. Belastung von Gesellschaftsgrundstücken zugunsten des Geschäftsführers. SeuffBl. **09** 640, BauersZ. **17** 64, R. **09** Ziff. 3305 (KG.). Die Eintragung der Belastung eines Grundstücks einer GmbH. zugunsten des Geschäftsführers kann auf Grund der von ihm selbst namens der Gesellschaft erklärten Eintragungsbewilligung nicht erfolgen. (Vgl. anders SeuffA. **56** 79 [KG.], aufgegeben in KGJ. **30 A** 158). Die Einigung (§ 873 BGB.) ist ungültig, und für die Eintragungsbewilligung muß der Bewilligende die nach dem materiellen Rechte zu bewilligende Macht zur Bewilligung haben. Die Genehmigung der Gesellschaft (§ 185 BGB.) muß gemäß § 29 GBO. nachgewiesen werden.

4. Wechselerwerb vom Geschäftsführer. **RG.** LeipzZ. **3** 850 Ziff. 2, BauersZ. **17** 64. Eine GmbH. kann einen mit dem Blankoindossament (der persönlichen Unterschrift) ihres Geschäftsführers und einzigen Vertreters versehenen Wechsel von ihm selbst dann nicht gültig erwerben, wenn der Geschäftsführer zurzeit der Wechselhingabe Schuldner der GmbH. aus erhaltenen Vorschüssen gewesen ist, weil die Hingabe nicht ausschließlich in Erfüllung der eine Geldzahlung lautenden Verbindlichkeit (Rückerstattung der Vorschüsse) geschah, und der Vertreter sich nicht selbst die erforderliche Einwilligung der GmbH. zur Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt oder zahlungshalber erteilen kann.

II. Abs. 2. Statutarische. BauersZ. **16** 226. Die Statutbestimmung, daß zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten die Unterschrift von zwei Geschäftsführern erforderlich sein soll, ist ungültig.

§ 38. Widerruf. I. Zuständiges Organ. 1. BauersZ. **17** 10 (Hamburg). Wenn laut Gesellschaftsvertrag die Bestellung und Entlassung der Geschäftsführer dem Aufsichtsrat übertragen wurde, dann entbehrt die von der Gesellschafterversammlung ausgesprochene Abberufung der Geltung.

2. BauersZ. **16** 105, Die Gesellschafterversammlung als Vertretungsorgan der GmbH. Gegen **RG. 68** 389 (JDR. **7** § 38 Ziff. 5): Handelt es sich um die Wahl oder Abberufung des Geschäftsführers oder um den Abschluß des Anstellungsvertrags mit ihm, so ist die Versammlung unbedingt Vertretungsorgan der Gesellschaft, ihre Mitteilung an den abzuberufenden Geschäftsführer genügt; dies gilt auch dann, wenn der mitteilende Gesellschafter allein den Beschluß gültig gefaßt hat.

II. Abs. 2. Beschränkung des Widerrufsrechts. (ÖsterrR. § 16.) ÖstZBl. **27** 939 (ÖstObGH.). Verzicht auf Widerruf der Bestellung auf Lebenszeit des Geschäftsführers ist zulässig.

§ 42. Bilanz. I. Zweigniederlassungsbilanz. BauersZ. **16** 230. Für Haupt- und (ausländische) Zweigniederlassung einer GmbH. ist eine einheitliche Bilanz aufzumachen. Vermögen und Schulden des Hauptgeschäfts können gesondert von den Posten des Zweiggeschäfts oder vereinigt aufgeführt werden. Vgl. JDR. **7** Literatur zu § 42.

II. Einzelne Bewertungsgrundsätze und Bilanzposten. 1. Ziff. 1. Bewertung fertiger Waren. OLG. **19** 299, LeipzZ. **09** 791, BauersZ. **16** 255, HansGZ. **09** Hptbl. 152 (Hamburg). Es ist nicht statthaft, bei der GmbH. (§ 40 Abs. 2 HGB., dagegen § 261 Ziff. 1, 2 HGB.) fertige Waren (Pomril), die zu einem festen Preise an die Kundschaft abgesetzt werden, zu diesem in die Bilanz einzusetzen. Nach **ROHG. 12** 19 ist der Wert maßgebend, den die Gegenstände beim Fortbestehen des Geschäfts ohne Rücksicht auf besondere vom Regelmäßigen abweichende Verhältnisse des zeitigen Besitzers haben (vgl. dagegen **RG.** [Straff.] **38** 1). Der feste Absatzpreis enthält dagegen (vgl. ferner OVG. **50** 113) auch die Kosten für Etikettierung, Verladung und Transport der Flasche zu den Abnehmern: seine Einstellung enthält eine

objektiv unrichtige Bilanzziehung. Das Bewußtsein der Unrichtigkeit beim Verkaufe der Anteile wird verneint, weil der Verkäufer die für einen Laien irreführenden Ausführungen von Staub zu § 40 HGB. Anm. 3, § 42 GmbH. Anm. 21, 23, 25 gelesen haben will und die Einsetzung des festen Absatzpreises für statthaft gehalten haben kann. Vgl. hierzu BauersZ. **16** 281, wo aus analoger Anwendung der §§ 261, 40, 38 HGB. hergeleitet ist, daß für Warenvorräte nur der Gestehungspreis einzusetzen ist, nicht der Verkaufswert.

2. Ziff. 3. Nachschüsse. BauersZ. **16** 159, Vom Zeitpunkte der Einstellung der beschlossenen Nachschüsse in die Bilanz der GmbH. Die Einstellung setzt außer dem Beschlusse (Wortlaut) noch die Einforderung voraus. Außerdem begründet die Vorschrift nur eine Befugnis, ihre Nichtbefolgung macht die Bilanz nicht unrichtig.

§ 43. Haftung der Geschäftsführer (Liquidatoren). BauersZ. **16** 232, SächsRpflA. **09** 238 (Dresden). Die Haftpflicht eines Liquidators einer GmbH. besteht nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber Gläubigern, insbesondere nicht wegen Abführung eines im Prozeß erstrittenen Betrags an einen anderen Gläubiger, statt Konkurseinleitung (§ 64 GmbHG.).

§§ 45, 46. I. Zuständigkeit der Gesellschafter. (ÖsterrR. §§ 34, 35.) ÖstZBl. **27** 939 (ÖstObGH.). Zulässigkeit der statutarischen Ausschließung gewisser Gegenstände von der Beschlußfassung der Generalversammlung.

II. Bedeutung der Gesellschafterbeschlüsse. BauersZ. **17** 35. Die Gesellschafterversammlung kann wegen der von ihr gefaßten, die Gesellschaft schädigenden Beschlüsse nicht ersatzpflichtig gemacht werden, ebensowenig alle einzelnen in der Versammlung abstimmenden Gesellschafter.

§ 46. Einzelne Zuständigkeiten der Gesellschafter. Ziff. 5. Bestellung, Abberufung von Geschäftsführern: s. § 38 I.

§ 47. Abs. 4. Stimmrechtsbeschränkung. 1. Entlastung. BauersZ. **16** 132. Die Geschäftsführer dürfen als Gesellschafter bei Beschlußfassung über die von ihnen vorgelegte Bilanz dann nicht mitstimmen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Bilanzgenehmigung gleichbedeutend ist mit der Enlastung (vgl. **RG. 49** 146).

2. Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter. **a)** Gehaltserhöhung als Geschäftsführer. LeipzZ. **09** 409 Ziff. 5, RheinA. **106** 121, BauersZ. **16** 203 (Köln). Im Anschluß an **RG. 60** 172 wird das Stimmrecht des Gesellschafters über Erhöhung seines Gehalts als Geschäftsführers bejaht: das unbestrittene Stimmrecht bei der Beschlußfassung über die Anstellung würde sonst beseitigt. Ausnahme bei Mißbrauch des Stimmrechts mit Rücksicht auf die Leistungen, die Geschäfts- und Vermögenslage der Gesellschaft oder bei Erhöhungsanträgen vor Ablauf der Vertragszeit, außer bei Zusicherung der Erhöhung innerhalb dieser Zeit. Hierzu BauersZ. **16** 252 gegen die Begründung, daß das Stimmrecht über die Anstellung sonst beseitigt würde unter Berufung auf § 612 BGB. **b)** Abberufung, Anstellung als Geschäftsführer. BauersZ. **16** 180, R. **09** Ziff. 1058—1060 (Frankfurt). Ein Gesellschafter kann einen nach Statut einstimmig zu fassenden Gesellschafterbeschluß über seine Abberufung als Geschäftsführer und Anstellung eines anderen anfechten (keine Feststellungsklage), wenn er selbst dagegen gestimmt hat. Eine über § 47 Abs. 4 hinausgehende Beschränkung ist unzulässig (vgl. **RG. 68** 241 zu § 252 HGB.), folgt auch nicht aus Treu und Glauben (gegen Hachenburg, LeipzZ. **1** 466); es liegt auch kein Rechtsgeschäft mit dem Abzuberufenden (als Dritten) vor, sondern nur eine Organisationsmaßregel. **c)** Sanierung s. § 53.

§ 48. Gesellschafterversammlung. I. Anwesenheit Fremder, Vertretung. BauersZ. **16** 136, Die Anwesenheit von Nichtgesellschaftern und Nichtvertretern in der Gesellschafterversammlung. Bevollmächtigung auf Grund eines besonderen Geschäftsanteils. Die Anwesenheit von Nichtgesellschaftern, auch der Beistände ist nur geduldet. Es kann ihnen das Reden gestattet, die Leitung übertragen sein. Der von einem Gesellschafter mit der Ausübung der Gesellschafterrechte in der Versammlung für einen von mehreren dem Gesellschafter gehörenden Anteil Betraute kann diese Rechte unabhängig von seinem Machtgeber, der für seine anderen Anteile die Rechte selbst wahrnimmt, ausüben.

II. Abs. 2. Schriftliche Abstimmung. (ÖsterrR. §§ 34, 39.) ÖstZBl. **27** 943 (ÖsterrObGH.). Unstatthaftigkeit einer Vertragsbestimmung, wonach die der Generalversammlung fernbleibenden Gesellschafter schriftlich abstimmen dürfen und bei der Generalversammlung gestellte Anträge als genehmigt auch durch die Ausgebliebenen gelten, sofern sie nicht binnen einer gewissen Frist widersprechen.

§ 51. Berufung der Gesellschafterversammlung. 1. BauersZ. **16** 209. Ein Verzicht auf die Förmlichkeiten des § 51 für die Berufung der Gesellschafterversammlnng im Statut ist gültig. Der Verzicht auf die Anfechtung von Beschlüssen, weil die Formvorschriften nicht gewahrt sind, bedeutet eine selbstverständliche Folge des Verzichts auf die Beobachtung der Formen des § 51.

2. BauersZ. **16** 133. Eine GmbH. kann in der nämlichen Gesellschafterversammlung einen kurz vorher gefaßten Beschluß wieder aufheben und das Gegenteil beschließen.

§ 52. Aufsichtsrat. I. Beschlußfassung. BauersZ. **17** 10. Ordnet der Gesellschaftsvertrag in bezug auf die Beschlußfähigkeit (Anwesenheit, Mehrheit) des Aufsichtsrats nichts besonderes an, dann können gültige Beschlüsse überhaupt nur von sämtlichen Mitgliedern einstimmig gefaßt werden (**RG.** 24. 12. 03). Eine abweichende Anordnung des Aufsichtsrats ist nicht statthaft, es muß eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zur Einführung erfolgen.

II. Zuständigkeit (§ 246 HGB.) s. § 26 (Nachschüsse), § 38 I 1 (Bestellung, Abberufung der Geschäftsführer).

III. Haftpflicht (§ 249 HGB.). BauersZ. **16** 91, Hat bei GmbH. die Vereinbarung, daß die in den Aufsichtsrat gewählten Personen frei von jeden Regreßverpflichtungen sein sollen, Gültigkeit? Verneint. Den Aufsichtsratsmitgliedern könnte die Diligenzpflicht des § 249 [1] HGB. nur erlassen werden, wenn es im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist. ➠ Auf die Bedeutung der Nichtanwendbarkeit des § 268 HGB. ist nicht eingegangen. Red. ☚

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. Einzelne Fälle. 1. Abänderung des Gesellschaftsvertrags oder spätere Bestellung eines anderen Geschäftsführers? BauersZ. **16** 106 (Karlsruhe). Die Form des § 53 Abs. 2 ist erforderlich für einen Beschluß, durch den der eine der beiden bisherigen Geschäftsführer nach dem Tode des anderen zum alleinigen bestellt wird, wenn er nach dem bisherigen Vertrage, nur solange er und der Verstorbene zusammen Geschäftsführer sein würden, selbständige Vertretungsbefugnis hatte. KGJ. **21** A 263 ff. anderer Tatbestand.

2. Insbesondere Vermehrung der Leistungen. Abs. 3. a) **RG. 70** 326 (332). Verhältnis eines nach § 26 unzulässigen Beschlusses über

Einforderung von Nachschüssen zur Statutenänderung (s. § 26). **b)** BayerZ. **16** 280, Die Umwandelung von Stammanteilen in Verzugsanteile als erprobte Sanierungsmaßnahme bei GmbH. Besprochen wird nach aktienrechtlichen Analogien die freiwillige Sanierung durch Schaffung von Verzugsanteilen gegen Zuzahlungen, die buchmäßige Kapitalsreduktion. Die zu bevorzugenden Gesellschafter haben Stimmrecht (§ 47 Abs. 4), weil es sich nicht um Rechtsgeschäfte mit Dritten handelt.

§ 54. Anmeldung der Änderung. Beschwerderecht s. § 78.

§ 58. Kapitalsherabsetzung. Ziff. 1 und 2. Sicherstellung von Gläubigern. RJA. **10** 50, BayerZ. **17** 11, R. **09** Ziff. 2594 (KG.). Der Registerrichter ist verpflichtet, die Herabsetzung des Stammkapitals auch gegen den Widerspruch eines nicht sichergestellten Gläubigers einzutragen, wenn dessen Forderung erst nach der letzten öffentlichen Bekanntmachung des Herabsetzungsbeschlusses entstanden ist. (Wortlaut, Zweck der Vorschrift und § 289 Abs. 3 HGB.)

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. Auflösungsgründe. I. Allgemein. (ÖsterrG. § 89.) ÖsterrZBl. **27** 943 (ÖsterrGH.). Unstatthaftigkeit der Bestimmung, daß die Liquidation nur mangels anderweitigen Beschlusses stattfinden soll.

II. Ziff. 4. Fortsetzung nach Konkurs. BayerZ. **16** 107, Die Fortführung der GmbH. nach Annahme eines Zwangsvergleichs oder nach Einstellung des Konkursverfahrens. Besonders wird die Notwendigkeit der Sanierung in diesem Falle erörtert (Herabsetzung und gleichzeitige Erhöhung des Stammkapitals, Übernahme neuer Anteile).

§ 61. Auflösungsklage. I. Wichtiger Grund. **RG.** Frankf. Rundsch. **43** 12, Geschäftsführer der klagenden GmbH. als Nebenintervenienten. Wichtiger Auflösungsgrund: wenn derjenige Gesellschafter, auf dessen Erfindung hin und mit Rücksicht auf dessen fernere Anteilnahme die GmbH. gegründet ist, seine Tätigkeit nicht nur einstellt, sondern sich verpflichtet, die von ihm ins Leben gerufene Konkurrenzgesellschaft durch seine Tätigkeit und seine Erfindungen zu unterstützen. Es braucht nicht zugewartet zu werden, bis sich ein Geschäftsrückgang bemerklich macht.

II. Gehört der Anspruch auf Auflösung zur Konkursmasse des Gesellschafters? a) **RG. 70** 64, JW. **09** 27 Ziff. 28, R. **09** Ziff. 150 s. schon JDR. **7** Note 2 b. b) RheinA. **61** (4) 51 (Köln). Legitimation des Konkursverwalters für die Auflösungsklage bejaht (JDR. **7** Note 2).

§ 63. Konkurs. I. Fälligkeit rückständiger Stammeinlagen? R. **09** Ziff. 3657 (Frankfurt). Die Konkurseröffnung hat die Fälligkeit rückständiger Stammeinlagen nicht ohne weiteres zur Folge. Die an Stelle des Einforderungsbeschlusses der Gesellschafter tretende Aufforderung des Konkursverwalters unterliegt den gleichen Beschränkungen des § 19 Abs. 1 (vgl. **RG. 65** 434).

II. Nachtragskonkurs. OLG. **19** 230, BayerZ. **17** 66 (Kiel). Fortführung der Prozesse nach Beendigung des Konkurses durch den Verwalter, wenn nachträglich zur Masse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.

§ 64. Pflicht zum Konkursantrage. **a)** S. § 43. **b) RG. 72** 285, JW. **10** 120 Ziff. 30. Der Widerspruch von Konkursgläubigern, von Bürgen solcher Gläubiger, von Gesellschaftern oder von der Liquidationskommission einer in Liquidation befindlichen GmbH. ist ohne Einfluß auf die Verpflichtung der Liquidatoren zur Stellung des Konkursantrags bei Überschuldung.

§ 66. Liquidatoren. Übertragung der Geschäfte s. u. § 70 Ziff. II.

§ 69. Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft. I. Anwendung der Vorschriften des zweiten Abschnitts. 1. § 13: Rechtsstellung der GmbH. im öffentlichen Rechte, Steuerpflicht. BauersZ. **17** 67 (OVG.). Im Anschluß an die Ansicht des **RG. 59** 59 über den Fortbestand der Rechtspersönlichkeit der GmbH. in der Liquidation wird der Fortbestand der subjektiven Steuerpflicht einer GmbH. i. Liqu. bejaht, sie erlischt erst mit der Beendigung der Liquidation, wenn das gesamte Gesellschaftsvermögen durch Berichtigung der Gesellschaftsschulden und Verteilung unter die Mitglieder der Gesellschaft ausgekehrt ist, unerheblich ist der Betrieb eines Gewerbes oder sonstiger Erwerbstätigkeit im Liquidationszustande. Über die zeitliche Dauer der Steuerpflicht gilt Entsprechendes wie für AG. (OVG. [StSteuers.] **3** 117, **5** 19, **10** 318, **12** 263). Vgl. § 71 Abs. 2. Solange die Gesellschaftsfirma noch nicht gelöscht oder die Beendigung der Liquidation ins Handelsregister noch nicht eingetragen ist, kann daher eine in Liquidation getretene GmbH. die Fortdauer ihrer subjektiven Steuerpflicht nur durch den Nachweis beseitigen, daß ihr nach der Liquidationseröffnungsbilanz (§ 71 Abs. 2 GmbHG.) vorhanden gewesenes oder später erworbenes Vermögen vollständig ausgekehrt und daß die dazu erforderlichen Geschäfte abgewickelt sind. Im vorliegenden Falle ist die Liquidation nach § 73 GmbHG. (Nichtablauf des Sperrjahrs) und weil die einzelnen Vermögensstücke noch nicht durch Übergabe, Auflassung, Abtretung der übernehmenden AG. übertragen sind, noch nicht beendet. Hinsichtlich der objektiven Steuerpflicht entspricht § 9 Ziff. 6 EinkStG. (Fassung v. 19. 6. 06) auch für die GmbH. der früheren Rechtsprechung des OVG. bezüglich der AG. Es finden diese Grundsätze auch trotz des Unterschieds von §§ 16 (13) EinkStG. gegenüber § 15 Anwendung: es handelt sich bei der GmbH. nicht um Besteuerung des Einkommens der beim Beginne des Steuerjahrs vorhandenen Quellen, sondern um die nachträgliche Besteuerung des im Durchschnitte der maßgebenden Periode aus den in dieser vorhandenen Quelle erzielten Einkommens, der Wegfall oder eine Änderung derselben kommt also nicht in Betracht.

2. § 15: Anteilserwerb. BauersZ. **17** 12, R. **09** Ziff. 1443 (Hamburg). Der Erwerb eines Anteils einer in Liquidation befindlichen GmbH. ist wegen Irrtums anfechtbar.

II. Anwendung der Vorschriften des dritten Abschnitts. **a)** § 35: Vertretungsbefugnis im öffentlichen Rechte. Stellung als Arbeitgeber der Angestellten der GmbH. **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **09** 93. Der Liquidator einer GmbH. kann auf Grund § 82b KVG. (Vorenthaltung abgezogener Beiträge) strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. **b)** § 43: Sorgfaltspflicht s. §§ 43 und 64 (§ 71 GmbHG.).

§ 70. Aufgaben der Liquidatoren. I. Prozeßdurchführung. BauersZ. **17** 12 (Dresden). Die Durchführung eines zur Zeit der Auflösung schwebenden Prozesses gehört zu den laufenden, von den Liquidatoren zu beendigenden Geschäften, auch wenn bereits Löschung „nach beendigter Liquidation" im Register stattgefunden hat; Vertretung durch den Geschäftsführer = Liquidator (§§ 66, 69). Ein Patentprozeß auf Unterlassung der Beeinträchtigung eines Patents ist aber in der Hauptsache dadurch erledigt, weil infolge Löschung und Einstellung des Gewerbebetriebs weitere Eingriffe nicht mehr zu gewärtigen sind. Es ist nur der Kostenpunkt zu entscheiden.

II. Zulässigkeit der Übertragung der Liquidationsdurchführung seitens des Liquidators. RJA. **10** 45, BauersZ.

17 15, R. **09** 2 Ziff. 2592 (KG.). Tatbestand: Übertragung des gesamten Vermögens einer in Liquidation befindlichen GmbH. durch notariellen Vertrag auf eine neu gegründete GmbH. gegen Übernahme aller Verbindlichkeiten der liquidierenden, soweit die einziehbaren Aktiven reichen, ohne Geschäfts- und Geldtrennung. Kann der Liquidator deswegen abberufen werden? Dahingestellt gelassen ist, ob der Verkauf des Geschäfts einer GmbH. im ganzen durch den Liquidator zulässig ist (KGJ. **21** A 256). Vorliegend handelt es sich um eine unzulässige Übertragung der Liquidationsgeschäfte in ihrer Gesamtheit auf ein anderes Rechtssubjekt. Die Stellung des Liquidators beruht in gewissen Beziehungen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage: Pflichten gegenüber Gläubigern und Staatsbehörden (§§ 64, 71 GmbHG.), die nicht übertragbar sind. Die Übertragung einzelner Liquidationshandlungen ist zulässig. Ob nur dieser Fall vorliegt, ist Auslegungsfrage. Hier aber sollte der Liquidator gänzlich von der weiteren Abwickelung der Geschäfte der aufgelösten Gesellschaft ausgeschaltet werden. Besonders bedenklich ist die Bewilligung eines Entgelts für die Ausführung der Liquidation durch die übernehmende Gesellschaft. Wegen der Nichtigkeit liegt ein wichtiger Abberufungsgrund vor (KGJ. **32** A 129).

§ 71. Rechte und Pflichten der Liquidatoren. Anwendbarkeit der §§ 43, 64: s. daselbst.

§ 72. Liquidationsquote. Passivlegitimation für den Anspruch auf die Liquidationsquote bei einem Vertriebssyndikat (GmbH.). **RG.** BauersZ. **16** 109. Das Syndikat (GmbH.), nicht die einzelnen, einen nicht rechtsfähigen Verein bildenden Mitglieder sind passiv legitimiert, weil es nach außen selbständig und im eigenen Namen auftritt, nur nach innen für Rechnung des Vereins tätig gewesen ist: ihm lag der Abschluß der Verkäufe, die Einziehung der Preise usw. ob. Gleichgültig ist der Mangel finanzieller Abhängigkeit von den Mitgliedern. Der äußeren Selbständigkeit entspricht die Stellung als Verkaufskommissionär (vgl. **RG. 48** 305).

§ 74. Beendigung der Liquidation. **a)** Trotz Vorhandensein von Vermögen? SeuffA. **64** 105 (Hamburg). Unwirksamkeit der Eintragung der Liquidationsbeendigung (vgl. JDR. **7** § 67) bei Vorhandensein von Vermögen. Solches ist vorhanden trotz der einseitigen Erklärung des Geschäftsführers, daß er alle Rechte der Gesellschaft an einen Dritten abtrete und den Gegenwert empfangen zu haben bekenne, weil der Verbleib dieses Gegenwerts nicht ersichtlich ist. **b)** S. § 70 Ziff. I.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78. Anmeldungen von Änderungen des Gesellschaftsvertrags. Beschwerderecht. R. **09** Ziff. 3615 (BayObLG.). Gegen die Zurückweisung der Anmeldung einer Gesellschaftsvertragsänderung steht den einzelnen Gesellschaftern oder solchen Personen, die auf Grund der Anmeldung erst Gesellschafter werden sollen, ein Beschwerderecht nicht zu (§ 20 FGG.).

§ 80. I. Umwandlung einer AG. mit Unterbilanz in eine GmbH. RJA. **10** 7, KGJ. **37** A 156, R. **09** Ziff. 2581 (KG.). Die Beteiligung der Aktionäre der alten bei der neuen Gesellschaft erfolgt durch Einbringung des auf ihre Aktien entfallenden Anteils an dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft auf ihre Stammeinlage als Sacheinlage. Genügt der in der Schlußbilanz (Abs. 4 § 80) ermittelte Wert der eingebrachten Aktienanteile nicht zur Erreichung des Betrags des Grundkapitals der aufgelösten AG., so muß der fehlende Betrag in dem Gründungsvertrag anderweit gedeckt werden, sei es durch Übernahme von Barzahlungen oder durch Einwerfung weiterer Sacheinlagen. Für frühere Aktionäre kommt nach § 5 Abs. 2 GmbHG. nur Zu-

zahlung auf die durch die Aktieneinbringung erworbenen Stammanteile in Betracht. Die Bilanz des § 80 Abs. 4 gilt nicht bloß für die ausscheidenden, sondern auch für die sich weiter beteiligenden Aktionäre. Eine Deckung von Stammeinlagen der neuen Gesellschaft mit Aktien zum Nominalbetrag ist unzulässig. Die Bewertung der Aktien durch die Gründer im Gründungsvertrage ist nicht maßgebend, da im Abs. 5 § 80 eine Nachprüfung durch das Registergericht ausdrücklich vorgeschrieben ist.

II. Schlotter, Die Umwandlung von GmbH. in Aktiengesellschaften, LeipzZ. **09** 298. Gegen Wolff-Birkenbihl, Praxis der Finanzierung 230 ff. Gegen die Gründung der AG. durch die einzelnen Gesellschafter der GmbH., die den Vorschriften der §§ 72 ff. unterliegen würde: Umwandlung der GmbH. in eine AG. ohne Liquidation ist im Gegensatze zu § 66 GmbHG. auf diese Weise unzulässig. Derselbe Erfolg kaun nur erreicht werden, wenn die GmbH. selbst vertreten durch ihre Geschäftsführer mit 4 anderen Personen als Gründerin der AG. auftritt, ihr Vermögen einbringt, die Abfindungsaktien oder ihren Erlös nach Ablauf des Sperrjahrs verteilt. — Übersteigt der Vermögenswert nach der Schlußbilanz der GmbH. den Nennwert des Aktienkapitals, so ist wegen § 261² HGB. Identität von dieser Schlußbilanz und Eröffnungsbilanz der AG. nur bei Überpariemission möglich und dann § 262² zu beachten.

§ 82. Ziff. 1. Falsche Angaben über die Einzahlungen. **RG.** (Straff.). Eine falsche Versicherung des Geschäftsführers in Ansehung der gemachten Einzahlungen auf die Stammeinlagen wird dadurch nicht straflos, daß die Gesellschafter später ihrer Einzahlungspficht genügen.

§ 83. Konkursvergehen. I. § 240 Ziff. 1 KO. (Aufwand.) **RG.** (Straff.) **42** 428, BauersZ. **16** 275. Die Konkurshandlungen müssen mit Bezug auf das Vermögen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft vorgenommen sein; dies gilt auch im Falle des § 240 Ziff. 1 KO. (Verbrauch übermäßiger Summen durch Aufwand). Das Konkursvergehen liegt vor, wenn der Geschäftsführer mit Mitteln nnd für Rechnung der GmbH. Spiel usw. betrieben oder durch Anfwand für Geschäftszwecke für Reklame, Einrichtung übermäßige Summen verbraucht hat. War insbesondere sein Gehaltsbezug so hoch, daß er in keinem Verhältnisse zu der Vermögenslage der Gesellschaft stand, so konnte der Tatbestand des § 240 Ziff. 1 erfüllt sein, mochte auch der Angeklagte nachher mit dem Gelde keinerlei Aufwand getrieben haben, entsprach dagegen der Gehalt den Verhältnissen der Gesellschaft, so entfiel der Tatbestand, auch wenn der Empfänger das Geld nur für Luxusausgaben verwendete. Als Aufwand kommt nur in Frage, was der Gesellschaftskasse mit Rücksicht auf den Geschäftsbetrieb im unmittelbaren oder doch mittelbaren Zusammenhange mit diesem und zur Verwendung im Interessenkreise der Gesellschaft entnommen wird. Der Begriff Aufwand und rechtswidrige Zueignung des Geschäftsführers schließen sich jedoch aus. Unerheblich ist, daß der Geschäftsführer auch Gesellschafter und dann alleiniger Gesellschafter war. Seine Rechte als solcher bestimmten sich nur nach § 29 GmbHG.

II. § 240 Ziff. 3 KO. (Bilanzziehung). a) **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **09** 456. Es ist unzutreffend, daß die Ziehung der Bilanz für das erste Geschäftsjahr nicht vor Ablauf eines Jahres gefordert werden könne, zu welchem die Frist des § 41 Abs. 2 hinzuzurechnen sei. Das Geschäftsjahr kann kürzer, aber nicht länger sein, als 12 Monate. Wenn für eine am 3. Mai 1907 errichtete Gesellschaft der Zeitraum vom 1. April bis 31. März als Geschäftsjahr festgesetzt ist, endet das erste Geschäfksjahr am 31 März, nicht 3. Mai 1908. b) BauersZ. **16** 131. Auch diejenigen Geschäftsführer der GmbHG., die das Käufmännische im Betriebe nichts angeht, haften strafrechtlich bei Zahlungsein-

stellung der GmbH. wegen unordentlicher Buchführung oder unterlassener Bilanzziehung (RG. III. Straff. 25. 6. 08).

Anhang. Steuer und Stempel.

I. Besteuerung der GmbH. 1. Dilloo, Beiträge zur Besteuerung der GmbH. in Preußen, HoldheimsMSchr. **09** 297. A. Rechtsprechung des OVG. B. Die parlamentarische Entstehungsgeschichte des § 33 KAG. C. Der Wortlaut des Gesetzes. I. § 33 des Gesetzes. II. Die Stellung des § 33 in der Disposition des KAG. III. Der Wortlaut des § 36 KAG. IV. Das Fehlen von Bestimmungen zur Ermittelung der Reserven usw. V. Der Wortlaut des Gesetzes unabhängig von der Entstehungsgeschichte. D. Das Verhältnis des § 33 KAG. zu den anderen Steuergesetzen. E. Die Schlußfolgerungen des OVG. im einzelnen.

2. BauersZ. **16** 114, Was versteht man unter dem steuerpflichtigen Geschäftsgewinne der GmbH.? Steuerpflichtigkeit der wirklichen Reserven. Nähere Bestimmungen in bezug auf die Veranlagung der GmbH. zur Staatseinkommensteuer in Preußen. Die Rechtsprechung des OVG.: Der Geschäftsgewinn ist gemäß § 13 EinkStG., nach § 40 HGB. nicht § 42 GmbHG. zu ermitteln. Übermäßige Abschreibungen werden dem Gewinne zugerechnet; Abzugsrecht der Kommunalsteuern, § 8³ EinkStG. Steuerpflicht des zur Bildung eines Reservefonds oder zum Ausgleich einer Verlustverminderung des Stammkapitals verwandten Gewinns. — Veranlagung nach § 9 Nr. 6 EinkStG. (zu Satz 2 Ziff. 6 vgl. OVG. [Steuerf.] **7** 87, **12** 285). Erfolgt die Bilanzgenehmigung durch die Generalversammlung erst nach Beginn des Steuerjahrs, so kommt das Geschäftsjahr nicht in Betracht.

3. BauersZ. **16** 164 (PrOVG.). Der aus dem Verkauf eines Grundstücks erzielte Gewinn der GmbH. unterliegt der Einkommensteuer, auch wenn die Gesellschaft weder Grundstückshandel betreibt, noch Grundstücke zu Spekulationszwecken gelegentlich erworben hat (§§ 16, 13 EinkStG.).

4. HessRspr. **10** 59 (Darmstadt). Aufschlußerteilungspflicht der GmbH. über das alljährliche Einkommen, unabhängig davon, ob sie ein Einkommen haben und in welche Abteilung es fällt (Artt. 2, 21, 22, 40 HessEinkStG.).

II. Gemeindebesteuerung der Gesellschafter. BauersZ. **16** 185 uud 211, HoldheimsMSchr. **09** 76 (PrOVG.). Die zur Bildung von Reserven und zur Schuldentilgung verwendeten Beträge der GmbH. haben in Preußen die Gesellschafter anteilig der Gemeinde zu versteuern, und zwar im Gegensatze zur staatlichen Besteuerung nach § 11 Abs. 2b EinkStG. als Einkommen aus Handel und Gewerbe nicht bloß in der Forensalgemeinde (§ 33 Ziff. 2 KAG.), sondern auch in der Wohnsitzgemeinde. Nicht Ziff. 2, sondern Ziff. 3 § 9 EinkStG. ist anwendbar. Ausgleich § 71 EinkStG. Die Novelle zum EinkStG. von 1906 hat diese Differenz zwischen Staats- und Gemeindesteuer nicht beseitigt. (Vgl. OVG. **33** 51, **49** 18, **50** 122.) Vgl. auch BauersZ. **17** 38.

Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Allgemeine Bemerkungen.

Literatur: Vossen, Die Handelsgesellschaften der wichtigsten Kulturstaaten in rechtsvergleichender Darstellung. 5. Eingetragene Genossenschaften, ZtschrInternAnwaltVerbandes 7 12. Erörtert neben dem deutschen Rechte wird das österreichische Gesetz vom 9. April 1873.

Vorbemerkung. Von besonderem Interesse sind die bei §§ 17 II, 18, 75 und 88 mitgeteilten Entscheidungen. Namentlich die letzte ist von allgemeiner handelsrechtlicher Bedeutung.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 1. Wesen der Genossenschaft: unmittelbare Erwerbsförderung. OLG. **19** 339. Unzulässigkeit der Gründung einer Zeitung bestimmter politischer Richtung als Genossenschaft s. schon IDR. **7** unter 1a.

§ 6. Absolut zwingender Inhalt des Statuts. Ziff. 3. Bestimmungen für die Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse. Bedeutung für die Prüfung des Registerrichters. OLG. **19** 358 = IDR. **7** unter 2.

§ 7. Notwendigkeit statutarischer Regelung. Ziff. 2. Anteilsbestimmung. Über Anteilserhöhung s. § 16 und IDR. **7** § 7.

§ 15. I. Beitritt. 1. Minderjähriger. SchlHolstAnz. **09** 132 und 191 (Kiel). Zum Beitritt eines Minderjährigen zu einer GenmbH. bedarf es nach § 1822 Ziff. 10 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

2. Eines nicht rechtsfähigen Vereins. OLG. **19** 354, SchlHolstAnz. **09** 68, R. **09** Ziff. 151 s. schon IDR. **7** unter 2.

3. Einer anderen Genossenschaft s. unten § 25.

II. Abs. 3. Genossenliste. Einrede der Ungültigkeit des Beitritts gegenüber der Eintragung s. § 25.

§ 16. Statutenänderung. I. Abs. 2. Erhöhung des Geschäftsanteils zwecks Schuldentilgung. **RG.** JW. **10** 40 Ziff. 64. Der Zweck der Schuldentilgung ist kein Hindernis der Gültigkeit eines Beschlusses über Erhöhung der Geschäftsanteile; Gegensatz zur einfachen Heranziehung der Genossen zur Schuldentilgung und zum Scheingeschäft. Eine sehr erhebliche Erhöhung des Anteils und der Haftsumme ist noch kein Umschlag in die unbeschränkte Haftung, außer wenn sie alles Maß überschreitet und daher nichtig ist; unerheblich ist hierfür, daß ein Genosse sehr viele Anteile besitzt. Vgl. IDR. **7** § 7.

II. Ausdehnung des Geschäftsbetriebs. OLG. **19** 342, Bay. RpflZ. **09** 417 (BayObLG.). Eine landwirtschaftliche Genossenschaft kann ihren Geschäftsbetrieb auf Maßnahmen zur Einschränkung des Güterhandels durch Statutenänderung auch ohne Vorbehalt solcher Änderung im Statut ausdehnen. In diesem Falle muß aber zu dem Generalversammlungsbeschlusse die Zustimmung des einzelnen Genossen hinzukommen, der einer neuen Duldungspflicht unterworfen werden soll. Die Zustimmung braucht nicht in der Generalversammlung erklärt zu werden (**RG. 68** 263). Der nicht von sämtlichen Genossen einstimmig gefaßte Beschluß der Generalversammlung wird nicht dadurch wirksam, daß er nicht innerhalb der Anfechtungsfrist mit Klage angefochten wird (s. § 51).

III. Statutenänderung über Milchlieferungspflicht zugleich mit Liquidationsbeschluß s. § 75.

IV. Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen. OLG. **19** 342, Bay. RpflZ. **09** 417, R. **09** Ziff. 2532 (BayObLG.). Eintragungsfähigkeit einer Statutenänderung ohne Nachweis der erforderlichen Zustimmung einzelner Genossen? (Vgl. § 43.) Es kann dahingestellt bleiben, ob RIA. **9** 34 (KG.) beizutreten ist. Das Registergericht hat die den Machtbereich der G. erweiternde Abänderung nur einzutragen, wenn nachgewiesen ist, daß die Genossenschaft durch die Zustimmung der sämtlichen Genossen in die Möglichkeit versetzt ist, ihren Machtbereich zu erweitern.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17. Rechtspersönlichkeit. I. Anwendbarkeit der Grunderwerbsbeschränkungen für juristische Personen. OLG. **19** 341 = JDR. **7** unter 1.

II. Persönliche Dienstbarkeiten für eine G. RJA. **10** 72 (Darmstadt). Baubeschränkungen zugunsten einer Baugenossenschaft in Form beschränkter persönlicher Dienstbarkeit. Inhalt der Belastung, daß in einem (auf dem von der Genossenschaft verkauften Grundstück) errichteten Wohngebäude nicht mehr als zwei minderbemittelte Familien wohnen und Schlaf- und Kostgänger nicht gehalten werden dürfen. Die Grunddienstbarkeit hat zum Inhalte, daß „auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen (§§ 1090, 1018 BGB.). Die verbotenen Handlungen sind aus dem Eigentume fließende Befugnisse, wenn sie auch außerdem auf den Grundsätzen der persönlichen und der Gewerbefreiheit beruhen (KGJ. **36** A 216). Die Belastung bietet auch der Genossenschaft den erforderlichen wirtschaftlichen Vorteil (vgl. § 1090 und § 1019, der analog anwendbar ist): die Sicherung des eigenen Mitgliederbestandes, der von der Vermietung an Personen besserer Position abhängig ist; die dadurch ermöglichte höhere Dividende für die Mitglieder; der erhöhte Kredit der Genossenschaft; erhöhter Grundstückswert insbesondere bei der Subhastation; Erhaltung des Charakters der Wohnungen als Häuser für Minderbemittelte als Faktor für die Verwertbarkeit mit Rücksicht auf die soziale Anziehungskraft gleicher sozialer Kreise. Unzulässig, weil überflüssig, ist es, eine Ausnahme von diesen Verboten mit Genehmigung der Genossenschaft einzutragen (§ 1004 Abs. 2 BGB.). S. a. BGB. § 1018 Ziff. II 1.

§ 18. Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen. Anwendbarkeit des BGB. bei Verzug (Molkereigenossenschaft). **RG. 72** 4, LeipzZ. **09** 934 Ziff. 31 und 32, JW. **09** 699 Ziff. 34, R. **09** Ziff. 3480/81. Auf das Rechtsverhältnis zwischen Genossen und Molkereigenossenschaft hinsichtlich der genossenschaftlichen Pflicht zur Milchlieferung finden die Grundsätze des BGB., insbesondere des Vertragsrechts (Vorschriften über Annahmeverzug und Unmöglichkeit) Anwendung, vorbehaltlich der Prüfung ihrer Anwendbarkeit im einzelnen Falle. Bei der Prüfung erheischen die besonderen Verhältnisse der Genossenschaft Berücksichtigung. Der Vorstand einer Molkereigenossenschaft darf von einem durch Generalversammlungsbeschluß wegen angeblicher Milchfälschung ausgeschlossenen Genossen (auch trotz der §§ 68, 70 GenG.) keine Milchlieferungen annehmen mit Rücksicht auf den Beschluß und handelt insoweit nicht rechtswidrig, auch wenn dieser Beschluß nachträglich erfolgreich angefochten worden ist. Der in den Beschlüssen der Generalversammlung kundgegebene Gesamtwille muß innerhalb der Genossenschaft befolgt werden Der ausgeschlossene, später wieder als Genosse Eingetragene hat keinen Schadensersatzanspruch. Vgl. auch § 68 Abs. 4 GenG. Die §§ 324 Abs. 2, 433 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB. sind hier nicht anwendbar. Dagegen muß eine Haftung der Genossenschaft innerhalb der Grenzen des § 276 BGB. dafür angenommen werden, daß sie das Ausschließungsrecht nur nach Maßgabe des Statuts ausübt, auf der Grundlage des vertragsähnlichen Verhältnisses zwischen Genossenschaft und Genossen.

§ 19. Gewinnverteilung. OLG. **19** 345. (KG.) (vgl. JDR. **7** § 48). Abschlagsdividende im Laufe des Geschäftsjahrs? Unzulässigkeit der Bestimmung des Statuts eines Konsumvereins, wonach der Vorstand berechtigt ist, im Laufe des Geschäftsjahrs den Mitgliedern, die den

Geschäftsanteil voll eingezahlt haben, gegen Ablieferung von mindestens 20 M. Gegenmarken Abschlagsrückgewähr zu zahlen. Die Rückgewähr (Preisvergütung) ist nicht ein Teil der von den Genossen für die von ihnen bezogenen Waren gezahlten einzelnen Preise, sondern ein Bruchteil des Überschusses, der nach dem geschäftlichen Gesamtergebnisse des Geschäftsjahrs berechnet und demnächst nur auf die einzelnen Kaufgeschäfte nach Verhältnis der gezahlten Kaufpreise verteilt wird; Gewinn und Verlust der einzelnen Geschäfte übertragen sich dabei wechselseitig. Dies gilt auch, wenn nach dem Statute grundsätzlich die gewerbsmäßige Erzielung von Gewinn vermieden werden soll, und wenn wie hier ein Rechtsanspruch auf die Rückzahlung gewährt wird. Die Aufstellung des Verteilungsmaßstabs (nach Verhältnis der Preise) und die Auszahlung dieser Abschlagsdividende ist unzulässig; nach § 19, weil nur der bilanzmäßige Gewinn verteilbar ist; nach § 48 mit Rücksicht auf die Zuständigkeit der Generalversammlung; zwingende Natur nach § 18.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. Abs. 3. Entschädigungsansprüche der Vorstandsmitglieder bei Bestellungswiderruf: Verhältnis zur vorläufigen Enthebung s. § 40.

§ 25. Zeichnungsrecht des Vorstandes für die Genossenschaft. I. Ausnahmen, Vollmacht für den Aufsichtsrat oder nachträgliche Genehmigung seiner Zeichnung. a) LeipzZ. **09** 250 (Colmar). Unwirksamer Beitritt einer Genossenschaft (Darlehnskassenverein) zu einer anderen: Es kann gegenüber der Eintragung in die Genossenliste geltend gemacht werden (auch durch Einrede), daß der Beitritt ungültig sei, weil statt des dritten Vorstandsmitglieds der Aufsichtsratsvorsitzende die Erklärung statutenwidrig unterzeichnet habe. Möglich wäre auch, daß er in Vollmacht des Vorstandes gehandelt hat. Eine stillschweigende Ermächtigung ist jedoch nicht daraus zu entnehmen, daß ihm in der Geschäftsführung freie Hand gelassen wurde, weil es sich um ein außerhalb der Geschäftsführung eines Darlehnskassenvereins liegendes Geschäft handelt. Der Mangel ist nach §§ 177, 182 BGB. heilbar. Die nachträgliche Genehmigung kann jedoch nicht aus den Buchungen und der Genehmigung der Bilanz durch die sich aus bäuerlichen Kreisen zusammensetzende Generalversammlung entnommen werden, ebensowenig aus Annahme der Einladungen zu den Versammlungen der anderen Genossenschaft. **b)** Bestätigt **RG.** LeipzZ. **09** 941, JW. **09** 396 Ziff. 17, R. **09** Ziff. 2708.

II. Gesamtzeichnung. Ausnahmen. **a)** SächsAnn. **30** 134, SeuffA. **64** 288 (Dresden). Die Unterzeichnung des Zwischenindossaments einer Genossenschaft durch nur ein Vorstandsmitglied genügt i. S. Art. 36 WO. Auch ein Vorstandsmitglied kann für ein einzelnes Rechtsgeschäft, namentlich auch für die Abgabe einer einzelnen Wechselerklärung zur alleinigen Vertretung der G. und damit zur alleinigen Zeichnung für diese von den übrigen Vorstandsmitgliedern ermächtigt werden. Deshalb geht daraus, daß unter der die Vollziehung eines Indossaments bildenden Zeichnung der Genossenschaftsfirma ein einzelner Name steht, nicht schon hervor, daß das Indossament ungültig sei. Der Umstand, daß der aus dem Wechsel Berechtigte gewußt hat, der Name unter der Genossenschaftsfirma sei der eines Vorstandsmitglieds oder der Unterzeichner habe keine oder keine so weit reichende Vollmacht besessen, ist nur für sein Rechtsverhältnis zur Genossenschaft von Bedeutung, schützt aber einen Vormann der Genossenschaft nicht gegen die Regreßklage das Wechselinhabers. S. a. WO. Art. 36 Ziff. g. **b)** S. § 26.

§ 26. Abs. 2. Legitimation des Vorstandes, Nachweis der Bevollmächtigung **eines** Vorstandsmitglieds. BayRpflZ. **09** 474 (BayObLG.). Die statutarisch zulässige Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds zur Auflassung eines Genossenschaftsgrundstücks und Eintragungsbewilligung erfordert nach § 29 GBO. eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde. Die Bescheinung des § 26 Abs. 2 enthält nichts von der Vollmachtserteilung. Die Vollmachtserteilung ist keine innere Angelegenheit. Es ist nicht möglich, durch eine Bestimmung des Statuts jedem Vorstandsmitglied als solchem die Befugnis zu erteilen, bei Rechtsgeschäften gewisser Art für sich allein die Genossenschaft zu vertreten: § 25 Abs. 1.

§ 34. Haftung des Vorstandes. **RG.** JW. **10** 109 Ziff. 9. Wenn es sich um fortgesetzte Pflichtwidrigkeiten des Vorstandes und Aufsichtsrats handelt, um ein Dauerdelikt, dessen schadenbringender Erfolg sich erst in dem Momente herausstellte und ergab, als nach dem Rechnungsabschlusse nach 1900 sich eine Abschreibung an dem Vermögen der G. von über eine Million als notwendig erwies, ist das neue Recht für die Ersatzpflicht maßgebend. Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats als solche stehen mit dem einzelnen Genossen in keinem Vertragsverhältnisse, sind nur der Genossenschaft für Verletzung ihrer gesetzlichen und statutarischen Pflichten verantwortlich. Die §§ 19, 34, 38, 41, 146 sind keine Schutzgesetze für die Genossen. Bewußte Abweichung auch von § 241 Abs. 3 HGB. Dagegen ist § 147 ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2, das auch den Schutz der Genossen bezweckt, und bei Verfehlung gegen diese Vorschrift ein Ersatzanspruch gegeben.

§ 35. Stellvertretende Vorstandsmitglieder. Kraemer, Ist in das Genossenschaftsregister einzutragen, wer von den Vorstandsmitgliedern einer G. Vorsteher und wer stellvertretender Vorsteher ist? ZBlFG. **9** 696. Die nahezu 5000 im „Generalverbände ländlicher G. für Deutschland, EV." zusammengeschlossenen Raiffeisenschen Spar- und Darlehnskassenvereine haben die Satzungsbestimmung: „Die Willenserklärungen und Zeichnungen des Vorstandes sind abzugeben von mindestens drei Vorstandsmitgliedern, unter denen sich der Vereinsvorsteher oder dessen Stellvertreter befinden muß." Die Bestimmung ist rechtswirksam und eintragbar. Wirksam nach § 25 Abs. 1, eine Beschränkung Dritten gegenüber (§ 27 Abs. 2) liegt nicht vor; es liegt eine Erleichterung gegenüber der grundsätzlichen Vertretung durch alle Vorstandsmitglieder vor. Nach § 28 besteht allerdings keine Pflicht zur Anmeldung des Vorstehers und seines Vertreters; wird das angemeldet, so muß es eingetragen werden, weil die vom Gesetze gebotenen Eintragungen nur das Mindestmaß der eintragungsfähigen und -pflichtigen Tatsachen sind, über das beim Vorliegen einer die weitere Eintragung notwendig machenden Satzungsbestimmung hinausgegangen werden muß.

§ 39. Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats in Vollmacht oder mit Genehmigung des Vorstandes s. o. § 25.

§ 40. Vorläufige Enthebung von Vorstandsmitgliedern und Gehaltsanspruch. OLG. **19** 344 (KG.). Fortdauer des Gehaltsanspruchs bei vorläufiger Amtsenthebung eines Vorstandsmitglieds gemäß § 40: in der Ausübung der dem Aufsichtsrat eingeräumten Befugnis liegt noch kein Widerruf der Bestellung und keine Kündigung des Dienstvertrags. Keine rückwirkende Kraft des bestätigenden Beschlusses der Generalversammlung auf den Tag des Aufsichtsratsbeschlusses.

§ 43. Generalversammlung. Teilnahme von Nichtgenossen. **RG.** R. **09** Ziff. 1711. Es ist nicht unzulässig, daß in der Generalversammlung gemäß einem von dieser gefaßten Beschluß auch Nichtgenossen

das Wort erteilt wird, nur die Teilnahme an der Abstimmung kann ihm nicht gestattet werden.

§ 46. Einladung zur Generalversammlung. **RG.** HoldheimsMSchr. **09** 251, LeipzZ. **09** 471, R. **09** Ziff. 1712/3. Zur satzungsgemäßen „schriftlichen" Einladung gehört an sich die Unterschrift des Vorstehers, das Fehlen beeinträchtigt jedoch bei einer ländlichen Getreideverwertungsgenossenschaft die Gültigkeit der Versammlung nicht, wenn sonst aus der Einladung, ersichtlich war, daß es sich um eine von dem verfassungsmäßigen Organ ausgehende Einladung zur Generalversammlung handele.

§ 48. I. Bilanzgenehmigung unter einer Bedingung. SchlHolstAnz. **09** 140 (Kiel). Die Genehmigung der Bilanz muß ausdrücklich sein. Die Generalversammlung ist berechtigt, statt zu genehmigen, Ermittelungen über die Richtigkeit der Bilanz anzustellen und zu diesem Zwecke z. B. eine Kommission einzusetzen. Wird die Genehmigung unter der Bedingung einer Revision durch einen Revisor für größere Banken erteilt, so liegt keine bedingte Genehmigung (die für Abs. 2 § 73 ausreicht) vor, sondern die Genehmigung ist vorläufig versagt und die Beschlußfassung und endgültige Bilanzfestsetzung auf später, nach Beendigung der Revision, verschoben. Es fehlt an einem Anhalte, daß die Revision nur die ziffermäßige Übereinstimmung der Bücher mit der Bilanz prüfen solle.

II. Maßnahmen gegen eine genehmigte Auseinandersetzungsbilanz s. § 73.

§ 50. Festsetzung von unbestimmten Einzahlungen. OLG. **19** 347 (Celle). Unzuständigkeit des Vorstandes. Ungültigkeit einer Bestimmung des Statuts, die den Geschäftsanteil auf 1200 M. und die Mindesteinzahlung auf 150 M. festsetzt, während der Rest nach und nach auf einmal eingezahlt oder vom Vorstand eingefordert werden kann. Es bedarf keiner Anfechtung nach § 51 (**RG. 33** 65, **37** 65, **42** 81, **57** 156). Ein Beschluß der Generalversammlung, es werde dem Vorstand aufgegeben, alle rückständigen Einlagen in voller Höhe sofort herbeizuführen, ist kein Betrag und Zeit festsetzender Beschluß, zumal dieser Beschluß im Protokolle nicht erwähnt ist.

§ 51. Anfechtungsklage. I. Anfechtungsgrund. OLG. **19** 342, BayRpflZ. **09** 417 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 51 findet nur auf Fälle Anwendung, in denen der Gegenstand des Beschlusses dem Verfügungsrechte der Generalversammlung unterliegt. Das Anfechtungsrecht ist ein Mitgliedschaftsrecht des Genossen, das ihn in den Stand setzt, einem das Gesetz oder das Statut verletzenden Beschlusse der Generalversammlung die Wirksamkeit als Willensentschließung der G. zu entziehen, sie kommt aber nicht in Frage, wo es sich um die Entschließung des Genossen in einer außerhalb des Machtbereichs der G. liegenden eigenen Angelegenheit handelt (**RG. 36** 134, **37** 62, **47** 146, 155, **60** 409, 414, **62** 303, 315, **68** 263). Tatbestand s. § 16 II. Durch Ablauf der Anfechtungsfrist des § 51 wird daher ein solcher Beschluß nicht wirksam.

II. Abs. 2. Aktivlegitimation. Protokollwiderspruch. **RG.** LeipzZ. **09** 471 Ziff. 31, R. **09** Ziff. 1714. Die zu Protokoll gegebene Erklärung des Klägers, er erachte die Einladung der Generalversammlung als den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechend, enthält einen Widerspruch gegen alle Beschlüsse dieser Generalversammlung und wird nicht durch Teilnahme an den weiteren Verhandlungen, an der Abstimmung über und für die Liquidation hinfällig, weil dies nur vorbehaltlich des Widerspruchs geschah.

III. Abs. 3. Prozeßvertretung der Genossenschaft. OLG. **19** 349 (Celle). Heilung einer nur dem Vorstande zugestellten Anfechtungsklage:

nur wenn für den Aufsichtsrat — trotz der fehlenden Zustellung — ein Vertreter erschienen wäre und ohne Rüge des Mangels verhandelt hätte. Dem Vorstand aber fehlte die Befugnis zum Verzicht auf die Rüge eines gegenüber dem Aufsichtsrate begangenen Verstoßes; unerheblich ist Kenntnis des Aufsichtsrats von der und sein Einverständnis mit der Prozeßführung. Tritt der Aufsichtsrat in zweiter Instanz der vom Vorstand allein eingelegten Berufung bei, so ist zwar die möglicherweise an sich mangelhafte Berufung jedenfalls gültig geworden, die mangelhafte Klage aber gleichwohl abzuweisen. Bestand in erster Instanz kein ordnungsmäßig gewählter, beschlußfähiger Aufsichtsrat, so stand das Hilfsmittel des § 57 ZPO. (JW. **91** 14 Ziff. 37) zu Gebote.

Vierter Abschnitt. Revision.

§§ 55 ff. Citron, Zur Haftpflicht der Revisionsverbände, JW. **09** 644. Der Ansicht von Havenstein (JDR. 7), daß eine außerkontraktliche Haftung nicht besteht, wird jedenfalls im Ergebnisse zugestimmt, anders, soweit er die Haftung aus § 276 BGB. verneint. Es besteht eine Revisionspflicht des Verbandes, der Revisor ist sein Erfüllungsgehilfe: daher Schadenshaftung für positive Vertragsverletzung, Verzug, verschuldete Leistungsmöglichkeit.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65. Abs. 2 und 3. Kündigungsfristen; Beschränkung des Kündigungsrechts. **RG. 71** 388, LeipzZ. **09** 933 Ziff. 28, JW. **09** 668 Ziff. 23. Ein Vertrag, durch den sich ein Genosse zu einer Leistung an die Genossenschaft über die im § 65 Abs. 2 GenG. vorgesehene zweijährige Kündigungsfrist hinaus verpflichtet, ist nach Abs. 3 ohne rechtliche Wirkung. Jede das Kündigungsrecht in weiterem Umfange beschränkende Bestimmung ist unwirksam, gleichviel, ob sie in den Statuten oder in einem besonderen Vertrag, ob sie direkt oder nur indirekt durch tatsächliche Erschwerung des Austritts getroffen worden ist. Der Vertrag ist jedoch mit der Einschränkung gültig, daß der Genosse jederzeit die Auflösung des genossenschaftlichen Verhältnisses nach Gesetz oder Statut und damit auch die Beendigung des Vertragsverhältnisses herbeiführen kann. (Vgl. **RG. 64** 92.) Ist indes in concreto die Ausdehnung der genossenschaftlichen Verpflichtung über die zweijährige Kündigungsfrist hinaus für die Genossenschaft der Hauptzweck des Vertrags gewesen, würde sie sonst den Vertrag nicht abgeschlossen haben, so ist der ganze Vertrag ungültig.

§ 68. Ausschluß. I. Grund. **RG.** BayRpflZ. **09** 473, R. **09** Ziff. 3658. Ausschluß wegen Handelns wider das Vereinsinteresse: begründet bei Sprengung einer Aufsichtsratsitzung durch Abhaltung von Aufsichtsratsmitgliedern an der Teilnahme. Die Nichterwähnung des Vorganges im Protokolle der über den Ausschluß beschließenden Generalversammlung ist unerheblich, es ist trotzdem möglich, daß der Vorgang der Versammlung bekannt und für die Abstimmung der Mehrheit mit maßgebend gewesen ist.

II. Bedeutung des später mit Erfolg angefochtenen Beschlusses für das Rechtsverhältnis zum Genossen s. § 18.

III. Haftung der Genossenschaft für ordnungsmäßige Ausschließung s. § 18.

§ 69. I. Abs. 1 Satz 3. Kündigung des Pfandgläubigers. Voraussetzungen der Eintragung in die Genossenliste. RJA. **10** 29, OLG. **19** 350, R. **09** Ziff. 2587 (KG.). Unter der nach § 69 Abs. 1 Satz 3 GenG. dem Registergerichte zur Liste der Genossen einzureichenden

„beglaubigten Abschrift des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses" ist nicht die zwecks Zustellung dieses Beschlusses der Genossenschaft behändigte Abschrift zu verstehen. Vgl. § 8 Abs. 3 der älteren Ausführungs-Bekanntmachung zum GenG. vom 11. Juli 1889, § 31 Nr. 2 Bek. vom 1. Juli 1899. Die Beglaubigung zum Zwecke der Zustellung (§ 170 ZPO.) ist in ihrer Wirksamkeit auf den Zustellungszweck beschränkt. Es kann daher nur die bei den Akten des Vollstreckungsgerichts verbliebene Urschrift des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses oder eine Ausfertigung statt einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Abschrift eingereicht werden. Bezugnahme auf die Vollstreckungsakten (vgl. § 35 GBO.) reicht nicht aus.

II. Unterlassung der Einreichung. OLG. **19** 360 (Naumburg). Überwiegendes Verschulden des ausscheidenden Genossen bei Nichteinreichung seiner Kündigung durch den Vorstand: wenn er nicht von § 71 Gebrauch macht, und trotz Nichtempfanges der Benachrichtigung über die Eintragung und späterer Nachricht von der Unterlassung sich nicht um Wahrung seiner Rechte kümmerte, obwohl er einen größeren kaufmännischen Geschäftsbetrieb unterhält.

§ 70. Eintragung des Ausscheidens. I. Bedeutung der Nichteintragung. a) OLG. **19** 360 = JDR. **7** unter a. b) SeuffA. **64** 320 = JDR. **7** unter b (RG.).

II. Rückgängigmachung der Eintragung. OLG. **19** 352 (Braunschweig). Berichtigung der Genossenliste (Rückgängigmachung des Ausscheidens wegen Ungültigkeit des Ausschlußbeschlusses) als Handelssache des § 30 RFGG.: ausschließliche Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen zur Entscheidung über die Beschwerde.

§ 71. Vormerkung des Ausscheidens. Bedeutung bei unterlassener Einreichung s. § 69 II.

§ 73. Auseinandersetzungsbilanz. SchlHolstAnz. **09** 140 (Kiel). Klage eines ausgeschiedenen Genossen auf Zahlung seines Guthabens: § 73 setzt eine genehmigte Bilanz voraus, s. § 48. Glaubt der Ausgeschiedene, daß die genehmigte Bilanz nicht ordnungsmäßig aufgestellt sei oder daß sie nicht der Vermögenslage der Genossenschaft zur Zeit seines Ausscheidens entspricht, so bleibt ihm unbenommen, die Auseinandersetzung zu betreiben und seine vermeintlichen Ansprüche geltend zu machen, etwa durch Beanstandung der Auseinandersetzungsbilanz (**RG. 66** 136), und Aufdeckung der wahren Vermögenslage, möglicherweise mit Hilfe präparatorischer Maßregeln.

§ 75. Rückgängigmachung des Ausscheidens wegen Auflösung. I. Verbindlichkeit von Generalversammlungsbeschlüssen aus der Zwischenzeit. **RG.** JW. **10** 40 Ziff. 65. Auch für den ausgeschiedenen, aber nach § 75 als nicht ausgeschieden geltenden Genossen sind alle in der Zwischenzeit gefaßten Genossenschaftsbeschlüsse, auch Statutenänderungen verbindlich (**RG. 30** 39). Mängel eines Beschlusses, die nur im Wege der Anfechtungsklage nach § 51 geltend zu machen sind, können auch von dem Ausgeschiedenen nicht gerügt werden, wenn die Beschlüsse nicht mit Erfolg angefochten sind. (Nicht anders **RG. 37** 18.)

II. **RG. 72** 236. Eine Milchverwertungsgenossenschaft kann die statutarische(!) Milchlieferung zu genossenschaftlicher Verwertung von ihren ausgeschiedenen Genossen im Stadium der Liquidation auf Grund des § 75 nicht verlangen, wenn das Verlangen nicht durch Darlegung liquidationsgerechter Zwecke gerechtfertigt ist. (Ob eine die Lieferungspflicht begründende, zugleich mit der Liquidation beschlossene Statutenänderung gültig ist, ist ausdrücklich nicht entschieden.)

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 88. Liquidationszweck. **RG. 72** 236, JW. **10** 41 Ziff. 66. Aus § 88 darf nicht der Schluß gezogen werden, daß sofort mit Eintritt der Liquidation der Geschäftsbetrieb still gestellt werden müßte, und daß ein Betrieb, der den Abschluß neuer Milchabgabeverträge voraussetzen würde, nach Eintritt der Liquidation nicht mehr zulässig sei. Es ist eine Lage der Verhältnisse möglich, bei welcher Rücksichten auf die dringenden Bedürfnisse des praktischen Lebens gebieten, den Begriff des „neuen" Geschäfts möglichst eng und den des schwebenden Geschäfts möglichst weit zu fassen. Dies rechtfertigt aber nicht den allgemeinen Satz, daß über den Zeitpunkt, bis zu welchem trotz der Auflösung die Genossen die Milch noch weiter liefern müßten, lediglich die Genossenschaft und deren Liquidatoren Entscheidung zn treffen hätten. Wenn auch unter besonderen Umständen selbst eine Betriebserweiterung im Liquidationsstadium nicht gänzlich ausgeschlossen sein mag, so tritt doch gerade bei einer solchen, an sich nicht liquidationsmäßigen Ausdehnung die Notwendigkeit der konkreten Begründung ihrer Zulässigkeit mit besonderem Gewichte hervor: es genügt dazu nicht die Erwartung, nach und nach durch die aufkommenden Milchprovisionen eine Verminderung der Genossenschaftsschulden herbeiführen zu können. Das Verlangen, ihre bisher nicht gelieferte Milch im Liquidationsstadium zu liefern, obgleich es durch Darlegung liquidationsgerechter Zwecke nicht gerechtfertigt ist, brauchen sich die Genossen, jedenfalls diejenigen, die ausgeschieden waren und erst infolge der Bestimmung des § 75 wider als Genossen anzusehen sind, nicht gefallen zu lassen.

§ 89. Pflichten der Liquidatoren. Unanwendbarkeit der §§ 33 Abs. 2, 139 auf die Liquidationsbilanz. OLG. **19** 352, RJA. **10** 32, HessRspr. **10** 34, R. **09** Ziff. 2588 (Darmstadt). § 33 ist nach § 87 mit Rücksicht auf die Sonderregelung im § 89 nicht anwendbar. § 162 (jetzt § 160) steht nur scheinbar entgegen, weil Satz 2 Verpflichtungen des Vorstandes und der Liquidatoren lediglich nach der zahlenmäßigen Reihenfolge zusammenfaßt. RJA. **5** 248 (KGJ. **29** A 227) steht nicht entgegen, weil es sich damals um die letzte Jahresbilanz handelte.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

§ 138. Übertragung eines von mehreren Anteilen. OLG. **19** 361 s. schon JDR. **7.**

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§§ 146, 147. Absichtliche Benachteiligung der Genossenschaft, wissentlich falsche Angaben gegenüber dem Gericht usw. als Schutzvorschriften im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.? s. o. § 34.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 159. Gebührenfreiheit. BayObLG. **10** 162, OLG. **19** 362, R. **09** Ziff. 1935 (BayObLG.). Die den G. durch § 159 bewilligte Gebührenfreiheit erstreckt sich nicht auf die gerichtliche Tätigkeit bei Bestellung des Revisors (§§ 53, 61). Zur Auslegung des (jetzigen) § 159 (früher § 151) ist der frühere § 150 (aufgehoben nach § 187 FGG., nicht Art. 10 EGHGB., dagegen Art. 13 dies. EG.; vgl. DJZ. **98** 344 und **00** 59) heranzuziehen.

§ 160. Ordnungsstrafen für Liquidatoren. Unanwendbarkeit des Abs. 2 § 33 auf sie, s. o. § 89.

Wechselordnung.

Literatur: Basch, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und Wechselordnung in der vom 1. Oktober 1908 ab geltenden Fassung. 6. Aufl. Berlin 1908. — Freundt, Das Wechselrecht der Postglossatoren. 2. Teil. Leipzig 1909. — Fuchsberger-Meyer, Wechselrecht und Wechselprozeßrecht (Entscheidungen des RG.). 3. Ausg. Gießen 1909. — Gareis, Wechselordnung in der vom 1. Oktober 1908 an geltenden Fassung. 7. Aufl. München 1909. — Glückmann, Grundriß des Wechselrechts usw. nach schweizerischem und deutschem Rechte dargestellt. Bern 1908. — C. S. Grünhut, Grundriß des Wechselrechts. 3. Aufl. Leipzig 1909. — Korn, Wechselordnung nebst Wechselprozeß. Berlin 1909. — Rehbein, Wechselordnung und Kommentar. 8. Aufl. von Mansfeld. Berlin 1908. — Rosenthal, Die Wechselordnung in der vom 1. Oktober 1908 an geltenden Fassung usw. Leipzig 1908. — Staub-Stranz, Komm. zur WO. 6. Aufl. auf Grund der Bekanntmachung vom 3. Juni 1908. Berlin 1909. — Weyl, Wechselordnung. Leipzig 1909.

Art. 1. Rechtsprechung. Vgl. zu Artt 6, 12, 21, 36, 81, 88, 91. **RG.** R. **09** Ziff. 1402, JLBl. **30** 735. Gehört die Ausstellung von Wechseln mit der Unterschrift des Vorstandes der städtischen Sparkasse zu deren legitimen Geschäftsbetrieb, so liegt dem Wechselnehmer keine Prüfung ob, ob die einzelne Wechselbegebung sachlich berechtigt war.

Art. 4. Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 6, 12, 21, 36, 82, 88, 90. 1. Ziff. 3. **a)** **RG.** JW. **09** 167, BankA. **8** 366. α. Eine unvollständige Bezeichnung der bezogenen Firma in der Wechseladresse ist unschädlich, wenn die gewählte Bezeichnung gleichwohl mit genügender Bestimmtheit auf die gemeinte Firma hinweist. β. Wer als Nichtbezogener einen Wechsel akzeptiert, ermächtigt hiermit allein noch nicht den Aussteller, die Adresse dem Akzept entsprechend zu verändern. **b)** OLG. **18** 87, BankA. **8** 231, R. **08** Ziff. 855 (Frankfurt). Die Fassung „zahlen Sie gegen diesen Wechsel an meiner Eigenen" enthält eine genügende Bezeichnung des Ausstellers als Remittenten. Es liegt ein gültiger Wechsel an eigener Orde vor. **c)** SächsOLG. **30** 133 (Dresden). Ungenaue oder abgekürzte — aber immer doch verständliche — Bezeichnung des Remittenten beim Wechsel an eigene Order ist unschädlich. Es ist eine Auslegung zulässig, die aus dem Wechsel selbst in Verbindung mit der allgemeinen Verkehrsanschauung den Wortsinn ermittelt. Das Wort eigene weist darauf hin, daß der Remittent als Aussteller bezeichnet werden soll. AM. OLG. **14** 408 (KG.).

2. Ziff. 4. **a)** LeipzZ. **09** 868 (Colmar). Eine falsche Jahreszahl bei Angabe des Verfalltags des Wechsels (18. Januar 1908 statt 1909, während der 18. Juni 1908 Ausstellungstag ist) macht den Wechsel ungültig. Unerheblich ist, daß der Inhaber in der Wechselklageschrift behauptet, der Zahlungstag sei der 31. Januar 1909. Ausschließlich der Inhalt des Wechsels selbst ist maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob die wesentlichen Erfordernisse vorliegen. **b)** **RG.** **69** 205, LeipzZ. **08** 833, JW. **08** 687 Ziff. 23, HansGZ. **09** Hptbl. 235, BankA. 8 43, DJZ. **08** 1281, R. **08** 602 Ziff. 3327. Ein Wechsel, dessen Verfalltag zeitlich vor dem Ausstellungstage liegt, ist unter allen Umständen unwirksam. Die Angabe eines solchen nach dem Begriffe des Wechsels undenkbaren Zahlungstags steht der gänzlichen Unterlassung der Angabe gleich und macht den Wechsel wegen Fehlens eines wesentlichen Formerfordernisses nichtig. Dabei sind nur die aus dem Wechsel ersichtlichen Zeitangaben maßgebend. (Hebt auf OLG. Hamburg, HansGZ. **08** Hptbl. 227, R. **08** 458 Ziff. 2801).

3. Ziff. 5. OLG. **16** 142 (KG.). Ein Wechsel an eigene Order trug an der Stelle, wo die Unterschrift des Ausstellers zu stehen pflegt, und auf der Rückseite, wo das Indossament des Remittenten gefunden werden mußte, die Worte: „Als Bürge für den Akzeptanten A. B." Die Wechselklage wurde ab-

gewiesen. Die Unterschrift ist als diejenige eines Bürgen für den Akzeptanten, nicht als diejenige des Ausstellers anzusehen (vgl. **RG. 50** 12). Jedenfalls ist sie mehrdeutig, nicht genügend klar und wechselrechtlich unwirksam. Wollte man aber den Unterzeichner der Unterschrift auch als Aussteller an eigene Order ansehen, so kann seiner ebenfalls mit dem Zusatz als Bürge für den Akzeptanten versehenen Unterschrift auf dem Rücken des Wechsels nur die Bedeutung eines Blankoindossaments beigelegt werden (Art. 12 WO.), sofern der Zusatz nicht den Begebungswillen ausschließt. Das geschieht aber durch die Erklärung, als Bürge für den Akzeptanten haften zu wollen. Der Zusatz kann also mit Sicherheit noch nicht als Indossament angesehen werden. Dem Kläger fehlt mithin die nach Art. 36 WO. notwendige Legitimation.

4. Ziff. 7. **RG.** BankA. **8** 385, R. **09** Ziff. 25, 26. Unterzeichnet der Akzeptant mit dem in der Adresse angegebenen unrichtigen Vornamen, so wird dadurch das Akzept nicht ungültig (**ROHG. 3** 271). Abweichend die österreichische Praxis: Czelechowsky, Wechselrechliche Entscheidungen Nr. 19, JW. **09** 468.

5. Ziff. 8. a) **RG.** BayRpflZ. **08** 205, HoldheimsMSchr. **08** 156, JW. **08** 280 Ziff. 20, BankA. **7** 383, R. **08** 281 (Ziff. 1673). Zweifel über die Person des Wechselschuldners entstehen, wenn der Ehemann, der Prokurist seiner Ehefrau ist, Wechsel mit seinem Namen gezeichnet hat, den auch seine Ehefrau als Firma führt. Es kann aber die Ansicht nicht gebilligt werden, daß von mehreren zur Führung desselben Namens berechtigten Personen im Zweifel diejenige gemeint ist, die den Namen als kaufmännischen, als Firma, führt, vielmehr muß der Kläger, welcher die Ehefrau aus dem vom Manne erteilten Akzept in Anspruch nimmt, nachweisen, daß dieser im Namen der Frau gehandelt hat. Einen wichtigen Anhaltspunkt für die Lösung der Frage gibt die Entscheidung, wer materiell-rechtlich der Schuldner war. **b) RG.** JW. **09** 504, R. **09** Ziff. 3010. Ist ein besonderer Zahlungsort im Wechsel nicht und sind bei den Namen des Bezogenen zwei Wohnorte (= Sitze) angegeben, so ist der Wechsel ungültig. Denn aus dem Wechsel kann nicht entnommen werden, an welchem der mehreren Wohnorte der Wechsel zu zahlen ist, oder die zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlungen vorzunehmen sind. Die Angabe „Sitz Leipzig, Verwaltungssitz Magdeburg" enthält die Angabe eines doppelten Wohnsitzes. Es ist unmöglich, den Zusatz „Verwaltungssitz Magdeburg" als Angabe eines Zahlungssitzes aufzufassen.

Art. 6. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 127 ff., Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis. Der Wechsel an eigene Order ist sachlich als ein eigener Wechsel anzusehen, der in die Form der Tratte gekleidet ist. (AM. Bernstein, Wechselordnung § 1 Ziff. 4 zu Art. 6.) Der trassierte Wechsel ist seinem wahren Wesen nach ein eigener Wechsel mit unbenanntem Domizilvermerke. Der Trassant-Trassat haftet aus seiner Trassantenunterschrift als Hauptschuldner (aM. Grünhut, Wechselrecht **1** 411 u. 414, Dernburg II 275 Abt. 2, Staub-Stranz Anm. 3 zu Art. 6 u. a.). S. auch Breit, Über trassiert-eigene Schecks und Wechsel, HoldheimsMSchr. **09** 193 ff.

2. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 4, 81, 88, 91. **a)** OLG. **18** 87, R. **08** Beil. 2 141 (Frankfurt). Das Erfordernis der Deutlichkeit der Bezeichnung des Remittenten wird durch die Worte „an meiner Eigenen" erfüllt. Die Orderklausel ist bei der Bezeichnung des Remittenten „an die Order von" nicht nötig. Die bloße Auslassung des Wortes „Order" aus einer sich im übrigen der Ausdrucksweise des Wechselverkehrs anpassenden Redewendung ist nicht geeignet, deren Deutlichkeit wesentlich zu beeinträchtigen, vielmehr ist zu dieser verkürzten Ausdrucksweise nach dem Sprachgebrauche des Wechselverkehrs ohne weiteres das Wort „oder" als Ergänzungswort hinzuzudenken. AM. OLG. **14** 408, DJZ.

07 1380, R. 08 281 (KG.). b) DJZ. 07 1386, R. 08 287 Ziff. 1674 (KG.). Das Gesetz gibt bei Wechseln an eigene Order dem Aussteller die Freiheit, sich selbst als Remittenten zu bezeichnen, immer aber muß er eine Bezeichnung wählen, die einen Zweifel über die Person des Remittenten nicht aufkommen läßt. Die Worte „an eigene" sind keine hinreichende Bezeichnung.

Art. 7. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 127 ff. (s. zu Art. 6). Die formungültige Tratte kann nach Maßgabe des § 140 BGB. als Anweisung, der formungültige Eigenwechsel, trassiert-eigene Wechsel und Wechsel an eigene Order als abstraktes Schuldversprechen aufrecht erhalten werden. (AM. Staub-Stranz Anm. 70 zu Art. 7, Bernstein § 1 Ziff. 3 zu Art. 7.)

2. Oertzen, Der Blankowechsel, ABürgR. **33** 136—186. Die verschiedenen Ansichten darüber, ob Begebungen von Blankowechseln im Rahmen eines ordnungsmäßigen Geschäftsverkehrs liegen, beruhen zumeist auf einer Unklarheit über die wirtschaftliche Bedeutung des Blankowechsels. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Summenblankett und den übrigen Blankowechseln. Erstere sind zu verwerfen, in der Benutzung der letzteren liegt eine durchaus zweckmäßige Erleichterung des Wechselverkehrs. — Der Begriff des Blankowechsels muß rein objektiv aus dem Papiere gewonnen werden. Die Rechtslage, in der sich das Papier befindet, ein Begebungsvertrag und ähnliches ändert nie dessen Charakter als Blankowechsel, der allein durch den Skripturakt endgültig festgelegt wird. Infolgedessen ist auch die bisherige scharfe Scheidung der sogenannten unförmlichen und unfertigen Wechsel von den Blankowechseln wesentlich unberechtigt. Der Blankowechsel ist — formell betrachtet — ein Wechselblankett (das heißt ein seiner objektiven Beschaffenheit nach zur Vervollständigung zu einem Wechsel bestimmtes Papier), das mit einer Namensschrift versehen ist. Seinem Wesen nach ist der Blankowechsel ein vollkommenes Wertpapier — Inhaber- oder Orderpapier —, das gemäß seiner formellen Bestimmung den Eigentümer berechtigt, es zu einem Wechsel zu ergänzen. Die Anwendung der wertpapierrechtlichen Grundsätze auf den Blankowechsel erklärt restlos dessen rechtliche Phänomene. Das Recht „aus dem Papiere", das Ausfüllungsrecht, fällt bis zu einem gewissen Grade mit dem Rechte „am Papiere" zusammen. Das Recht, den Blankowechsel zu einem Wechsel zu ergänzen, ist dinglicher Natur, ein Ausfluß des Papiereigentums, dessen auf irgendeine Weise — wertpapiermäßig oder bürgerlich-rechtlich — erfolgter Erwerb demnach sein Rechtstitel ist. Inhalt des Ausfüllungsrechts als solchen ist jede Ergänzung des Papiers zu einem Wechsel, doch bestehen stets obligatorische Beschränkungen.

Art. 9. HessRspr. **9** 49 (Darmstadt). Das „an die Ersparnisanstalt des Arbeiterbildungsvereins W." erteilte Indossament ist gültig. Der Name des Indossatars ist zwar nach allgemeinen Bestimmungen so kenntlich zu machen, daß kein Zweifel daran bestehen kann, wer Inhaber des Wechsels sein soll, es sind aber in dieser Beziehung keine strengeren Anforderungen zu stellen, als für die Bezeichnung der übrigen Wechselbeteiligten des bezogenen Remittenten oder Ausstellers. Danach liegt eine ungenügende Bezeichnung ihres Indossatars nicht vor, da er nur unter näherer Angabe desjenigen Geschäftszweiges, für dessen Bereich die Vollziehung erfolgte, mitgeteilt ist. Damit wird auch der Einwand hinfällig, daß der Wechselprotest mangelhaft ist.

Art. 13. S. auch u. zu Art. 16. KGBl. **09** 30 (KG.). Durch Ausfüllung eines vor dem Protest auf dem Wechsel stehenden Blankogiros nach der Erhebung des Protestes können Wechselrechte nicht erworben werden; denn es handelt sich nicht um ein Indossament und Protest mit den beschränkten Wirkungen nach Art. 16 Abs. 2 WO., sondern um die Benutzung — durch Aus-

füllung — eines vorprotestlichen Blankogiros um die Legitimation des Wechselerwerbers nach Verfall herzustellen.

Art. 16. Literatur: Böhme, Das Nachindossament des protestierten Wechsels. Leipz. Diss. 1908.

S. auch o. zu Art. 13. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 21. Wenn der Bürge des Ausstellers den Inhaber des bereits protestierten Wechsels befriedigt und daraufhin von ihm den Wechsel vorbehaltlos ausgehändigt erhält, so kann hierin eine stillschweigende Zession liegen, dergestalt, daß der Bürge damit ohne weiteres, d. h. ohne daß es weiterer Erklärungen und Förmlichkeiten, besonders eines sog. Nachindossaments bedarf, in die Rechte des Inhabers aus dem Wechsel eintritt.

Art. 19. S. auch zu Artt. 88, 91. PosMSchr. **08** 35, ZBlFG. **8** 784 Ziff. 796 (LG. Stettin). Der Protest im Sinne der Artt. 19, 20 WO. setzt das Begehren, den Wechsel mit datiertem Akzept zu versehen (Art. 88³ WO.) voraus und kann daher durch einen Protest mangels Zahlung nicht ersetzt werden, welcher nur das vergebliche Zahlungsbegehren feststellt.

Art. 21. S. auch zu Art. 4 Ziff. 7. **RG. 71** 273, BankA. 8 385, LeipzZ. **09** 773, JW. **09** 468, R. **09** Ziff. 2527. Wie eine Verschiedenheit der Vornamen in der Adresse und im Akzept unschädlich ist, sofern an der Identität des Bezogenen mit dem Akzeptanten kein Zweifel besteht (**ROHG. 3** 271), so kann es umgekehrt auch nichts schaden, wenn der Akzeptant, etwa um eine formelle Übereinstimmung zwischen Adresse und Akzept herbeizuführen oder weil er sich des unrichtigen Vornamens zu bedienen pflegt, eben diesen unrichtigen, in der Adresse gebrauchten Vornamen dem Familiennamen hinzufügt.

Art. 23. SeuffA. **64** 289 (Dresden). Das formlose Anerkenntnis der Echtheit eines gefälschten Akzepts erzeugt keine wechselmäßige Verbindlichkeit. Der Anerkennende haftet aber aus der darin liegenden Garantiezusage ebenso, wie wenn das Akzept von ihm herrührte.

Art. 24. Literatur: Mayer, Begriff und Recht des Domizilwechsels. Hannover 1908.

S. zu Art. 6. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 127 ff. Der Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten ist seinem Wesen nach eine Kombination von Wechsel und Anweisung. Zu dem Wechsel tritt durch den Domizilvermerk eine vom Trassaten ausgestellte, an den Domiziliaten adressierte Anweisung hinzu, die den jeweiligen Wechselinhaber als den legitimierten Anweisungsempfänger bezeichnet.

2. Rechtsprechung. S. zu Artt. 62, 63, 64. a) **RG.** LeipzZ. **09** 139. Die Domiziliatin bezahlt die Tratte als Vertreterin des Akzeptanten, sofern sie nicht unzweideutig erklärt, daß sie Zahlung in anderer Eigenschaft, z. B. als Ehrenzahlerin, leiste (**ROHG. 5** 125). Hat die Domiziliatin nur unter dem Vorbehalte bezahlt, daß rechtzeitige Deckung vom Akzeptanten eingehe, so kann sie nicht beim Ausbleiben der Deckung durch die einseitige Erklärung, sie werde zu Ehren eines Indossanten zahlen, jene Zahlung in eine Ehrenzahlung umwandeln. b) R. **08** 178 Ziff. 1064 (Frankfurt). Ein Wechsel, der auf der Vorderseite den Vermerk trägt „zahlbar bei der Brückenmühle zu X." und damit einen vom Wohnorte Y. des Bezogenen verschiedenen Zahlungsort angibt, enthält keine Benennung eines Domiziliaten, sondern bloß die Bezeichnung des Ortes, an dem der Bezogene zahlen will.

Art. 31. S. auch zu Art. 91. Rechtsprechung. a) OLG. **18** 87, BankA. 8 209, HansGZ. **08** Hptbl. 272, LeipzZ. **09** 245, R. **08** 312 Ziff. 1880, (Hamburg). Die Präsentation eines Sichtwechsels wird durch die Zustellung der Wechselklage nicht ersetzt. Zur Begründung der Klage aus einem Sicht-

wechsel ist die Behauptung, der Wechsel sei zur Zahlung präsentiert, notwendig (vgl. PrOTr., SeuffA. **22** 113, **ROHG. 5** 315, **RG.** 8 69). **b)** DJZ. **09** 1448 (Dresden). Die Vorzeigung eines Sichtwechsels ist eine Rechtshandluug, an deren Vornahme das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen knüpft, so vor allem den Eintritt der Fälligkeit (Art. 31 WO.). Eine bloße Fiktion der Präsentation kann die Vorlegung nicht ersetzen und so namentlich nicht die Erklärung des Domiziliaten, er behandle den in seinem Gewahrsame befindlichen Wechsel als ihm an einem bestimmten Tage präsentiert. Die Erklärung entspreche, wenn weiter nichts geschehen sei, nicht den Tatsachen. Selbst wenn man (§ 181 BGB annehmen wolle, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen eine Rechtshandlung sich selbst gegenüber wirksam vornehmen könne, so wäre doch erforderlich gewesen, daß der Domiziliat den Wechsel in äußerlich erkennbarer Weise präsentiert hätte.

Art. 36. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 41, 43, 54, 82. **a) RG.** LeipzZ. **09** 850. (S. a. BGB. § 181 Ziff. 5a.) An und für sich ist die Klägerin durch den Besitz des mit Blankoindossament versehenen Wechsels formell zur Klage legitimiert. Der Beklagte kann aber einwenden, daß dieser formellen Legitimation keine materielle Berechtigung zugrunde liegt, daß die Klägerin den Wechsel nicht auf Grund eines Wechselbegebungsvertrags, oder daß sie ihn auf Grund eines ungültigen Begebungsvertrags erworben habe. Die Beweislast für diese Behauptung trifft den Beklagten. Die Klägerin, eine GmbH., konnte den mit dem Blankoindossament (der persönlichen Unterschrift) ihres Geschäftsführers und einzigen Vertreters versehenen Wechsel von diesem nicht rechtsgültig erwerben. Denn der Geschäftsführer der GmbH. konnte nicht in deren Namen mit sich selbst kontrahieren. Die Hingabe des ihm gehörenden Wechsels an die Gesellschaft erfolgte auch nicht ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit. Selbst wenn festgestellt wurde, daß der Geschäftsführer zur Zeit der Wechselhingabe Schuldner der Gesellschaft aus erhaltenen Vorschüssen gewesen ist, so hätte die GmbH. hieraus doch nur einen Anspruch gegen ihn auf Rückzahlung des Vorschusses, also auf eine Geldzahlung, nicht aber einen Anspruch auf den Wechsel gehabt. Die Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt oder auch nur zahlungshalber erforderte die Einwilligung der GmbH., welche ihr Vertreter nicht sich selbst gegenüber erteilen konnte. **b) RG.** BankA. **7** 349, BayRpflZ. **08** 288, HoldheimsMSchr. **08** 243, LeipzZ. **08** 703, R. **08** 601/602 Ziff. 3328. Zur Geltendmachung der Rechte des Wechselinhabers auf Grund eines Blankoindossaments ist auch derjenige befugt, von welchem dieses Indossament ausgeht und undurchstrichen an letzter Stelle auf dem Wechsel steht. Denn wenn nur ein Blankoindossament des Klägers auf das Indossament folgt, das seine Legitimation begründet, so wird er wie jeder beliebige andere Wechselbesitzer legitimiert. (Vgl. **RG. 1** 32, **27** 41, **32** 77.) **c)** HansGZ. **09** Hauptbl. 20, R. **08** 312 Ziff. 1881 (Hamburg). Der Einwand des Beklagten, der Kläger sei zur Einklagung des Wechsels nicht legitimiert, weil die auf das Indossament des Klägers folgenden Nachindossamente nicht durchgestrichen seien, ist unbegründet. Zwar hat das **ROHG.** (**14** 48) den bloßen Besitz des Wechsels in Verbindung mit dem Umstande, daß der Inhaber der Aussteller und Remittent oder ein Indossant ist, nicht für genügend erachtet, wenn nicht die Nachindossamente durchstrichen sind. Dieser Mangel der Legitimation wird aber beseitigt, wenn es sich um einen protestierten Wechsel handelt und die Klägerin den Protest vorlegen kann. Unter dieser Voraussetzung ist die Annahme berechtigt, daß der Wechsel im Regreßwege an den Kläger gelangt ist und er berechtigt war, die Nachindossamente zu durchstreichen (vgl. **RG. 41** 414). — Vgl. auch OLG. **19** 415 (Hamburg), wo ausgeführt ist, daß ein unverkennbar vom Kläger

durchgestrichenes Blankogiro und der Besitz von Wechsel und Protest zur Regreßklage legitimieren. **d)** OLG. **16** 143 (KG.). Der Wechselinhaber, dem durch einstweilige Verfügung untersagt ist, die Rechte aus dem Wechsel geltend zu machen, hat kein Klagerecht aus dem Wechsel. Es kommt nicht darauf an, ob die Verfügung dem Kläger vor oder nach Erhebung der Wechselklage wirksam zugestellt worden ist. In jedem Falle verlor der Kläger von dem Augenblick an, in dem die Verfügung ihm gegenüber in Kraft trat, die Aktivlegitimation zur Klage aus dem Wechsel gegen den Beklagten, so daß er auch den bereits angestrengten Wechselprozeß nicht mehr fortsetzen konnte. **e)** SeuffBl. **09** 73, R. **09** Ziff. 3478 (München). Ein gutgläubiger Wechselnehmer erwirbt den wechselrechtlichen Anspruch gegen den Akzeptanten, auch wenn der Aussteller des Wechsels geschäftsunfähig war. AM. anscheinend **RG.** Leipz. **09** 58, weil zum Übergange des Wechselrechts auf einen Dritten die bloße Erlangung des indossierten Wechsels genügt, ein Begebungsvertrag also nicht nötig ist. **f)** OLG. **18** 88, BankA. 8 244 (Königsberg). Der Inhaber eines auf einen benannten Remittenten ausgestellten Wechsels, der an erster Stelle vom Aussteller und darunter vom Remittenten in blanco giriert ist, entbehrt der erforderlichen Legitimation zur Geltendmachung des Wechsels, da er dieselbe nicht auf eine zusammenhängende Reihe vollgültiger Indossamente zurückzuführen vermag. **g)** SeuffA. **64** 288, SächsOLG. **30** 134 (Dresden). Die Tatsache, daß ein Indossament einer Genossenschaft nur von einem der Vorstandsmitglieder unterschrieben ist, macht den Wechsel nicht ungültig (§§ 25, 42 GenG.). (S. GenG. § 25 Ziff. II.)

Art. 39. OLG. **18** 89 (Rostock). Wenn der Wechselgläubiger dem Schuldner den unquittierten Wechsel durch die Post vorlegen läßt, so genügt dies nicht, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Der Gläubiger hat vielmehr im voraus eine das Datum des Verfalltags tragende Quittung auszustellen und so der Post den Wechsel zur Präsentation zu übergeben. Damit stimmt die Vorschrift der Postordnung (§ 18 II) überein, daß den Postaufträgen zur Einziehung von Wechseln die quittierten Wechsel beizufügen sind und die Einziehung gegen die Aushändigung zu erfolgen hat.

Art. 41. Rechtsprechung. S. zu Art. 43. **a)** KGBl. **09** 65 (LG. II Berlin, KG.). Die Einlösung des nicht protestierten Wechsels durch einen Indossanten vor Ablauf der Protestfrist ist keine Zahlung einer Nichtschuld; denn solange die Protestfrist läuft, besteht der wechselmäßige Anspruch gegen den Indossanten und den Aussteller. **b)** R. **09** Ziff. 746 (Hamburg). Unter der Person, die nicht anzutreffen gewesen ist, d. h. der Person, welche der Protestbeamte anzutreffen bemüht gewesen sein muß, ist im Gegensatze zu Ziff. 1 die physische Person zu verstehen, welche die Firma, gegen welche der Protest erhoben werden soll, vertritt. Diese physische Person, nämlich den Inhaber der Firma X., hat aber der Protestbeamte nach seiner Beurkundung anzutreffen versucht. Den Namen des Inhabers brauchte er nicht weiter anzugeben.

Art. 43. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 36, 41, 88, 91. a) **RG. 69** 101, LeipzZ. **08** 693, JW. **08** 563 [28], BankA. 8 2261, R. **08** 519 Ziff. 1949, R. **08** 529. Die Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Akzeptanten und die Legitimation zur Klagerhebung ist beim Domizilwechsel durch die Erhebung eines ordnungsmäßigen Protestes bedingt. Dieser ist nicht erfolgt, wenn die Legitimation des protestierenden Indossatars durch undurchstrichene Nachindossamente zerstört ist. Der Besitz des Wechsels und der Quittung ersetzt den nach Wechselrecht (Art. 36 WO.) notwendigen Nachweis der Legitimation auch dann nicht, wenn sich auf ihm eine Quittung des letzten Indossatars befindet. Gegenüber der Vorschrift des Art. 43 Satz 2 kann sich der Wechselinhaber nicht auf § 370 BGB. berufen, die Legitimation zur Protesterhebung wird durch die darin auf-

gestellte Vermutung nicht erbracht. **b)** ZBlFG. **8** 784 (794), R. **08** 313 Ziff. 1882 (Frankfurt). Bei einem Wechsel, auf dem eine von der Wohnung des Bezogenen verschiedene, aber in derselben Ortschaft belegene Zahlstelle angegeben ist (sog. Zahlstellenwechsel), muß der Protest gegen den Bezogenen, nicht gegen den Inhaber der Zahlstelle gerichtet werden. Denn die in Art. 43 ausgesprochene Ausnahme von der Regel des Art. 41 gilt nur für den echten Domizilwechsel. Diese stets in der Rechtsprechung vertretene Auffassung kann nicht um deswillen in Frage gezogen werden, weil in dem vorläufigen Entwurf eines Gesetzes betr. die Erleichterung des Wechselprotestes der Zahlstellenwechsel, sofern er den Zahlungsleister benennt, dem echten Domizilwechsel in Ansehung der Person des Protestaten gleichgestellt wird. **c)** PosMSchr. **08** 104, ZBlFG. **9** 158 Ziff. 138 (Königsberg). Der Vermerk „zahlbar bei der Kasse des Vorschußvereins in M." kann nur bedeuten: zahlbar an dieser Kasse durch den hierzu berufenen Vertreter oder Angestellten des Vorschußvereins. Er ist deshalb als wirksamer Domizilvermerk aufzufassen. — Bei dem echten Domizilwechsel auf benannten Domiziliaten ist der Protest gegen den Domiziliaten zu erheben, die Protesturkunde muß also, wenn nicht ausdrücklich, so doch vollkommen deutlich ergeben, daß die Protesthandlung gegen den Domiziliaten, nicht den Akzeptanten gerichtet war.

Art. 54. PosMSchr. **09** 58 (Königsberg). Der Anspruch des Wechselschuldners auf Herausgabe des Wechsels geht verloren, wenn der Schuldner im Wechselprozesse rechtskräftig verurteilt ist.

Art. 55. 1. M a m p e, BankA. **8** 339, 340, führt aus, daß das Recht des Indossanten, der einen seiner Nachmänner befriedigt und sein eigenes Giro und das seiner Nachmänner auf dem mangels Zahlung protestierten Wechsel durchstreicht, bevor er den Wechsel seinem Vormann aushändigt, die Wechselsumme im Wechselprozeß einzuklagen, durch das Ausstreichen des Giros nicht berührt wird. Vgl. **RG.** JW. **37** 563, **ROHG. 18** 272, **RG. 52** 75, 78, **27** 41.

2. R e c h t s p r e c h u n g. S. auch zu Artt. 13, 16. **RG.** JW. **09** 323 Ziff. 27, LeipzZ. **09** 549, R. **09** Ziff. 284. A. hatte einen mit Blankoindossament versehenen Wechsel, ohne sein Giro beizufügen, weitergegeben. Später war der mangels Zahlung protestierte Wechsel an ihn zurückgekommen und von ihm eingelöst worden. Wenn in einem solchen Falle A. den Wechsel seines Indossanten B. zum Inkasso weitergibt, so kann B. seine eigenen Wechselrechte gegen den Aussteller und den Akzeptanten geltend machen und ebenso einen Dritten durch Übertragung seiner eigenen Wechselrechte hierzu legitimieren. Das Blankoindossament wirkt fort, auch wenn der Inhaber den Wechsel ohne neues Indossament weitergibt und später der mangels Zahlung protestierte Wechsel in seine Hände zurückgelangt.

Art. 56. R e c h t s p r e c h u n g. Vgl. zu Art 83. **RG.** LeipzZ. **09** 389, JW. **09** 248 Ziff. 3, R. **09** Ziff. 1402. Das Ehrenakzept ist als die Erklärung anzusehen, eine Wechselregreßschuld zahlen zu wollen. Nur so erklärt sich, daß der Ehrenakzeptant dem Honoraten und dessen Vormännern nicht haftet, wenn der Trassat nicht zahlt (Art. 60), daß ein Wechselbereicherungsanspruch gegen ihn nicht stattfindet (Art. 83) und daß die Haftung des Honoraten und seiner Vormänner fortdauert (Art. 63).

Artt. 62, 63. R e c h t s p r e c h u n g. S. auch zu Artt. 41, 88. **a) RG. 67** 29, LeipzZ. **08** 223, BankA. **7** 172, ZBlFG. **8** 622 Ziff. 633, JW. **08** 114, DJZ. **08** 361, R. **08** 213 Ziff. 1275, 1883—1885, Das ROHG. hat aus Artt. 62, 63 WO. abgeleitet (E. **1** 303; **20** 114), daß der Inhaber des Wechsels, wenn sich dessen Notadressat bei der Vorzeigung zur Intervention bereit erklärt, noch innerhalb der Protestfrist die angebotene Ehrenzahlung bei

der Notadresse suchen muß. Hierzu muß der Wechsel mit der Urkunde über den aufgenommenen Protest mangels Zahlung noch einmal vorgelegt werden; denn nur gegen Aushändigung von Wechsel und Protest braucht die Notadresse zu zahlen. Wird auf ein solches Zahlungsverlangen gleichwohl die Zahlung verweigert, so muß dies innerhalb der Protestfrist durch einen Protest gegen die Notadresse, den sog. Kontraprotest, festgestellt werden, widrigenfalls der Wechselinhaber den Regreß gegen den Honoraten und dessen Nachmänner verliert. Die Wechselintervention bezweckt, den notleidenden Wechsel durch eine freiwillige Zahlung in Ehren zu halten und den wechselmäßigen Regreß des Inhabers gegen die Indossanten und den Aussteller zu vermeiden. Die Ehrenzahlung mit ihren eigentümlichen Wirkungen ist nur möglich während der Notfrist. Der Intervenient muß bei Bewirkung der Zahlung darauf achten, daß die wechselrechtlichen Förmlichkeiten beobachtet werden, um sich selbst den Rückgriff gegen den Honoraten und dessen Vormänner zu erhalten. Er muß sich daher nicht nur Wechsel und Protest aushändigen lassen und die Ordnungsmäßigkeit des Protestes und im Falle des Art. 64 prüfen, ob ein anderer Intervenient, der zahlungsbereit ist, mehr Wechselverpflichtete befreien würde. Die Notadresse kann auch auf den Aussteller lauten und braucht nicht unterzeichnet zu werden. Auch ist es unerheblich, wer von mehreren Regreßpflichtigen die Notadresse beigesetzt hat. Die Notadresse ist nur ungültig, wenn der Bezogene oder eine dritte, nicht im Wechselverbande stehende Person die Notadresse beigesetzt hatte. Dies zu behaupten und zu beweisen, ist Sache desjenigen, der auf diese Tatsache Rechte gründet. Denn bei einem äußerlich unverdächtigen Wechsel ist für die wechselmäßigen Rechte und Pflichten in erster Linie die Gestalt maßgebend, welche der Wechsel an sich trägt (**RG. 47** 68). Die Schwierigkeiten wiederholter Protesterhebung sind bei Wechseln mit Notadresse leicht zu umgehen, wenn nur vermieden wird, die Protestierung gegen den Bezogenen auf die letzte Stunde des zweiten Werktags nach dem Zahlungstage zu verschieben. **b)** **RG. 70** 116, R. **08** Ziff. 580. Eine Bank hatte als Wechseldomiziliatin des Akzeptanten mit der an demselben Orte bestehenden Reichsbanknebenstelle, der Inhaberin des Wechsels, vereinbart, daß sie dieser am Verfalltag in Höhe der Wechselsumme einen weißen Scheck geben werde, daß dieser jedoch nicht als endgültige Zahlung gelten solle, daß vielmehr, wenn die Bank nicht bis zum zweiten Tage nach Verfall des Wechsels von dem Akzeptanten Deckung erhalte, die Bank den Wechsel namens der Reichsbank bei sich selbst protestieren lassen solle. Demgemäß war die Bank verfahren und hatte bei der Protesterhebung erklärt, sie werde zu Ehren eines näher bezeichneten Indossenten zahlen. Hierdurch konnte jedoch die bereits an die Reichsbanknebenstelle erfolgte Zahlung nicht nachträglich in eine Ehrenzahlung zugunsten jenes Indossenten umgewandelt werden. Ein wechselmäßiger Regreßanspruch gegen den angeblichen Honoraten und den Aussteller des Wechsels ist daraus somit nicht entstanden. c) **RG.** BankA. **8** 385, DJZ. **09** 657. Wer für den Aussteller eines Wechsels, dessen Unterschrift gefälscht ist, eine Ehrenzahlung geleistet hat, kann den irrtümlich gezahlten Betrag im Wege der Bereicherungsklage nur von dem Zahlungsempfänger, nicht aber von einem früheren Indossanten zurückfordern. Der Bereicherungsanspruch kommt in Wegfall, sofern zur Zeit seiner Erhebung die Wechselregreßklage des Zahlungsempfängers gegen seine Vormänner bereits verjährt ist. **d)** OLG. **16** 144 (KG.). Der Beklagte hat den eingeklagten Wechsel an eigene Order ausgestellt und indossiert. Unter der Adresse des Bezogenen steht: im Falle bei dem Beklagten. Der Protestbeamte hat den Wechsel dem Bezogenen und dem Beklagten als Notadressaten vorgelegt und den Protest mit der Erklärung des Beklagten abgeschlossen, daß er zugunsten seines eigenen Giros interveniere.

Die Klage ist wegen ungültigen Protestes abzuweisen. Der Vermerk auf dem Wechsel ist eine Notadresse. Der Aussteller kann selbst als Notadressat bezeichnet werden (**ROHG. 20** 164). Es mußte den Notadressen aber ein gegen den Bezogenen mangels Zahlung erhobener Protest vorgelegt werden. Dies und die Aushändigung von Wechsel und Protest konnte die Notadresse, wenn sie Ehrenzahlung leistete, nach Art. 63 verlangen; das auf den Wechsel allein gestützte Zahlungsbegehren konnte die Notadresse nicht veranlassen, ihre Zahlungsbereitschaft zu betätigen und war deshalb kein wirksames und dem Art. 62 entsprechendes. Die Klägerin hat wegen Fehlens eines gültigen Protestes gegen die Notadressen den Regreß gegen Adressanten und Honoraten verloren. Dieser aber ist der Beklagte.

Artt. 75, 76. 1. *Pagel, GruchotsBeitr. **53** 229 ff. Daß jemand den Wechsel mit einem anderen als dem ihm nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zukommenden Namen zeichnet, ist nicht ohne weiteres Fälschung. Er muß vielmehr, damit eine Fälschung vorliegt, bei der Unterzeichnung glauben, daß unter dem Träger des gewählten Namens eine von dem Zeichnenden verschiedene, konkret gedachte Persönlichkeit vorgestellt werde.

2. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 82 I. **a)** OLG. **19** 414 (Hamburg). Nicht jeder Riß durch den Wechsel hat zur Folge, daß die Urkunde als zerstört und ungültig geworden anzusehen ist. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Ergeben die Angaben der Parteien oder die Beweismittel im Wechselprozesse, daß der Riß nicht auf die Absicht des berechtigten Wechselinhabers zurückzuführen ist, den Wechsel zu zerstören, sondern auf andere unverfängliche Umstände (z. B. ungeeignete Aufbewahrung, längeren Umlauf des Wechsels), so wird der Wechselurkunde ihre Gültigkeit nicht genommen. Ist es jedoch ungewiß geblieben, wann und wie der Wechsel zerrissen ist, besonders ob der Akzeptant ihn auf Bitten des Beklagten vorsätzlich zerrissen hat, so ist der Wechselprozeß nicht durchzuführen. **b)** ElsLothZ. **09** 4 (Colmar). Absichtliches Zerreißen eines Wechsels durch den Inhaber macht den Wechsel nichtig. Denn der Wechsel kommt für das Gesetz als eine einheitliche Schrift in Betracht. Die Einheitlichkeit der Skriptur gehört zu den wesentlichen Erfordernissen der Wechselform. Wird nun diese natürliche Einheit der Schrift absichtlich dadurch zerstört, daß er die Urkunde zerreißt, so hat dies die Ungültigkeit des Wechsels zur Folge. Besonders hängt diese nicht davon ab, daß der Inhaber den Wechsel in der Absicht zerrissen hat, die Wechselschuld aufzuheben. Diese Ungültigkeit des Wechsels kann der Indossatar dem Kläger entgegensetzen, denn sie beruht auf einem Formmangel und ist eine solche, die im Sinne des Art. 82 aus dem Wechselrechte selbst hervorgeht.

Art. 77. 1. Hasse, R. **09** 245, In welcher Frist verjährt der Anspruch auf Zinsen gegen den Wechselakzeptanten? führt aus, daß dieser nicht der dreijährigen des Art. 77 WO., sondern der vierjährigen des § 197 BGB. unterliegt. (Gegen eine abweichende nicht veröffentlichte Entscheidung des LG. Cassel.)

2. Rechtsprechung. **a)** OLG. **15** 319, BankA. **7** 94 (Dresden). Bei Berechnung der dreijährigen Wechselverjährungsfrist wird gemäß § 187 Abs. 1 BGB. der Verfalltag nicht mitgerechnet, dagegen erfährt die Frist dadurch, daß ihr letzter Tag auf einen Sonntag fällt, keine Verlängerung. § 193 BGB., der sich nur auf Fristen bezieht, innerhalb deren eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist, findet auf die Verjährungsfrist keine Anwendung. **b)** R. **09** Ziff. 146 (Cassel). Der Zinsanspruch des Wechselinhabers gegen den Akzeptanten unterliegt der dreijährigen Wechselverjährung des Art. 77 WO., nicht der vierjährigen des § 197 BGB. Diese Zinsen haben die Natur von Verzugszinsen, die nicht kraft posi-

tiver Vorschrift der WO. geschuldet werden (**ROHG. 6** 157), sind aber unter dem wechselmäßigen Anspruch im Sinne des Art. 77 WO. mitzubegreifen. Hierfür spricht, daß die Höhe dieser Zinsen wie diejenige der Zinsen im übrigen Wechselverkehr (Artt. 50, 51 WO.) 6 pCt. beträgt, was von der Praxis als Gewohnheitsrecht angenommen wird (**ROHG. 1** 59). Ferner ist für die Geltendmachung der Zinsforderung gegen den Akzeptanten der Wechselprozeß von der Praxis zugelassen; der Anspruch wird also in dieser Beziehung von ihr als Anspruch aus Wechsel (§ 602 ZPO.) behandelt. Ferner haftet nach Art. 81 WO. der Akzeptant auch für Zinsen wechselmäßig jedenfalls in dem Falle, wo dem Wechselgläubiger neben dem Akzeptanten noch ein oder mehrere regreßpflichtige Wechselschuldner gegenüberstehen. Der Umstand, daß die Wechselordnung eine wechselmäßige Haftbarkeit des Akzeptanten für Zinsen überhaupt anerkennt, läßt es als dem Sinne des Gesetzes entsprechend erscheinen, daß der Zinsanspruch, auch abgesehen von dem Falle des Art. 81 WO., als ein wechselmäßiger behandelt wird.

Art. 80. Unterbrechung der Verjährung. **a)** R. **09** Ziff. 1207 (Stuttgart). Die Wechselverjährung wird auch durch Anerkennung (§ 208 BGB.) unterbrochen. Die entgegengesetzte Ansicht Dernburgs findet weder im BGB. noch in der WO. Unterstützung, und es geht nicht an, einzelnen, die Verjährung betreffenden Vorschriften des BGB. ohne weiteres für die Wechselverjährung die Geltung zu versagen. **b)** OLG. **17** 324 (Breslau). Nach österreichischem Rechte, welches anzuwenden war, wird die durch Behändigung der Klage unterbrochene Verjährung als nicht geschehen angesehen, wenn die Klage nicht gehörig fortgesetzt wird (§ 1497 ÖstABGB.). Im vorliegenden Falle war die dreimonatige Verjährung des Art. 78 WO. zwar durch Behändigung der Klage unterbrochen, diese aber nicht gehörig fortgesetzt, da die Klägerin weitere Schritte seit dem 29. 12. 06 nicht getan hat und die Wechselprozesse seitdem unerledigt liegen geblieben sind. Die Verjährung war daher, als die Klägerin die Klage am 11. 5. 07 bei dem deutschen Gericht anstellte, schon vollendet. **c)** PosMSchr. **09** 148 (Königsberg). Die Beschlagnahme von Wechseln zu Untersuchungszwecken durch die Staatsanwaltschaft hemmt den Lauf der Wechselverjährung nicht. **d)** KGBl. **08** 96 (KG.). Nach Art. 80 WO. konnte auch die Wechselverjährung nur durch die Behändigung der Klage unterbrochen werden. Bestände diese Bestimmung noch zu Recht, müßte der Beklagte mit seiner Verjährungseinrede durchdringen. Art. 80 WO. ist indessen durch Art. 8 Nr. 2 EGHGB. vom 10. Mai 1897 aufgehoben, und damit ist die Beschränkung in der Unterbrechung der Verjährung von Wechselansprüchen auf die Behändigung der Klage gefallen. Es treten also seitdem auch hinsichtlich der Unterbrechung der Wechselverjährung die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Unterbrechung der im Art. 78 WO. begründeten Verjährung in Kraft, also auch § 208 BGB., nach dem die Verjährung unterbrochen wird, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt.

Art. 81. 1. Fromhold, Mehrheiten von Personen als Subjekte von Wechselschuldverhältnissen, GoldschmidtsZ. **61** 323 ff., erörtert die Rechtsstellung einer Mehrheit von Ausstellern, Remittenten, Indossanten und Indossataren, Bezogenen und Akzeptanten, Domiziliaten, Wechselbürgen, Notadressaten und Ehrenakzeptanten, erklärt sie in allen diesen Fällen (trotz abweichender Ansicht des Reichsgerichts über die Mehrheit von Remittenten, JW. **89** 111) für zulässig und bespricht die materielle Bedeutung dieser Personenmehrheiten, besonders das Verhältnis der einzelnen zueinander. Dieses richtet sich im allgemeinen nach zivilrechtlichen Grundsätzen (§§ 420, 741 ff. BGB.).

2. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 4, 9, 12, 21, 51, 82, 96. **a)** **RG. 68** 155 ff., LeipzZ. **08** 373, JW. **08** 307, BankA. **7** 349, DJZ. **08** 358 R. **08** 33 Ziff. 1886. Ein Wechsel mit der Unterschrift des Bevollmächtigten von Erben „Robert Ilgensche Erben i. V. O. St." als Bürgen begründet keine wechselmäßige Verpflichtung der Erben, da sie keine Unterzeichnung mit dem Namen der Beklagten bildet. Denn an die Unterschrift des Wechselbürgen (Art. 81) sind die gleichen Anforderungen wie an die Unterschrift der Hauptverpflichteten zu stellen. Bildet auch die Wechselverbürgung keine der zum Aufbau des Wechsels wesentlichen Bestandteile und kann sie auch insoweit als eine selbständige Verpflichtung bezeichnet werden, so ist sie doch nicht minder als die Verpflichtung der Hauptwechselschuldner eine einseitige formale Schriftverpflichtung und bezeugt eine wechselmäßige Verbindlichkeit. Wenn daher die Wechselordnung in Art. 4 Ziff. 5 vom Aussteller des gezogenen Wechsels, in Art. 12 vom Indossanten, in Art. 21 vom Akzeptanten, in Art. 96 Ziff. 5 vom Aussteller des eigenen Wechsels die Unterschrift oder die Schrift des Namens oder der Firma, wenn ferner Art. 4 Ziff. 7 für die Bezeichnung des Bezogenen die Angabe seines Namens oder seiner Firma verlangt, so sind keine durchgreifenden Gründe erkennbar, aus denen für die Unterschrift des Wechselbürgen geringere oder abweichende Formvorschriften anerkannt werden müßten. **b)** **RG. 70** 208, JW. **09** 167, LeipzZ. **09** 308, R. **09** Ziff. 1056. Die Wechselobligation des Akzeptanten ist Skripturverpflichtung. Sie entsteht durch die Unterschrift, aber nur durch eine dem Wechsel entsprechende Unterschrift. Das Akzept des Nichtbezogenen erzeugt keine Wechselverpflichtung (**RG. 14** 18, **35** 43). Wird ein auf den Kaufmann A. gezogener Wechsel von A., der noch Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft A. u. Cie ist, mit der Firma dieser Gesellschaft akzeptiert, so entsteht dadurch eine wechselmäßige Verpflichtung der Gesellschaft nicht, weil der Wechsel nicht auf sie gezogen war und die Unterschrift mit der Gesellschaftsfirma auch nicht als eine Mitunterzeichnung des Akzepts des Bezogenen (WO. Art. 81) gelten kann. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, daß aus besonderen Umständen eines Einzelfalls abzuleiten ist, daß das Akzept des Nichtbezogenen in verpflichtender Absicht und mit der stillschweigenden Ermächtigung zu entsprechender Änderung der Wechseladresse gegeben worden ist. Die Beweispflicht liegt aber dem ob, der aus dem Akzepte Rechte geltend macht. **c)** OLG. **16** 147 (Hamburg). Nach Art. 51 Ziff. 2 kann zwar der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst hat, u. a. die ihm entstandenen Kosten erstattet verlangen. Aber darunter sind keinesfalls die Kosten aus Prozessen zu verstehen, welche der Inhaber als Kläger oder Beklagter wegen der Verwirklichung von Rechten aus dem Wechsel geführt hat. Für die Erstattungspflicht gilt das bürgerliche Recht. — Art. 81 Satz 2 hat keinesfalls beabsichtigt, mit dem Ausdruck „alles" die Wechselverpflichtung eines Verpflichteten auf die vermögensrechtliche Handlung auszudehnen, welche irgendwie mit der Nichterfüllung der Wechselverbindlichkeit zusammenhängt, vielmehr hat er nur an die in den vorhergehenden Artikeln, besonders 50 und 51 wechselrechtlich geordnete Haftung der Verpflichteten gedacht (**ROHG. 24** 91). **d)** SeuffBl. **08** 714 (München). Die Parteien, welche ihre Unterschrift neben diejenige eines Wechselverpflichteten auf die Rückseite des Wechsels gesetzt haben, können, auch wenn sie ihre Unterschrift auf einen Wechsel setzen, nur eine gewöhnliche zivilrechtliche Bürgschaft beabsichtigen, so daß die Verbürgung trotz der Wechselform nur die Wirkung der zivilrechtlichen Bürgschaft haben soll. Dafür müssen aber aus den getroffenen Abreden besondere unzweideutige Anhaltspunkte sich ergeben. Gemeinschaftliche Unterschrift eines Wechsels, um einem Dritten ein Darlehen zu verschaffen, begründet an sich noch nicht das Verhältnis der Bürgschaft **RG. 40** 57, **48** 152.

Art. 82. 1. *A d l e r, GoldschmidtsZ. **64** 127 ff. (s. o. zu Art. 6). Der Wechsel ist Träger abstrakter und kausalloser Verpflichtungen, aber niemals Träger kausalindividualisierter Verpflichtungen. Verkörpert er die abstrakte Verpflichtung, so befreit er den Gläubiger von der Beweislast der kausalen Entstehung seiner Forderung; denn der Wechsel als solcher bildet einen selbständigen Klagegrund; dem Schuldner verbleibt aber die Möglichkeit, aus dem Kausalverhältnis Einreden vorzubringen. Verkörpert er kausallose Verpflichtungen, so ist auch die einredeweise Bezugnahme auf die kausalen Beziehungen unmöglich. AM. W i e l a n d, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen 91, 124 ff., 182 ff. — Die Tratte als Anweisung, der Eigenwechsel als abstraktes Schuldversprechen: die Tratte ist in der Hand des Remittenten eine Anweisung mit hinzutretendem Regreßversprechen auch dann, wenn man — im Gegensatze zu T h ö l, Handelsrecht **1** 1087 ff., **2** 147, 344 — in der Anweisung keinen Auftrag erblickt. Die Besonderheiten des Wechsels, nämlich die Entstehung kausalloser Forderungen, treten erst mit der Indossierung ein. AM. W i e l a n d, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen 35 ff., C a n s t e i n, Lehrbuch des Wechselrechts 259 u. a. Der eigene Wechsel, der trassiert-eigene Wechsel und der Wechsel an eigene Order sind in der Hand des Remittenten abstrakte Schuldversprechen des bürgerlichen Rechtes; die Besonderheiten des Wechsels, nämlich die Entstehung kausalloser Forderungen, treten auch hier erst mit der Weiterbegebung ein. Ein für ein formloses Bürgschaftsversprechen gegebener Wechsel kann durch die Einrede des F o r m m a n g e l s als exceptio in personam entkräftet werden (BGB. § 766), desgleichen ein für ein formloses Schenkungsversprechen gegebener Wechsel (BGB. § 518).

2. *M a n s f e l d, LeipzZ. **09** 177 ff. Die Frage, inwiefern der Erwerber eines Blankoakzepts nach erfolgter Ausfüllung sich Einreden entgegensetzen lassen muß, die nicht in seiner Person entstanden sind, ist in der WO. nicht geregelt. Die von dem **RG. 65** 409, **68** 421, JW. **07** 543 vertretene Ansicht, daß dies nur dann der Fall sei, wenn er bei der Ausfüllung nicht in gutem Glauben war, geht ebenso zu weit wie die entgegengesetzte Meinung A d l e r s (vgl. JDR. **6** zu Art. 7 I), der dem guten Glauben gar keine Bedeutung zugestehen will. Erblickt man in der Ausfüllung des Blanketts durch den Erwerber die Annahme der Offerte zum Wechselbegebungsvertrag und faßt man den Blankettnehmer, der das Blankett unausgefüllt weitergibt, als Bevollmächtigten des Akzeptanten (Offerenten) auf, so kann man zu folgender Mittelmeinung gelangen. Fehlt nur die Unterschrift des Ausstellers, während alle übrigen Wechselerfordernisse vor der Akzeptierung oder vom Akzeptanten selber ausgefüllt sind, so wird der gutgläubige Erwerber geschützt. Denn er darf die Offerte, die in diesem Falle vollständig aus dem Wechseltexte hervorgeht, nach der Verkehrssitte als an ihn mitgerichtet betrachten; eine Anfechtung der Offerte aber wegen Irrtums oder Betrugs ist unzulässig, da sie an eine unbestimmte Mehrheit von Personen gerichtet ist. Anders dagegen, wenn außer der Ausstellerunterschrift noch sonstige Erfordernisse mangeln, die Offerte mithin aus anderweiten Quellen ergänzt werden müßte. Vertraut der Erwerber auf Mitteilungen eines früheren Blankettnehmers, so tut er es auf seine Gefahr.

3. **R e c h t s p r e c h u n g.** I. A b s o l u t e E i n r e d e n. Über die Einrede der Fälschung s. zu Artt. 75, 76; über die Einrede der Verjährung zu Art. 80; ferner zu Artt. 4, 23, 36, 83, 88, 96. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **09** 27, BankA. **7** 332, LeipzZ. **08** 594, R. **08** 529 Ziff. 2990. Werden Wechsel für klagbare und klaglose Schulden gegeben, so kann die Einrede aus den klaglosen Schulden in der Regel erst dann durchdringen, wenn die klagbaren Schulden getilgt sind. **b) RG. 71** 14 ff., JW. **09** 278[15]. Drei Mitgesellschafter, darunter

der Kläger, hatten einen eigenen Wechsel zusammen ausgestellt. Der Kläger löste den Wechsel ein und ließ ihn auf sich indossieren. Der Klage auf Erstattung der Wechselsumme gegen einen Mitgesellschafter setzte dieser die Einrede aus dem Schiedsvertrage mit Erfolg entgegen. Diese kann auch im Wechselprozeß erhoben werden. Denn nach Art. 82 WO. kann sich der Wechselschuldner unbeschränkt solcher Einreden bedienen, die ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Der streitige Wechsel war zur Geldbeschaffung für Zwecke der Gesellschaft gemeinsam von den Gesellschaftern ausgestellt. Unter diesen bildet die Frage, inwieweit der eine Gesellschafter dem anderen gegenüber verpflichtet ist, die Wechselsumme zu bezahlen, wenn sie streitig wird, eine Streitigkeit innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses, die nach der Abmachung in diesem durch schiedsrichterliches Verfahren zu erledigen ist, so daß der Rechtsweg jedenfalls ausgeschlossen ist, solange es nicht erledigt ist. **c)** **RG. 70** 208, JW. **09** 167, LeipzZ. **09** 308, R. **09** Ziff. 1056. Wenn die beklagte wechselverpflichtete Firma beweist, daß das von ihr angeblich abgegebene Akzept von dem Kläger umgeändert ist und der Wechselgläubiger demgegenüber nicht beweist, daß er dem Verpflichteten gegenüber berechtigt gewesen ist, die Adresse des Akzeptanten zu ändern, so ist dessen Einrede, daß sich der Wechselgläubiger durch Geltendmachung des Wechsels auf seine Kosten ohne rechtlichen Grund bereichere, begründet. **d)** PosMSchr. **07** 108 (Posen). Voraussetzung für die wechselmäßige Haftung ist, daß der Wechsel formell die vorgeschriebene Gestalt hat, dazu gehört insbesondere auch, daß die Wechselurkunde in ihrer ursprünglichen äußeren Gestalt nicht wesentlich verändert und beeinträchtigt ist, wie das z. B. der Fall ist, wenn sie einen in der Mitte der Längsseite befindlichen Riß aufweist, der sich bis über die Mitte der Querseite erstreckt und auch die Buchstabenbezeichnung der Wechselsumme durchtrennt. Der Einwand, daß dieser Einriß zum Zwecke der Vernichtung erfolgt und der Wechsel deshalb ungültig ist, greift ja dem Inhaber des Wechsels, auch dem späteren redlichen Erwerber gegenüber durch. Der Wechselinhaber muß die Gültigkeit des Wechsels, die Bedeutungslosigkeit des Einrisses beweisen. **e)** SächsRpflA. **08** 475 (Dresden). Derjenige, welcher ein gefälschtes Akzept an den Inhaber des Wechsels bezahlt hat, kann das Gezahlte als Leistung für eine Nichtschuld, also als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen, einerlei, ob der Aussteller des Wechsels eine Gegenleistung von dem beklagten Inhaber empfangen hatte oder nicht; denn auch im ersteren Falle hatte der Beklagte kein Recht, sich aus dem Vermögen des Klägers zu befriedigen. Daß dem Kläger die Fälschung bekannt gewesen ist, hat der Beklagte zu beweisen. **f)** BayRpflZ. **08** 250 (Augsburg). Für die Wirkung der Zahlung sind der Wille der Parteien und ihre Vereinbarung maßgebend. Zahlt der Trassant oder Indossant eines Wechsels dem Wechselinhaber und liefert dieser den Wechsel ohne Vorbehalt aus, so erlischt das Forderungsrecht des Wechselinhabers, während das des Indossanten oder Trassanten wieder auflebt. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Hingabe des Geldes entweder nur zur Sicherung des Wechselinhabers erfolgt oder wenn zwischen den Parteien vereinbart ist, daß die Zahlung nur gegen Abtretung der dem Wechselinhaber zustehenden Rechte zu erfolgen habe. In diesem Falle wird nach dem Willen der Parteien das Forderungsrecht des Wechselinhabers durch die Hingabe des Geldes nicht aufgehoben, und der Wechselinhaber ist deshalb in der Lage, auch noch nach Empfangnahme des ganzen Forderungsbetrags seine Ansprüche dem Zahlenden abzutreten (JW. **04** 75, Staub, WO. Art. 82 Anm. 59). **g)** DJZ. **08** 87, R. **08** Ziff. 78 (Karlsruhe). Der Sohn des Beklagten hatte drei von Kunden akzeptierte Wechsel als Aussteller unterschrieben, mit dem Vollgiro des Beklagten auf den klagenden Vorschußverein versehen und sodann bei diesem

durch den Provisionsreisenden des Beklagten diskontieren lassen. Die Wechselsumme war bei Akzeptierung und Übergabe der Wechsel durch den Sohn des Beklagten an den Provisionsreisenden nur zweistellig, aber von dem Provisionsreisenden, welcher die Wechselurkunden verfaßt hatte, sowohl oben rechts in Ziffern als im Kontext in Buchstaben ganz nach rechts gerückt, auch im Kontext, und zwar ohne daß der vordere freigebliebene Teil der Linien durch Striche ausgefüllt war, mit kleinen Anfangsbuchstaben geschrieben. Vor Diskontieruug verfälschte der Provisionsreisende die Wechsel durch Vorsetzung zweier weiterer Zahlen in Ziffern und Buchstaben. Der Vorstand des klagenden Vereins merkte nichts von der Fälschung. Die Wechsel kamen von dem Bezogenen unter Protest zurück. Der Beklagte wurde zur Bezahlung der Wechsel mit Zinsen und Spesen verurteilt. Denn der Beklagte haftet zunächst, weil er den Wechsel diskontiert hat, als Verkäufer des Wechsels nach § 437 BGB. für den vollen Schaden und kann die ihm an sich zustehende Einrede der Wechselfälschung nicht erheben. Ferner standen die Parteien im Kontokurrentverkehr, also in einem Vertragsverhältnisse, kraft dessen der Beklagte bei der Diskontierung von Wechseln die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns zu leisten hatte. Diese hat sein Sohn durch die Nichtbeachtung der jeder kaufmännischen Gewohnheit widersprechenden weiteren Zurücksetzung der Beträge und Nichtausfüllung des freien vorderen Teiles der Linie mit Strichen verletzt, als er den Wechsel unterzeichnete, girierte und aus der Hand gab. Hierfür hat der Beklagte nach § 278 BGB. einzustehen. Der Beklagte kann sich deshalb auf die Fälschung nicht berufen. Er hat nach § 249 BGB. den schadensfreien Zustand herzustellen. Dies kann er nur dadurch, daß er die Wechsel als echte gelten läßt.

II. Relative Einreden. 1. Rechtshängigkeit, gerichtlich untersagte Geltendmachung des Wechsels. **RG.** LeipzZ. **08** 833. Dem Wechselkläger war in einem anderen Prozesse die Geltendmachung des eingeklagten Wechsels bis zur Beendigung des anderen Prozesses durch einstweilige Verfügung untersagt. Daraus erwächst dem Beklagten im Wechselprozeß eine verzögerliche Einrede.

2. Stundung, Prolongation, Gefälligkeitswechsel. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 679. (S. BGB. § 364 Ziff. 1). Bei Ausstellung von Prolongationswechseln für die bisherige Wechselschuld kann eine Novationsabsicht in der Regel nicht unterstellt werden. Dies folgt aus dem Grundsatze des § 364 Abs. 2 BGB. (**ROHG.** **4** 371; **10** 48). **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 534, R. **08** 381 Ziff. 2246. Auch der Gefälligkeitswechsel kann wie der auf Schuld gezogene prolongiert werden. Aus der Tatsache, daß der Akzeptant eines als Gefälligkeitsakzept angenommenen Wechsels zur Zeit der Ausstellung dem Aussteller aus anderen Rechtsgründen (Darlehen, Warenlieferungen) einen höheren Betrag schuldete, kann nicht hergeleitet werden, daß es sich nicht um Gefälligkeitswechsel gehandelt habe. Auch in einem solchen Falle hat der Akzeptant einen rechtlich begründeten Revalierungsanspruch auf Ersatz der Zahlungen, die er Dritten auf Grund seiner Gefälligkeitsunterschrift geleistet hat, und Sache des Ausstellers ist es, das, was der Akzeptant ihm aus anderen Rechtsgründen schuldet, hiergegen im Wege der Aufrechnung geltend zu machen und durch Angaben der erforderlichen Einzelheiten zu begründen. Der Einwand des Gefälligkeitsakzepts bedarf keiner näheren Substantiierung dahin, daß sich der Nehmer zur Einlösung verpflichtet habe. Wenn unter Kaufleuten die Wendung gebraucht wird, daß ein Akzept aus Gefälligkeit gegeben wird, so kann der Sinn nicht zweifelhaft sein. **c)** **RG.** R. **08** 194 Ziff. 1156. Durch die Vermischung einer Wechselschuld mit anderen Wechselschulden — durch Stundung Prolongation u. a. — wird die materielle Schuld nicht ohne weiteres noviert. Für eine solche Novation gibt es keine gesetzliche Vermutung, vielmehr ist dazu

immer besondere Abmachung erforderlich (§ 364 BGB.). **d)** R. **09** Ziff. 1403 (Hamburg). Hat der Aussteller dem Akzeptanten die Prolongation eines Dreimonatswechsels versprochen, so folgt aus dieser Abrede nach der im Handel herrschenden Verkehrssitte, daß der Akzeptant dem Aussteller das Prolongationsakzept so rechtzeitig vor Verfall des ersten Wechsels einzusenden hat, daß der Aussteller sich durch Begebung der zweiten Tratte die Mittel zur Einlösung der ersteren verschaffen konnte. Erfüllt der Akzeptant diese Verpflichtung nicht, so kann er aus der Prolongationsabrede keine Einrede gegen die Wechselklage des Ausstellers geltend machen.

3. Sicherheits-, Depotwechsel. **a) RG.** R. **08** 213 Ziff. 1276. Behauptet der Wechselschuldner, der Wechsel sei nur als Sicherheitswechsel für künftige Kreditgewährung gegeben, so liegt gegenüber dem im Besitze des Wechsels befindlichen Kläger darin zugleich die Behauptung, daß der Wechsel in dem Sinne, in dem er gegeben, auch angenommen wurde, also die Behauptung einer Vereinbarung, nicht nur einer Erwartung. Der Schuldner geht mit einer solchen Verteidiguug auf die causa des dem Wechselbegebungsvertrage zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zurück und entnimmt daraus den Einwand, daß der Wechsel nicht entgegen der Vereinbarung vom Kläger ausgeklagt werden dürfe. **b)** ElsLothJZ. **09** 553 (Colmar). Daraus, daß ein Wechsel zur Sicherung gegeben ist („Kautionsdepotwechsel"), folgt nicht, daß der Wechselnehmer den Wechsel am Verfalltage nicht ohne weiteres geltend machen könne. Vielmehr ist im Zweifel, d. h. soweit der Wechselschuldner nicht eine entgegenstehende Abmachung nachweist, anzunehmen, daß der Kautionswechsel dazu dienen soll, dem Gläubiger am Verfalltage durch Leistung in bar Sicherheit für seine Forderungen zu verschaffen. Die Sicherheit, welche dem Gläubiger gewährt wird, besteht gerade darin, daß es sich bei Verfall in den Besitz der Wechselsumme setzen kann. Das gilt nicht nur von Wechseln mit bestimmten Verfalltagen, sondern auch von solchen, welche auf Sicht ausgestellt sind, wie die hier vorliegenden; bei solchen Wechseln kann der Gläubiger den Tag bestimmen, an welchem er sich Sicherheit in bar durch Präsentation des Wechsels verschaffen will. Dem Zwecke und der Bestimmung eines solchen Wechsels würde es deshalb widersprechen, wenn man ihm gegenüber den Einwand zulassen wollte, daß zur Zeit der Einklagung die zu sichernde Forderung noch nicht liquid oder aus dem Rechtsverhältnisse, zu dessen Sicherung der Wechsel bestimmt ist, noch keine Forderung entstanden sei. Erheblich ist vielmehr nur der Einwand, daß weder zur Zeit ein Anspruch bestehe, noch für die Zukunft aus dem zusichernden Rechtsverhältnisse zu verwerten sei, so daß der Grund der Sicherung weggefallen sei und deshalb die Einziehung der Wechselsumme sich als ungerechtfertigte Bereicherung des Wechselgläubigers darstelle, in deren Geltendmachung ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege. **c)** LeipzZ. **08** 623, ElsLothJZ. **09** 5 Ziff. 1065, R. **08** 178 (Colmar). Dem Zwecke des Kautionswechsels entspricht es, daß nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner beweispflichtig ist, wenn dieser aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis Einwendungen im Wechselprozeß erhebt. Dieser Nachweis erstreckt sich in der Regel nicht nur darauf, daß zur Zeit den Gläubiger aus dem zu sichernden Rechtsverhältnisse kein Anspruch zusteht, sondern auch darauf, daß ein solcher in Zukunft nicht zu erwarten ist.

4. Blankowechsel. Übertragung der Rechte aus ihnen und Einreden gegen den gutgläubigen Erwerber. S. auch zu Artt. 4, 9, 13, 21, 23, 36. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **08** 243. Ein als Blankogiro gemeinter Stempeldruck eines Namens oder einer Firma auf einen Wechsel ist unerheblich. Auch der Blankoindossant selbst wird durch sein eigenes

Blankoindossament als Besitzer des Wechsels zur Protesterhebung legitimiert. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **08** 20. Der Zeichner eines Blankoakzepts haftet dem gutgläubigen Erwerber des ihn legitimirenden oder von ihm gutgläubig ausgefüllten Akzepts nach Wechselrecht, so daß ihm Einreden gegen diesen nur nach Maßgabe des Art. 82 WO. zustehen. Hat der Erwerber seine Unterschrift als Aussteller gutgläubig auf den Wechsel gesetzt, so haftet ihm der Wechselakzeptant nach Art. 23 Abs. 2 WO. **c) RG. 68** 418 ff., LeipzZ. **08** 693, 694, 703, BankA. **7** 348, JW. **08** 492, R. **08** 479 Beil. 2 Ziff. 2739. Der Satz, daß sich der gutgläubige Erwerber eines Blankoakzepts nach der Herstellung des Wechsels Einreden aus der Person des Übertragenden nicht gefallen zu lassen braucht, gilt dann nicht, wenn ihm das Blankett zugleich mit der Forderung übertragen ist, zu deren Deckung es seinem Vormanne gegeben war. Solche Einwendungen, z. B. diejenigen, daß die Schuld aus unklagbaren Börsentermingeschäften kommt, sind auch in Ansehung der Wechselforderung ihm gegenüber wirksam, ohne daß es darauf ankommt, ob und wann er von ihrem Bestehen Kenntnis erlangt hat.

5. Einreden aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte. **a)** Im allgemeinen. α. HansGZ. **08** Hptbl. 300 (Hamburg). Einreden, welche die Vormänner aus ihrem materiellen Rechtsverhältnisse gegen den Wechselschuldner erheben, berühren diesen auch dann nicht, wenn er sie bei dem Erwerbe des Wechsels kannte. β. **RG.** R. **09** Ziff. 1057. Wird ein Wechsel von einem dritten gutgläubigen Erwerber gegen den Akzeptanten geltend gemacht, so kann dieser nicht auf das Kausalverhältnis zwischen ihm und dem ersten Wechselnehmer zurückgreifen. Dagegen ist dem ersten Wechselnehmer gegenüber allerdings der Einwand, daß es der Wechselobligation an jedem Rechtsgrunde fehle, zu beachten, da ein Verhältnis zwischen diesen Personen durch die Skriptur und die Beweislast verschoben wird. **b)** Ungültige (unsittliche) Rechtsgeschäfte. α. **RG.** LeipzZ. **08** 773. Die Wechselbegebung verstößt nicht schon darum allein gegen die guten Sitten, weil ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Eine Notlage im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. erfordert, daß der Bewucherte genötigt ist, das ihm nachteilige Geschäft einzugehen. Die Feststellung, eine Nötigung zur Gewährung des hohen Wechseldiskonts sei nicht nachweisbar, weil der Beklagte ein frei verfügbares Bankguthaben hatte, ist deshalb kein Rechtsirrtum. β. **RG.** Holdheims MSchr. **08** 215, LeipzZ. **08** 382, R. **08** 190 Ziff. 1134. Liegt einem Wechselbegebungsvertrag ein wucherisches Geschäft zugrunde, so ergreift die Nichtigkeit nicht nur den dem wucherischen Vorteil entsprechenden Betrag, sondern das ganze Geschäft; auch derjenige Teilbetrag kann nicht klagend geltend gemacht werden, für den tatsächlich ein Darlehen gewährt worden ist. Der Wechsel kann zurückgefordert werden. γ. HansGZ. **08** Beibl. 184, BankA. **7** 365 (Hamburg). Ein zur Erfüllung einer Spielschuld hingegebener Wechsel kann von dem Schuldner zurückgefordert werden. Dagegen sind Zahlungen, welche der Schuldner auf einen solchen Wechsel freiwillig leistet, der Rückforderung entzogen. Zweifelhaft ist, ob eine solche freiwillige Zahlung schon dann vorliegt, wenn der Gläubiger den Wechsel mit Willen des Spielschuldners weiterbegibt und durch diese Diskontierung befriedigt wird oder erst dann, wenn der Spielschuldner die Wechselschuld seinerseits bezahlt, ohne den Wechsel vom Gläubiger zurückgefordert zu haben. Keinesfalls aber liegt eine freiwillige Zahlung dann vor, wenn der Gläubiger den Wechsel zwar im Einverständnisse mit dem Spielschuldner weitergegeben hat, von diesem aber vor Empfang der Valuta nnd Beitreibung der Wechselsumme durch den Indossatar auf Herausgabe des Wechsels in Anspruch

genommen worden ist. In diesem Falle ist der Spielgläubiger um die nachträglich empfangene Valuta ohne Rechtsgrund auf Kosten des Spielschuldners bereichert und zur Herausgabe an ihn verpflichtet. δ. PosMSchr. **08** 35 (Posen). Das Wechselgeschäft ist an sich unabhängig von dem materiell-rechtlichen Grunde. Nach Art. 4 WO. liegt dem Wechsel ein Schuldverhältnis nicht zugrunde. Ist dies der Fall, so löst sich doch von ihm der wechselmäßige Anspruch mit seiner Entstehung los. Deshalb ist gegenüber dem Wechselnehmer die Einrede unzulässig, daß der zugrunde liegende Vertrag nicht oder nicht vollständig erfüllt sei. Erheblich ist dagegen die Behauptung des Beklagten, daß der Wechselnehmer gar nicht imstande sei, seine Verpflichtung aus dem zugrunde liegenden Vertrage zu erfüllen. Dann würde nämlich dem Wechselnehmer eine Forderung gegen den Beklagten gar nicht zustehen, und daher kann er das trotzdem Gezahlte nach § 812 BGB. als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. ε. **RG.** LeipzZ. **09** 140. Die Valutaklausel in der Tratte „den Wert in bar" bezieht sich nicht auf das Verhältnis zwischen Akzeptanten und Aussteller, sondern zwischen diesem und dem Wechselnehmer. Die Klausel soll andeuten, daß der Aussteller vom Wechselnehmer die Valuta erhalten hat, sofern der Klausel überhaupt im Einzelfalle Bedeutung beizulegen ist. Im vorliegenden Falle hat sie überhaupt keinen Sinn, weil der Aussteller sich selbst als Remittenten bezeichnet hat. ζ. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 20. Den durch Vollindossament legitimierten, in Wirklichkeit aber nur als Inkassomandatar anzusehenden Wechselkläger trifft der Vorwurf der Arglist, wenn er im Laufe des Prozesses die dem Wechselschuldner gegen den Vormann des Wechselklägers zustehenden Einreden erfährt und sein formales Recht dazu mißbraucht, die Geltendmachung der Einreden zum Nachteile des Wechselschuldners zu verhindern. η. **RG.** LeipzZ. **08** 277, HoldheimsMSchr. **08** 184, JW. **08** 157[25], R. **08** 141 Ziff. 858. Ist vereinbart, daß ein Wechsel nur unter einer Bedingung geltend gemacht werden kann, so muß der Beklagte, der aus dem Wechsel in Anspruch genommen wird, aber seine wechselmäßige Verpflichtung ablehnt, beweisen, daß die Bedingung nicht eingetreten ist. Aus der Bedingung, daß der Wechsel nur im Falle einer Vertragsverletzung des Beklagten begeben werden dürfe, folgt aber nicht, daß dem Beklagten schrankenlos der Negativenbeweis obliegt, er habe den Vertrag nicht verletzt. In solchem Falle muß der Kläger die konkreten Tatsachen bezeichnen, in denen er eine Verletzung erblickt. Beweispflichtig hierfür ist er nicht, vielmehr muß der erhobene Vorwurf vom Beklagten widerlegt werden; bringt der Kläger aber trotz der Versicherung des Beklagten, dem Vertrage treu geblieben zu sein, einen bestimmten Vorwurf nicht vor, so ist die Klage abzuweisen. ϑ. **RG.** R. **08** 396 Ziff. 2326. Der Wechselaussteller X. brauchte, um Kredit bei einem Bankhause zu erhalten, einen mit drei Unterschriften versehenen Wechsel; er erhielt von A. die Zusage, daß er an zweiter Stelle, und darauf von B. die Zusage, daß er mit Rücksicht auf das von A. zu gebende Vorindossament an dritter Stelle den Wechsel als Indossant zeichnen werde. A. verweigerte später seine Unterschrift und veranlaßte den Aussteller, die Unterschrift des B. einzuholen, diesem aber von seiner, des A., Weigerung, an der für ihn bestimmten Stelle den Wechsel zu unterzeichnen, nichts mitzuteilen. B. unterzeichnete hierauf unter Freilassung des Raumes für das von A. einzufügende zweite Indossament den Wechsel mit dem Zusatze „dritter Bürge". A. ließ dann auf dem für das zweite Indossament freigebliebenen Raume einen zahlungsunfähigen Dritten seinen Namen setzen und unterzeichnete den Wechsel selbst erst an vierter Stelle, somit als Nachmann des B. Dieses Verhalten des A. verstößt gegen die guten Sitten und verpflichtet ihn zum Schadensersatz an B., nicht aus seinem Versprechen, an zweiter Stelle zu zeichnen und aus seiner

Wechselunterschrift, sondern aus der in seiner arglistigen Täuschung liegenden unerlaubten Handlung. ι. R. **08** 433 Ziff. 2497 (Stuttgart). Versucht einer der beiden Geschäftsführer einer GmbH., seine von dem anderen Geschäftsführer bestrittene Gehaltsforderung in der Weise durchzusetzen, daß er einen von einem Dritten in einverständlichem Handeln mit ihm selbst auf die GmbH. gezogenen Wechsel akzeptiert, so steht der auf Bezahlung des Wechsels belangten Gesellschaft dem Dritten gegenüber die Einrede der Arglist aus Art. 82 WO. entgegen. Denn die Erhebung eines Regreßanspruchs wegen einer Wechselforderung, welche mit Vorwissen des Regredienten unter Mißbrauch der Vertretungsbefugnis gerade zu dem Zwecke begründet wurde, um die Gesellschaft zur alsbaldigen Bezahlung einer von ihr nicht anerkannten Forderung zu zwingen, verstößt gegen die guten Sitten. κ. **RG.** R. **09** Ziff. 380, LeipzZ. **09** 140. Hat der Beklagte gegen Hingabe des Wechsels nicht die volle versprochene Darlehnssumme erhalten, so steht der Geltendmachung des Wechsels über den vorbezahlten Betrag hinaus die Einrede der Arglist entgegen, besonders auch hinsichtlich der Darlehnsprovision. λ. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 124. Der Indossatar eines Wechsels, der diesen für eigene Rechnung erworben hat, muß sich nur solche Einreden aus der Person des Vorbesitzers entgegenhalten lassen, deren Vereitelung er in kollusivem Zusammenwirken mit dem Veräußerer bezweckte (**RG. 57** 65, 691). μ. **RG. 71** 289. (S. BGB. § 518 Ziff. 2). Ein schenkweise erteiltes Wechselakzept, welches sich noch in Händen des Beschenkten befindet, ist nur ein Schenkungsversprechen im Sinne des § 518 BGB. und nicht schon die Bewirkung der versprochenen Leistung. Gegenüber der Wechselklage ist die Einrede aus dem Kausalgeschäfte, daß dieses nicht gerichtlich oder notariell beurkundet und deshalb nichtig sei, durchgreifend. ν. **RG.** LeipzZ. **09** 148. Die Abrede, einen Wechselschuldner „materiell nicht in Anspruch zu nehmen", soll den Gegensatz zwischen einem Mitverklagen bloß zum Scheine und einer rechtlichen Inanspruchnahme bezeichnen. Diese letztere begreift aber sowohl die Zwangsvollstreckung wie die Erwirkung eines Urteils gegen den Wechselschuldner.

Literatur: Ditscher, Die rechtliche Natur der Wechselbereicherungsklage, GoldschmidtsZ. **65** 352—408.

Art. 83. 1. *Adler, GoldschmidtsZ. **64** 127 ff., Wechselhingabe „zahlungshalber" oder „sicherungshalber"? Der Wechsel wird an den Remittenten „sicherungshalber", an den Indossatar „zahlungshalber" begeben. Daraus ergeben sich folgende Sätze: a) Der Remittent kann auf die Kausalforderung gegen den Trassanten zurückgreifen, ohne daß er zuvor irgendwelche Schritte getan hat, um den Wechsel bei dem Akzeptanten oder Domiziliaten einzuziehen; auch wenn der Wechsel in der Hand des Remittenten präjudiziert ist, hat dieser seine Kausalforderung gegen den Trassanten nicht verloren. b) Hat der Remittent den Wechsel weiterbegeben, so ist sein kausaler Anspruch gegen den Trassanten untergegangen, sobald er nicht mehr von seinen Nachleuten im Regreßweg in Anspruch genommen werden kann. c) Der Indossatar verliert seine Kausalforderung gegen seinen Vormann, wenn er sein wechselmäßiges Regreßrecht gegen diesen verloren hat. (Anders die herrschende Meinung, z. B. Staub-Stranz Zusatz 1 zu Art. 83.) — Novation oder sonstige Schuldtilgung durch Wechselbegebung? Die Streitfrage, ob mit Begebung einer Tratte das ihr zugrunde liegende Schuldverhältnis auch ohne besondere Vereinbarung erlischt, ist vom BGB. § 788, welcher auf die Tratte infolge ihres Anweisungscharakters anwendbar ist, im verneinenden Sinne gelöst worden. Dasselbe Resultat ergibt sich hinsichtlich des eigenen Wechsels, des trassiert-eigenen Wechsels und des Wechsels an eigene Order aus der Anwendung des für das abstrakte Schuldversprechen unbestrittenen Grundsatzes, daß durch Erteilung des abstrakten Schuldversprechens die

Kausalforderung nicht getilgt wird. Die präjudizierte Tratte kann nicht als Anweisung, und der präjudizierte Eigenwechsel, trassiert-eigene Wechsel und Wechsel an eigene Order können nicht als abstraktes Schuldversprechen fortwirken.

2. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 82. PosMSchr. **09** 104 (Posen). Um mit der Klage aus Art. 83 durchzudringen, muß der Kläger beweisen, daß der Beklagte durch Erlöschen des auf das formale Wechselrecht gestützten Anspruchs bereichert ist. Dies ist aber nur dadurch möglich, daß er das zivilrechtliche Rechtsverhältnis, das dem Wechsel zugrunde liegt, aufdeckt und nachweist.

Artt. 84—86. Literatur: Fall, Die Erfordernisse des Wechsels in allen Kulturstaaten der Erde. InaugDiss. Berlin 1909. — F. Meyer, Der gegenwärtige Stand der Frage betreffend die Vereinheitlichung des Wechselrechts, BankA. 8 6 ff., 57 ff. — S Schwartz, Das Weltwechselrecht, ZIPR. **09** 176 ff. — Wieland, Der Entwurf eines Weltwechselrechts und die Budapester Regeln v. September 1908, GoldschmidtsZ. **09** 1 ff.

Schauer, Das Indossament im deutsch-französischen Verkehr, BankA. 8 124 ff., führt aus: Die Form des Indossaments ist nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an welchem die Indossierung geschehen ist. Die Wirkung der Indossierung aber ist nicht nach dem Indossamentsorte, sondern nach dem Zahlungsorte des Wechsels zu beurteilen. Dazu führt in erster Linie der aus der akzessorischen Natur der Indossamentsobligation sich ergebende Schluß, dazu führen auch die weder dem Rechte noch dem Zwecke der Indossierung entsprechenden Folgen einer verschiedenen Beurteilung der Wirkung mehrerer in verschiedenen Ländern geschehenen Indossierungen.

Artt. 88, 88a. Literatur: RG. betreffend die Erleichterung des Wechselprotestes vom 30. Mai 1908, s. Bernstein, DJZ. **08** 1086 ff. — Lütkemann, Der neue Wechselprotest, DNotV. **08** 678 ff. — Thorwart, Reform des Wechselprotestes, BankA. **07/08** 99. — Weißler, Der Wechselprotest in seiner neuen Gestalt, DNotV. **08** 568 ff. — Die Dienstanweisung für den Postprotest, DNotV. **09** 41 ff.

1. Jastrow, Der Wechselprotest und die durchstrichenen Indossamente, DNotV. **09** 57 ff., schlägt vor, daß, wenn der den Protest aufnehmende Beamte ein Notar ist, er den Wechsel in der Protesturkunde mit Rücksicht auf das Vorhandensein durchstrichener Indossamente nach Formularen beschreibt. Dadurch werden die Zweifel beseitigt, wie man bei der jetzigen Form des Wechselprotestes die Legitimation des Wechselinhabers zum Proteste dartun kann, wenn sie nur mittels durchstrichener Indossamente geführt werden kann oder umgekehrt, wenn nachträglich durchgestrichene Indossamente den Anschein mangelnder Legitimation erwecken.

2. Hallensleben, Die Wechselprotestnovelle in der Praxis, JW. **08** 668 ff., Schlotter, Die Nachteile der Proteste neuer Fassung im Wechsel- und Scheckverkehre, DJZ. **08** 1270, Rausnitz das. 1332, Stranz das. 1383, erörtern die Frage, wie der Schwierigkeit abzuhelfen ist, welche die Novelle zur WO. vom 30. Mai 1908 gebracht hat, insofern als der Protest keine Abschrift des Wechsels mehr enthält und im Falle des Art. 55 WO., wenn ein Indossant, der einen seiner Nachmänner befriedigt hat, sein eigenes und seiner Nachmänner Indossament ausgestrichen hat, die Legitimation des Protesterhebers nachzuweisen, weil das Indossament vor oder nach Erhebung des Protestes durchgestrichen sein kann. Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Erhebung des Protestes hat erleichtern, nicht erschweren wollen. Das Gericht muß deshalb vermuten, daß, wenn Wechsel und Protest vorliegen, der Protestbeamte die Legitimation seines Auftraggebers geprüft und für ordnungsmäßig befunden hat. Der Beklagte hat seinen abweichenden Einwand zu beweisen. Der Protestbeamte aber hat bei Benennung seines Auftraggebers praktisch hinzuzufügen, daß dieser durch eine fortlaufende Reihe von Giros wechselmäßig legitimiert war. Abweichend Gumbinner, DJZ. **08** 1397.

3. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 23, 41, 43, 55, 91. a) Pos. MSchr. **09** 49 (Posen). Da nach dem neuen Wechselprotestgesetze die Protesturkunde keine Abschrift des Wechsels mehr enthält und nach Art. 55 WO. das Ausstreichen von Indossamenten nach der Protesterhebung zulässig ist, ergibt sich das Bild des Wechsels zur Zeit der Protesterhebung und die Legitimation des Protestaten zur Protesterhebung nicht immer zweifelsfrei aus der Protesturkunde. Hat der Wechsel bei der Protesterhebung so ausgesehen, wie er jetzt aussieht, sind also die jetzt durchgestrichenen Indossamente schon damals durchgestrichen gewesen, so wäre jeder Inhaber des Wechsels nach Art. 36 WO. zur Protesterhebung legitimiert, da die nicht durchstrichenen Indossamente Blankoindossamente sind. Den Einwand, daß die jetzt durchgestrichenen Indossamente erst nach der Protesterhebung durchgestrichen sind, hat der Wechselschuldner zu behaupten und zu beweisen. Ist das Geschäftslokal, in dem nach Art. 91 zu protestieren war, verschlossen angetroffen worden, so versteht es sich ohne weiteres von selbst, daß der Protestat nicht angetroffen ist. **b)** **RG. 68** 427, LeipzZ. **08** 693, JW. **08** 493, BankA. **7** 349, ZBlFG. **9** 157 Ziff. 137, R. **08** 479 Ziff. 2740. Trotz des Wortes „muß" sind die in Art. 88 WO. für den Protest aufgestellten Erfordernisse nicht in dem Grade zwingend, daß das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit des einen oder des anderen Erfordernisses unbedingt und in allen Fällen Nichtigkeit zur Folge hätte. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob ein vorhandener Mangel so erheblich ist, daß er den Zweck und das Wesen des Protestes beeinträchtigt (**ROHG.** 1 143, **18** 209.) — Um einen Protest, durch den die Präsentation eines eigenen Nachsichtwechsels beurkundet wird, gültig aufzunehmen, ist nicht erforderlich, daß der Protestbeamte an den Protestatenten ausdrücklich das Begehren richtet, eine datierte Sichtbescheinigung auf den Wechsel zu setzen. Es genügt, wenn die Präsentation, das Wesentliche bei dem Rechtsakt, einwandfrei beurkundet ist. **c)** OLG. **19** 415, DJZ. **09** 324 KG.). In betreff des rückläufigen Wechsels ist in der Wissenschaft und Rechtsprechung die Ansicht herrschend, daß, wer den Wechsel im Regreßweg eingelöst hat, schon durch den Besitz des Wechsels und des Protestes legitimiert ist. Auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 30. Mai 1908, wonach die Vorschrift, daß der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels mit allen Indossamenten enthalten mußte, weggefallen ist, besteht die Vermutung, daß der den Erfordernissen des neuen Gesetzes äußerlich genügende Protest, den der Inhaber eines rückläufigen Wechsels vorlegt, im Auftrage des legitimierten Inhabers erhoben ist, sofern sich aus dem Wechsel und Protest ergibt, daß die Legitimation zur Zeit der Protesterhebung vorhanden gewesen sein kann. Diese bis zum Beweise des Gegenteils durch den Schuldner anzunehmende Vermutung findet, abgesehen davon, daß mit den neuen Bestimmungen des genannten Gesetzes nicht eine Erschwerung der Stellung des Gläubigers bei der Verfolgung des Wechselanspruchs, sondern eine Erleichterung des Wechselprotestes gewollt ist, auch darin ihre Stütze, daß die Protesterhebung noch Beamten obliegt, die vermöge ihrer Dienstpflicht oder des mit dem Auftraggeber geschlossenen Dienstvertrags verpflichtet sind, vor der Anahme des Auftrags zu prüfen, ob der Inhalt des Wechsels den Auftraggeber als zur Protesterhebung legitimierten Inhaber ausweist, so daß die Gefahr, daß der Protest im Auftrag eines Unberechtigten erhoben war, überhaupt nicht groß ist. **d)** OLG. **18** 91, BankA. 8 209 (KG.). Ein nach neuem Rechte aufgenommener Wechselprotest gilt im Zweifel als ordnungsmäßig, auch wenn zur Zeit der Klagerhebung das Indossament, auf welchem die Legitimation des Protest Erhebenden beruht, ausgestrichen ist. Der Schuldner kann diese Vermutung jedoch durch den Gegenbeweis entkräften, daß das Indossament bereits zur Zeit der Protesterhebung durchgestrichen war. Vgl.

übereinstimmend OLG. **15** 415, DJZ. **09** 324 (KG). **e**) BreslauAK. **08** 18 (Breslau). Der Akzeptant muß die Kosten des mangels Zahlung erhobenen Protestes auch dann bezahlen, wenn der Protest zur Erhaltung des Wechselrechts gegen einen Wechselverpflichteten nicht erforderlich war, sondern nur dazu diente, die Präsentation des Wechsels und dadurch den Verzug des Wechselschuldners nachzuweisen. Der Protest ist im Verkehre durchaus geschäftsüblich und zum Nachweise des Verzugs im Wechselprozeß, auch gegenüber der im § 605 ZPO. geschaffenen Beweiserleichterung kaum zu entbehren (**RG. 4** 127). **f**) OLG. **18** 90, ZBlFG. **9** 624 Ziff. 498, HansGZ. **09** Hptbl. 48, R. **09** Ziff. 746 (Hamburg). Als die Person, gegen welche protestiert wird, ist im Sinne der obigen Vorschrift, auch in der Fassung des G. vom 30. Mai 1908 die physische Person zu verstehen, welche die Firma, gegen die Protest erhoben werden soll, vertritt. Es genügt jedoch, wenn der Protestbeamte beurkundet, daß er den Inhaber der Firma nicht angetroffen habe, einer Angabe des Namens des Firmeninhabers in der Protesturkunde bedarf es nicht. Wird z. B. der Wechselbezogene, gegen welchen der Protest zu richten ist, darin mit Herr Robert E. bezeichnet, so trifft dies auch auf die Firma Robert E. zu. **g**) PosMSchr. **09** 104 (Posen). Zur Gültigkeit des Protestes ist notwendig, daß die über ihn aufgenommene Urkunde selbst unzweideutig und klar erkennen läßt, aus welchem der im Art. 88² WO. genannten Gründe der Protest erhoben ist, sonst fehlt es an einer Voraussetzung für die Klage. **h**) ElsLothJZ. **09** 366 (Colmar). Die Worte eines Wechsels „zahle ich" stehen nicht im Widerspruche damit, daß der Wechsel von mehreren Personen unterzeichnet ist. In diesem Falle sind diese Wechselschuldner, sei es als Aussteller oder als Bürgen, verpflichtet. Die nicht genaue Bezeichnung des Wechselgläubigers in einem Protest ist unschädlich, wenn dadurch die Person des Wechselgläubigers nicht unsicher wird. Der Auftrag zur Protesterhebng kann mit Zustimmung des Wechselgläubigers durch jeden Dritten erteilt werden.

Art. 90. Josef, Vergessene Unterschriften, ZBlFG. **9** 8 ff. Das Wechselrecht gilt für die Frage, ob ein Wechselprotest nachträglich vollzogen werden kann. Der Protest muß innerhalb der Protestfrist fertiggestellt und vom Notar unterschrieben sein. Änderungen galten bisher für unzulässig (OTr. **53** 224, **ROHG. 7** 184) Art. 90 in der Fassung des Gesetzes betr. Erleichterung des Wechselprotestes hat dies aber abgeändert. Danach kann der Notar, welcher den Protest zu unterschreiben vergessen hat, die Unterschrift nicht mehr nach der Aushändigung, bis zu dieser aber auch noch dann bewirken, wenn die Protestfrist bereits abgelaufen ist.

Art. 91. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 19, 41, 43, 88, 88a. **a**) ZBlFG. 8 621, 622 Ziff. 634, PosMSchr. **07** 167 (Königsberg). Das Gesetz schreibt eine Feststellung im Proteste darüber, weshalb der Protestbeamte den Protestaten als solchen für legitimiert erachtet, nicht vor; es muß nur aus der Urkunde sich unzweideutig ergeben, gegen welche Person der Protest erhoben wird (z. B. gegen den Erben des verstorbenen Domiziliaten). Hat sich der Protestat auf die Protesthandlung an dem Orte, an dem sie vorgenommen wurde, eingelassen, so ist es unerheblich, ob dieser Ort der richtige war. Nach dem Tode des eigentlichen Protestaten ist der Protest gegen dessen Erben als Ersatz für den Protest gegen den verstorbenen Protestaten selbst zulässig. **b**) OLG. **16** 147, ZBlFG. 8 783 Ziff. 792 (KG.). Ein Protest, der in der Wohnung des Protestaten erhoben war, ehe durch Nachfrage bei der Polizeibehörde festgestellt war, daß der Protestat kein Geschäftslokal habe, ist ungültig, wenn der Wechsel selbst erkennen läßt, daß der Protestat zu denjenigen Leuten (z. B. Kaufleuten) gehört, die ein Geschäftslokal zu haben pflegen und der Protestat

nach Inhalt des Protestes nicht mit der Vornahme in der Wohnung einverstanden gewesen ist. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß die Polizeibehörden des Ortes Geschäftslokale nicht nachweisen, noch die der Konkurseröffnung über das Vermögen des Protestaten. c) OLG. **18** 89 (KG.). Die Vorschriften des Art. 91 WO. regeln keineswegs nur die amtliche Tätigkeit des Protestbeamten, sondern auch die private Präsentation durch den Gläubiger. Für diese genügt es daher, wenn sie in dem Geschäftslokal oder in der Wohnung des Schuldners versucht wurde. Der Schuldner kann sie nicht dadurch vereiteln, daß er sich am bezeichneten Orte nicht antreffen läßt. **d) RG.** JW. **07** 544, LeipzZ. **07** 738, ZBlFG. **8** 350 Ziff. 354. Fügt der Indossatar eines Wechsels vor dessen Weiterbegebung, im Einverständnisse mit dem Akzeptanten, dessen Adresse einen Zahlungsvermerk hinzu, so bedarf es gleichwohl zur Erhaltung des Rückgriffsrechts gegen den Aussteller und den früheren Indossanten auch einer Protestaufnahme im Geschäftslokal oder der Wohnung des Akzeptanten; als eine — nach Art. 91 Satz 2 WO. wirksame — abweichende Vereinbarung zwischen Protestant und Protestat über den Ort der Protesthandlung kann die Hinzufügung der Zahlstelle nicht angesehen werden. e) SächsRpflA. **08** 193, ZBlFG. **8** 784 Ziff. 795, SächsRpfl. **08** 193, BankA. **7** 251 (Dresden). Enthält ein Wechsel den Domizilvermerk: „Zahlbar bei der Deutschen Bank in Leipzig", so ist der Protest bei der in Leipzig bestehenden Filiale der Deutschen Bank richtig erhoben (Art. 91 WO., §§ 13, 30 HGB., § 135 BGB.). **f)** OLG. **19** 416, ZBlFG. **8** 783 Ziff. 793, R. **08** 281 Ziff. 1675 (Braunschweig). Der Protestbeamte braucht nur dann nach dem Vorhandensein eines Geschäftslokals zu forschen, wenn der Protestat zu denjenigen Personen gehört, die ein Geschäftslokal im Sinne des Art. 91 zu haben pflegen. Dahin gehören die Gastwirte.

Art. 95. RG. BayRpflZ. **08** 462, R. **08** 509 Ziff. 2896. Wenn die Ehefrau eines Kaufmanns für diesen als Vertreterin im Willen handelnd Wechselakzepte ausstellt, so wird dieser bei nachträglicher Genehmigung aus den Akzepten wechselrechtlich verpflichtet.

Art. 96. S. zu Art. 82 II 3. R. **09** Ziff. 2842 (Oldenburg). Um die auf Artt. 96, 82 WO. gegründete Einrede, der Wechsel sei ein Sicherungswechsel, er habe durch Tilgung der zugrunde liegenden Schuldverpflichtung seine Erledigung gefunden, genügt nicht die Behauptung, die Klägerin habe von der zwischen dem Beklagten und A. getroffenen Abrede, der Wechsel solle der Klägerin zur Sicherung gegeben sein, Kenntnis gehabt. Der Beklagte muß vielmehr behaupten, der Sicherungscharakter des Wechsels sei zwischen ihm und der Klägerin vereinbart worden. Für diese Behauptung ist der Beklagte beweispflichtig.

Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vorbemerkung: Der erste Bericht (JDR. **5** 1084—1143) umfaßte die Zeit von Anfang 1902 bis Anfang 1907. Der gegenwärtige betrifft den Zeitraum von Anfang 1907 bis Anfang 1910.

Der Berichtsstoff hat sich erheblich verringert. Die neuen Formen der Staatsaufsicht haben sich eingelebt. Mancher Zweifel hat sich geklärt. Das Interesse hat sich dem Werden und Inkrafttreten des neuen VVG. zugewendet.

So kommt es, daß kein neuer Kommentar zum VAG. erschienen ist. Nur der von Manes ist in neuer, sehr vermehrter Auflage, bearbeitet von Hagen, herausgekommen.

Fragen allgemeiner Natur zum Aufsichtsrechte (§§ 7, 13, 64, 67, 73) hat Könige unter dem Titel „Grenzen der Staatsaufsicht" behandelt. Wertvoll ist das gründliche Werk Domizlaffs (zu § 121) über die nach dem Inkrafttreten des VAG. noch in Geltung bleibenden landesrechtlichen Bestimmungen über die Feuerversicherung. Ebenso Leyers' Schrift (zu § 122) über die Hilfskassen; es wäre zu wünschen, daß die Mißstände dieser Kassen, die schon die Zivilpraxis zeigt, durch ihre Unterstellung unter das VAG. und durch Anpassung an die Vorschriften des VVG. endlich beseitigt würden.

Neue Streitfragen sind aufgetaucht hinsichtlich der Aufsichtspflicht der Automobilversicherung (zu § 116) und — wozu das Radboder Grubenunglück den Anlaß gab — darüber, ob und inwieweit die Versicherungsgesellschaften ihr Vermögen zu Zwecken privater Wohltätigkeitspflege verwenden dürfen (zu § 34). Interessant ist die Anregung Wörners über das Recht auf Offenlegung der Mitgliederliste eines VVaG. (zu § 20). Neu ist auch der Zweifel, ob das Kaufmannsgericht für Angestellte der VVaG. zuständig ist (zu § 16). Über die Betriebspensionskassenfrage s. vor § 15 VVG.

Im übrigen hat manche alte Streitfrage neue Klärung und neue Zweifel erhalten. Verwiesen sei auf Reichels Aufsatz über die durch § 90 Abs. 2 ausgelösten Fragen. Die Fragen der Bestandsveränderung, der Fusion und des Rücktrittsrechts der Versicherten (zu § 14) sind nicht zur Ruhe gekommen. Man streitet besonders darüber, ob ein Anspruch auf Sicherheitsleistung dem Versicherten auch dann zusteht, wenn das APV. die Veränderung genehmigt hat, und ferner, in welcher Höhe Sicherheit verlangt werden kann. Wertvoll ist übrigens hierzu Wörners Aufsatz, AssekJahrb. **30** 95 ff. Verwiesen sei auch auf die den Zivilisten interessierenden Fragen des Grunderwerbes ausländischer Gesellschaften (zu § 54), des Beschwerderechts der Aufsichtsbehörden (zu § 30) und die Frage der Nichtigkeit von Verträgen nicht konzessionierter Gesellschaften (zu § 4). Endlich sind auch die Zweifelsfragen der Zeitungsabonnementsversicherung wiederholt behandelt worden (zu § 1).

I. Literatur zum VAG.

I. Manes, Das VAG. 2. Aufl., bearb. v. Otto Hagen. Tübingen, Mohr, 1909. — II. Behrend, Neuere Entscheidungen in Privatversicherungssachen (bis 1906 einschl.), ZVersWiss. **07** 313 ff. (Recht der Versicherungsgesellschaften), 716 ff. (öffentliches Recht der privaten Versicherungsunternehmungen). — Brockhausen, Bedürfen ausländische Privatversicherungsgesellschaften zum Grunderwerb in Preußen der landesherrlichen Genehmigung? DJZ. **07** 763. — Die Entwicklung des privaten Versicherungswesens unter Reichsaufsicht v. 1902—1906. Herausgeg. v. Kais. Aufsichtsamt f. Privatvers. Berlin, Guttentag, 1909. — Die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz im Jahre 1906. Bericht des eidgenöss. Versicherungsamts. Bern 1908. — Domizlaff, Die Gewinnbeteiligung der Mitglieder größerer deutscher Feuerversicherungsvereine, ZVersWiss. **07** 30 ff. — Derselbe, Überblick über die landesrechtlichen, die Feuerversicherung betreffenden Vorschriften, die nach dem Inkrafttreten des VVG. und des VAG. weitere Geltung haben (Heft XIII der Veröffentlichungen des Deutschen Vereins f. Versicherungswissenschaft). Berlin, Mittler, 1907. — Emminghaus, Die Austrittsbeschränkung der Mitglieder der VVaG. nach § 20 VAG., LeipzZ. **08** 517. — Ehrenberg, Ist die Versicherung der Automobile gegen eigene Beschädigung „Transportversicherung" i. S. von § 116 VAG.? VersAnn. **08** 70 ff. — Emminghaus, Stellung der bei Gesellschaftsfusionen beteiligten Versicherten nach deutschem Rechte, LeipzZ. **08** 24 ff. — Fuld, Die Fusionierung von Versicherungsgesellschaften und die Versicherten, Holdheims MSchr. **07** 1 ff. — Derselbe, Die Einwirkung der Fusion auf bestehende Versicherungen, AssekJahrb. **29** 3 ff. — Derselbe, Das Individualrecht an der Prämienreserve bei Gegenseitigkeitsgesellschaften, LeipzZ. **08** 794 ff. — Gümbel, Rechte des Versicherten im Falle der Fusion zweier Lebensversicherungsaktiengesellschaften, §§ 301, 306 HGB., LeipzZ. **09** 130 ff. — Hagen, Der versicherungsrechtliche Charakter der Automobilversicherung, DJZ. **08** 864, s. auch ZVersWiss. **08** 610 ff. — Heine, Die Konzessionspflicht privater Versicherungsunternehmungen (strafrechtl. zu §§ 108 u. 102 VAG.), LeipzZ. **08** 154 ff. — Heyne, Die Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte. Düsseldorf, Schwenn, 1907. — Hilbert, Die Kapitalanlagen der deutschen Privatversicherungsgesellschaften. Jena, Fischer, 1908. — Holthöfer, Die eingetragene Genossenschaft und der Versicherungsverein auf Gegen-

seitigkeit. Diss. Heidelberg 1906. — Josef, Versicherungsverträge nicht konzessionierter Versicherungsunternehmungen, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff. — Derselbe, Das Beschwerderecht der Aufsichtsbehörden in Angelegenheiten der privaten Versicherungsunternehmungen, HoldheimsMSchr. **08** 117 ff. — Kahlert, Die Automobilhaftpflicht und ihre Versicherung, ZVersWiss. **08** 185 ff. — Könige, Die Grenzen der Staatsaufsicht bei Geschäftsplanänderungen der Versicherungsunternehmungen, LeipzZ. **08** 414 ff. — Leyers, Die Hilfskassen in Gegenwart und Zukunft. Tübingen 1908. — Manes, Über Kapitalanlagen der Privatversicherungsanstalten (Abdruck aus BankA. **7** No. 23). Berlin 1908. — Derselbe, Problem einer staatlichen Seekriegsversicherung, AssekJahrb. **31** II 44 ff. — Moldenhauer, Die Versicherung von Automobilen und die Staatsaufsicht, ZVersWes. **08** 95 ff. — Neumann, Abonnenten- und sonstige Gratisversicherung. Verbot oder Unteraufsichtstellung? ZVersWes. **09** 91. — Örtel, Die Abtretung des Portefeuille. Diss. Gött. — Paetzold, Welcher Genehmigung bedürfen außerdeutsche Versicherungsgesellschaften zum Grunderwerb in Preußen? PosMSchr. **07** 101. — Quarek, Die privatrechtl. Bedeutung des VAG. (Diss. Gött.). Koburg 1906. — Rehm, Die Aufsichtspflicht der Automobilversicherung, GoldschmidtsZ. **64** 369 ff. — Reichel, Eintragung der Verfügungsbeschränkung aus § 90 VAG., GruchotsBeitr. **52** 387 ff. — Sauer, Die Abonnentenversicherung, LeipzZ. **09** 205 ff. — Schneider, Zur Frage der sogenannten Abonnentenversicherung, ZVersWiss. **09** 704 ff. — Derselbe, Die Versicherung der Kraftfahrzeuge als Transportversicherung, ZVersWes. **08** 413 ff. — Wagener, Das APV. und die Entwicklung der ihm unterstellten Versicherungsunternehmungen, PrVerwBl. **30** 449. — Weymann, Die gesetzliche Neuregelung des Hilfskassenwesens, ZVersWiss. **08** 484 ff. — Wörner, Wesen und Wirkung des Bestandveränderungsvertrags nach deutschem Rechte, AssekJahrb. **30** 95 ff. — Derselbe, Das Recht auf Offenlegung der Mitgliederliste eines VVaG., LeipzZ. **08** 291 ff. — Derselbe, Rechtsfolgen des Stimmenkaufs bei großen VVaG., LeipzZ. **09** 50 ff. — Derselbe, Die Beteiligung von Versicherungsgesellschaften an der privaten Wohltätigkeitspflege, DVersZ. **4** 227 ff. — v. Ziegler, Die Fusion von Aktiengesellschaften nach geltendem deutschen Rechte, HoldheimsMSchr. **09** 174 ff. — III. Im übrigen vgl. die Literatur vor § 1 VVG.

II. Zeitschriften, Periodika, Abkürzungen.

APV. = Kaiserl. Aufsichtsamt f. Privatversicherung.
VAPV. = Veröffentlichungen des APV.
VAPV. (Anh.) = Anhang der Entscheidungen zu den VAPV.
VAG. = RGes. über die privaten Versicherungsunternehmungen.
VVG. = RGes. über den Versicherungsvertrag.
VVaG. = Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.
AssekJahrb. = Ehrenzweigs Assekuranzjahrbuch, Wien.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung, Leipzig (Wörner).
JTVersZ. = Juristisch-technische Versicherungszeitschrift, Berlin.
ÖVersZ. = Österreichische Versicherungszeitung mit Beilage „Versicherungsrecht“, Wien.
ÖRevue = Österreichische Revue, Organ für Versicherung und Volkswirtschaft.
PraxPrV. = Gerhard, Praxis des Privatversicherungsrechts, Berlin.
VersAnn. = Annalen des gesamten Versicherungswesens, Leipzig (Tarnke).
VersRdsch. = Masius' Rundschau des Versicherungswesens.
VersZ. oder WVersZ. = Wallmanns Versicherungszeitschrift, Groß-Lichterfelde.
ZVersWes. = Zeitschrift f. Versicherungswesen, Berlin (Neumann).
ZVersWiss. = Zeitschrift f. die gesamte Versicherungswissenschaft, Berlin.

Ferner:

Versicherungsagent, Berlin.
Deutscher Versicherungskalender, Groß-Lichterfelde.
Versicherungspost, Groß-Lichterfelde.
Versicherungspraxis, Groß-Lichterfelde.
Allgemeine Versicherungspresse, Berlin.
Deutsche Versicherungspresse, Berlin.
Versicherungswelt, Groß-Lichterfelde.
Deutsche Versicherungszeitung, Berlin.
Jaski'sche Zeitschrift f. Versicherungswesen, Leipzig.
Repertorischer Assekuranz-Almanach.
Mitteilungen des Verbandes öffentlicher Feuerversicherungsanstalten, Merseburg
Jahrbuch für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten.
usw.

I. Einleitende Vorschriften.

§ 1. I. Begriff der Unternehmung (s. JDR. **5** 1088). 1. **RG.** (Strafs.) JW. **08** 605, **RG.** (Strafs.) **41** 321, VAPV. (Anh.) **7** 63, Reger **29** 139, VersRdsch. **09** 189. Begriffliche Voraussetzung ist, daß die Versicherungsunternehmung den Abschluß solcher Versicherungsgeschäfte bezwecken muß, die einen Rechtsanspruch der Versicherten begründen. Eine Beweisvermutung dafür, daß den Versicherten ein Rechtsanspruch zustehen soll, besteht nicht.

2. VAPV. (Anh.) **6** 83 (Posen). Keine Versicherungsunternehmung liegt vor bei formloser Vereinigung von 12 Schlächtermeistern durch Handschlag, gegenseitig durch gleichmäßige Umlagen die gefallenen Viehstücke zu ersetzen.

3. VAPV. (Anh.) **7** 63 (PrOVG.). Als Versicherungsunternehmung ist eine Gilde anzusehen, die gegen Eintrittsgeld und feste (herabsetzbare) Monatsbeiträge Totengeld gewährt.

4. VAPV. (Anh.) **6** 5, DJZ. **07** 887, SächsOVG. **07** 140, Reger **27** 490 (Sächs. OVG.). Vgl. VAPV. **1** 190, JDR. **5** 1089. Witwen- und Waisenkasse eines Gymnasiallehrerkollegiums ist kein aufsichtspflichtiger Versicherungsbetrieb. Das PrVG. findet nach seiner Geschichte und seiner Zweckbestimmung keine Anwendung auf Vereinigung eines in engen persönlichen Beziehungen stehenden festgeschlossenen Personenkreises. Dieser Begriff ist noch enger als der des § 53 VAG. für den kleinen Verein, der immerhin einen auf Versicherungsgeschäfte gerichteten „Betrieb" voraussetzt.

5. Wegen des Begriffs der Versicherung und des Versicherungsvertrags s. zu § 1 VVG.

II. Der Rechtsanspruch im besonderen (s. JDR. **5** 1089). 1. **RG.** R. **09** 3733, 3622. Bei einer Unterstützungskasse, die nur vom Arbeitgeber unterhalten wird, wird angenommen, daß ein Rechtsanspruch der Arbeiter nicht besteht, soweit er nicht nach dem Statute bei Anerkenntnis des Arbeitgebers gegeben ist. Unerheblich ist es, daß das Statut bestimmt, bei Aufhebung des Statuts (die aber im Belieben des Arbeitgebers steht) solle jedem Mitgliede sein Guthaben samt Zinsen ausgezahlt werden.

2. **RG.** (Strafs.) **39** 376, Reger **28** 146, VAPV. (Anh.) **6** 37. Aufsichtspflicht besteht, wenn die Satzung absichtlich nur zum Scheine die Bestimmung enthält, daß den Versicherten ein Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme nicht zustehe.

3. VAPV. (Anh.) **6** 3 (Karlsruhe). Kein Rechtsanspruch auf Unterstützung, wenn die Satzung ihn ausdrücklich ausschließt, mag auch den Mitgliedern ein Recht auf Zusammentritt der über die Unterstützungsgewährung beschließenden Generalversammlung und ein Anspruch auf Zahlung des hiernach von dieser beschlossenen Betrags zustehen. Unerheblich ist auch ferner, daß die Statuten Bestimmungen enthalten, wie sie bei Versicherungsunternehmungen getroffen zu werden pflegen; denn alle diese Einrichtungen und Vorschriften haben bei einem auf Vertrauen, nicht auf Recht beruhendem Unternehmen ebenso gut ihre Berechtigung wie bei einer eigentlichen Versicherungsunternehmung.

4. VAPV. (Anh.) **8** 3, ZVersWes. **09** 268, JTVersZ. **09** 226, Reger **29** 459 ff., PrOVG. **54** 403 (PrOVG.). Für die Ernstlichkeit einer auf Beseitigung des Rechtsanspruchs gerichteten Satzungsänderung einer Sterbekasse spricht die Erwägung, daß die Kasse die Staatsaufsicht vermeiden will und daß sie dies nur auf diesem Wege erreichen kann. Die Festsetzung genau bestimmter Bedingungen für Erlangung und Erhaltung der Mitgliedschaft, die Zahlung von Eintrittsgeld und Jahresbeiträgen, die Regelung der Auszahlung des Sterbegeldes, die Bestimmung des Empfängers und selbst die Bezugnahme auf die Höhe des Sterbegeldes stehen nicht damit in Widerspruch, daß der Vorstand für jeden einzelnen Fall auf Grund der nach

freiem Ermessen zu beurteilenden Vermögenslage entscheidet, ob und welches Sterbegeld gewährt wird. Freilich ist für Sterbekassen diese Rechtslage ungewöhnlich, aber nicht sinnwidrig. Auch Sterbekassen können sich von der Staatsaufsicht befreien. Es liegen daher keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit der Änderung vor.

5. Gegen diese Entscheidung WVersZ. **43** 1401 ff.

6. Wegen des Rechtsanspruchs bei Unterstützungskassen gewerkschaftlicher Verbände und über das Verhältnis solcher Kassen zu § 26 a KrankVG. vgl. SächsOVG. **09** 311 ff., VAPV. (Anh.) **8** 73 (SächsOVG.).

7. Vgl. auch oben zu I 1.

III. Zeitungsabonnementsversicherung (vgl. JDR. **5** 1090). 1. Schneider, ZVersWiss. **09** 704 ff. Verf. stellt Literatur und Judikatur zur Frage der Abonnenten-(u. Inserenten-)Versicherung zusammen (705). Sie ist „Zugabe" (706), lotterieähnlich (707), wird entweder vom Verleger selbst verwaltet oder als Versicherung für fremde Rechnung einer Versicherungsgesellschaft überwiesen (707). Erstere Art pflegt finanziell wenig gesichert zu sein (708). Die Verschiedenartigkeit der gerichtlichen Entscheidungen und die Stellungnahme des RG. haben zu dem Beschlusse des Reichstags geführt, daß ein Gesetz gegen Verbindung von Zeitungsverlag und Versicherung vorgelegt werde (709 ff.). Es ist aber zu prüfen, ob nicht auch ohne neues Gesetz Abhilfe der eingetretenen Mißstände möglich ist (713). In der Tat ist die Stellung des RG. falsch, die Unterscheidung von Haupt- und Nebenbetrieb ist nicht begründet (713 ff.), ebenso liegt keine Nebenabrede vor (716 ff.), weil das Versicherungsgeschäft dem Zeitungsverlag wesensfremd ist und den Abonnementsvertrag nicht ausgestaltet, sondern nur als Köder für dessen Abschluß dient. Man muß die Aufsichtspflicht der Abonnentenversicherung schon nach § 108 VAG. annehmen (719). Dennoch ist gesetzgeberische Regelung zweckmäßig, aber in einer über den genannten Beschluß hinausgehenden Weise dahin, daß jeder Betrieb von selbständigen Versicherungsgeschäften zusammen mit anderen Gewerben verboten würde (720). Hierdurch wird allerdings die Versicherungsnahme des Verlegers für fremde Rechnung bei einer Gesellschaft nicht getroffen (721). Dagegen liegt in dem Versicherungsvertrage noch eine Aufsichtspflicht vor, wenn der Verleger den Rechtsanspruch der Abonnenten ausschließt (722).

2. Neumann, ZVersWes. **09** 91. Verf. bekämpft gleichfalls die Abstellung des RG. darauf, ob ein „selbständiges" Versicherungsunternehmen und ob nur eine „Nebenabrede" vorliege. Er schlägt vor, den § 7 VAG. dahin authentisch durch Gesetz auszulegen, daß jede Versicherung, die von einem Unternehmer, wennschon nur im Nebenbetriebe, gewerbsmäßig betrieben wird, aufsichtspflichtig ist.

3. Sauer, LeipzZ. **09** 205 ff. Verf. scheidet Abonnenten- und Inserentenversicherung, bespricht die die Aufsichtspflicht verneinende Rechtsprechung des RG., führt aus, daß in Zukunft die Abonnenten- und Inserentenversicherung jedenfalls dem VVG. unterstehe und daß hiervon mannigfache Besserung zu erwarten sei, wenn schon die Anwendbarkeit des VAG. noch vorteilhafter wäre. Er schlägt vor, jede Gratisversicherung (in der GewO.) zu verbieten.

4. Gegen die Stellungnahme des RG., aber für die wirtschaftliche Nützlichkeit einer genügend staatlich beaufsichtigten Abonnentenversicherung, vgl. auch die eingehenden Ausführungen in AssekJahrb. **30** II 101 ff.: „Die Abonnentenversicherung".

5. Vgl. auch VersRdsch. **08** 14 ff. u. VersAnn. **08** 401 ff.

6. Rechtsprechung. a) **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 84 bestätigt das Urteil des LG. Leipzig, das einen genehmigungspflichtigen Versicherungsbetrieb deshalb angenommen hatte, weil die Versicherung im Verhältnisse zum Verlagsgeschäfte in selbständiges und jenen überragendes Unternehmen darstelle (vgl. hierzu das VAPV. **6** 33, **7** 106 ff.). b) Über die verschiedenen wegen der Zeitschrift „Nach Feierabend"

ergangenen Urteile berichtet VersAnn. **07** 629. **c)** Über die eventuelle Strafbarkeit des Vertriebs von Zeitungen mit Abonnentenversicherung nach § 56 Abs. 3, § 148 Ziff. 7 a GewO. s. SächsA. **09** 75, Reger **29** 182, SächsAnn. **29** 302 (Dresden) u. VAPV. (Anh.) **7** 6 (KG.).

7. **a)** VAPV. **6** 117/118. APV. bespricht die infolge der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bedauerlich um sich greifenden Zeitungsversicherungsarten: α. Abonnentenversicherung (Versicherung gegen Tod und Invalidität durch Unfall, Reiseunfall und durch besondere Ereignisse; Feuerversicherung; Arbeitslosenversicherung, Konfirmanden-, Militärdienst-, Aussteuerversicherung). β. Inserentenversicherung (Tod oder Ganzinvalidität von inserierenden Stellesuchenden). **b)** VAPV. **6** 142. Tarifgenehmigung versagt für die Versicherung von Abonnenten einer von einem Dritten, aber hauptsächlich auf Kosten der Versicherungsgesellschaft zu gründenden Zeitschrift. **c)** VAPV. **7** 80 ff. Fälle von Zeitungsabonnements-Sterbegeld-Versicherung.

8. Wegen der Zeitungsversicherung s. auch zu § 7.

III. Besondere Versicherungsarten (vgl. JDR. **5** 1087, 1088). 1. Über Kinderversicherung VAPV. **6** 76 ff.

2. Über Todesfallversicherung ohne ärztliche Untersuchung vgl. VAPV. **6** 79 (vgl. JDR. **5**, VAG. § 1 I 7).

3. Über Verbindung von Warendetailgeschäft und Abschluß von Lebensversicherungsverträgen vgl. VAPV. **6** 81.

4. Über Pensionseinrichtungen gewerblicher Unternehmungen für ihre Angestellten vgl. VAPV. **6** 83 und im übrigen zu § 159 VVG.

5. Über lebenslängliche Haftpflichtversicherung vgl. VAPV. **6** 86.

6. Über Streikversicherung vgl. AVPV. **6** 103 ff. u. Reichsarbeitsbl. **06** 343.

7. Über Kreditversicherung vgl. VAPV. **6** 105.

8. Über Verbindung des Vertriebs von Notizbüchern mit Gewährung kurzfristiger Reiseunfallversicherungen (Kuponpolice) vgl. VAPV. **8** 179.

9. Über Fürsorge(Haftpflicht)versicherung der Arbeitgeber s. VAPV. **8** 180 ff.

10. Wegen Spätschäden-Anschlußversicherung bei Haftpflichtversicherung von Personen s. VAPV. **7** 85.

11. Über eine ähnliche Einrichtung bei Sach- und Personenhaftpflicht vgl. VAPV. **8** 181.

12. Über Nachschußrückversicherung bei VVaG. durch besondere Rückversicherungsgesellschaften vgl. VAPV. **8** 182 (Aufsichtspflicht verneint).

13. Über Maschinenversicherung s. VAPV. **8** 189.

14. Über Vereinigungen von Eisenbahnunternehmungen zur gemeinsamen Tragung von Betriebsgefahren (Sach- und Haftpflichtschäden) vgl. VAPV. **7** 148 ff. (Gründung einer GmbH.) und VAPV. **8** 192 (freie Vereinigung), in beiden Fällen Aufsichtspflicht verneint.

15. Wegen der Betriebskassen s. zu § 159 VVG.

16. Wegen der Volksversicherung s. zu § 149 Ziff. 2 VVG.

17. Wegen öffentlicher Versicherungsunternehmungen s. zu §§ 119, 122 VAG. (Vgl. JDR. **5** 1092.)

§ 2. (Vgl. JDR. **5** 1093.) I. Verteilung der Aufsicht. 1. **RG.** (Strafs.) Reger **28** 146, **RG.** (Strafs.) **39** 376, VAPV. (Anh.) **6** 37. Die Frage nach der zur Erlaubniserteilung zuständigen Behörde ist nach der beabsichtigten geschäftsplanmäßigen, nicht nach der tatsächlichen Ausdehnung des Geschäftsbetriebs zu beurteilen, was sich aus der Satzung oder den sonstigen Geschäftsunterlagen feststellen läßt.

2. VAPV. **8** 192. Reichsaufsicht kann verneint werden (und ist in dem betreffenden Falle verneint worden), wenn bedingungsgemäß Versicherte nur sein

können: „Personen, die zur Zeit der Aufnahme in den betreffenden Bundesstaat ein Geschäft oder den Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse haben".

II. Zahl der Landesaufsichtsbehörden. 1. PrOVG. **49** 313, Reger **28** 149 (PrOVG.). Die Landesregierung kann die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmungen nach § 125 Abs. 2 VAG. mehreren Landesbehörden unter örtlicher Abgrenzung ihrer Zuständigkeit übertragen (vgl. JDR. **5** 1094).

2. Ebenso: **RG.** (Strafs.) **40** 299.

§ 3. Vgl. JDR. **5** 1094.

II. Zulassung zum Geschäftsbetriebe.

§ 4. (Vgl. JDR. **5** 1094.) I. Verträge mit nichtkonzessionierten Gesellschaften. 1. Vgl. JDR. **5** 1086, 1094, 1131.

2. Josef, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff. Wie die GewO. nur den Betrieb eines nichtkonzessionierten Schankgewerbes verbietet, nicht aber ein Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte enthält, so enthält auch VAG. nur das Verbot des Geschäftsbetriebs einer nichtkonzessionierten Versicherungsunternehmung, nicht aber das Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte. Daher findet § 134 BGB. nicht Anwendung auf Versicherungsverträge, die eine nichtkonzessionierte Unternehmung schließt. Dies muß schon deshalb gelten, weil sich das Verbot und die Strafvorschrift der §§ 4, 108 VAG. nur gegen die Versicherungsunternehmung, nicht aber gegen den Versicherungsnehmer richten, während § 134 ein beide Teile angehendes Verbot voraussetzt. Dagegen enthält § 87 VAG., wonach ausländische Versicherungsunternehmungen zum Geschäftsbetrieb im Inlande der Erlaubnis des Reichskanzlers bedürfen, die dieser nach freiem Ermessen erteilt und ebenso der Bundesrat zurückziehen kann, nicht bloß eine wirtschafts- und gewerbepolizeiliche Vorschrift, sondern § 87 hat politische Bedeutung und enthält nach Sinn und Zweck zugleich ein Verbot an Inländer: diesen ist hiermit untersagt, Versicherung bei ausländischen Unternehmungen durch deren inländische Vermittler zu nehmen, wofern der Reichskanzler nicht die Unternehmer zugelassen hat. Daher ist ein diesem Verbote zuwider geschlossener Vertrag nach § 134 BGB. nichtig.

3. *Quarek aaO. Die auf Grund von nicht genehmigten oder abgeänderten, aber nicht neu genehmigten allgemeinen Versicherungsbedingungen abgeschlossenen Versicherungsverträge werden in ihrer Gültigkeit nicht berührt. Ebenso sind Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen zuungunsten eines Versicherten, auch wenn dieser sich nicht schriftlich damit einverstanden erklärt hat, privatrechtlich gültig. §§ 134 und 125 BGB. sind hier nicht anwendbar. — Ein ohne vorherige Aushändigung eines Exemplars der allgemeinen Versicherungsbedingungen abgeschlossener Vertrag ist gültig; daß die Parteien die allgemeinen Bedingungen ihrem Vertragsverhältnisse zugrunde legen wollten, darf aber vermutet werden.

4. Rechtsprechung. a) DJZ. **03** 58 (Karlsruhe). Versicherungsverträge mit nichtkonzessionierten Gesellschaften sind nicht nichtig. (Ebenso: Schneider, ZVersWiss. **4** 184, Rehm, Komm. § 8 Anm. 1, Manes-Hagen, Komm. § 4 Anm. 9.) **b)** Gleicher Ansicht PraxPrV. **2** 326 (AG. Hamburg). **c)** Betr. Konzessionspflicht in Braunschweig und Nichtigkeit von Verträgen nichtkonzessionierter Gesellschaften s. LeipzZ. **08** 249 (Hamburg). **d)** Wegen des Rechtes der Gerichte, genehmigte Satzungsbestimmungen auf ihre Gültigkeit zu prüfen, s. zu § 159 VVG. (Arbeiterpensionskassen), ferner zu § 1 IV 1 VVG. u. JDR. **5** 1114.

II. Rechtliche Natur des VAG. im allgemeinen. *Quarek aaO. Das Aufsichtsgesetz, das sich grundsätzlich nur an die Versicherungsunternehmungen wendet, sucht durch seine Vorschriften nur indirekt auf das Vertragsverhältnis

zwischen Versicherer und Versicherten einzuwirken. Es ist kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB., da es prinzipiell nur die verwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und der Versicherungsunternehmung regelt.

III. Über Regreßansprüche gegen die Aufsichtsbehörden wegen mangelhafter Beaufsichtigung. 1. S. Quarek unten zu § 64.

2. Vgl. JDR. **5** 1093.

IV. Wegen der eingeschriebenen Hilfskassen s. zu § 122.

§ 6. (Vgl. JDR. **5** 1095.) PraxPrV. **1** 369 ff. (SächsOVG.). Die Aufsichtsbehörde darf die Erlaubniserteilung an die zu gründende Versicherungsunternehmung (GmbH.) nicht davon abhängig machen, daß diese bereits juristische Persönlichkeit erlangt hat, daß sie im Handelsregister eingetragen oder daß vom Registerrichter erklärt worden ist, seinerseits gegen die Errichtung in der geplanten Art kein Bedenken zu erheben.

§ 7. (Vgl. JDR. **5** 1095.) Zu Ziff. 2. I. Im allgemeinen. 1. *Könige, LeipzZ. **08** 416 ff. Die Aufsichtsbehörde darf unter den Voraussetzungen des § 7 zwingende Bestimmungen des VVG. verschärfen. Um so mehr darf sie Dispositivvorschriften des VVG. zu zwingenden machen; aber es darf nicht der Satz aufgestellt werden, nach feststehender Übung des Aufsichtsamts sei allen Unternehmungen gegenüber ein und dasselbe zu verlangen. Es bedarf der Prüfung der Lage der einzelnen Unternehmung, ihrer Betriebsart und der Interessen des Versicherers und der Versicherten sowie derjenigen Kreise, die als Versicherungsinteressenten in Betracht kommen können. — Vgl. ferner zu § 13 Ziff. 1, 2.

2. PrOVG. **50** 387, DJZ. **08** 822, Reger **28** 338 (PrOVG.). Im § 7 Ziff. 2 beziehen sich die Worte: „wenn ... die Interessen der Versicherten nicht hinreichend gewahrt sind ..." auf den Schutz der Versicherten in rechtlicher Beziehung, insbesondere auf Inhalt und Fassung der allgemeinen Versicherungsbedingungen. Die übrigen Worte von § 7 Ziff. 2 bezwecken den Schutz der Versicherten nach der tatsächlichen Seite.

3. VAG. § 7 Ziff. 5. Vgl. wegen Fristberechnungen für Willenserklärungen des Versicherers die Entscheidungen des APV. **6** 150 ff., 155 ff. (Unzulässigkeit, den Fristbeginn auf den Tag der Unterzeichnung der Police durch die Gesellschaft zu legen).

II. Unfallversicherung. 1. APV. **8** 85, 176. Nicht zugelassen wurde bei Unfallversicherung die Bestimmung, daß im Invaliditätsfalle die Entschädigung für Unfallfolgen nur insoweit gezahlt werden solle, als der Unfall für sich allein die Arbeitsunfähigkeit verursacht haben würde, und daß, wenn Unfallfolgen mit Gebrechen oder Krankheiten zusammentreffen, Entschädigung nur nach Maßgabe des prozentualen Anteils des Unfalls zu zahlen sei. Auf Rekurs wurde die abgeänderte Bestimmung dahin genehmigt, daß, wenn zur Herbeiführung der Invalidität überwiegend solche Krankheit oder Gebrechen mitgewirkt haben, die für sich allein in absehbarer Zeit eine erhebliche Invalidität herbeigeführt haben würden, die Entschädigung für den Invaliditätsfall nach Verhältnis des nach Billigkeit abzuschätzenden prozentualen Anteils der Krankheit oder des Gebrechens zu kürzen sei.

2. VAPV. **7** 31 ff. Wegen zu enger Umgrenzung des Risikos und wegen der den Versicherten treffenden Beweislast wird die Genehmigung einer Zusatzunfallversicherung versagt, die dem Versicherten eine erhöhte Versicherungssumme für den Fall sichern soll, daß der betreffende Unfall durch die strafbare Handlung eines Dritten herbeigeführt wurde.

III. Hagelversicherung. 1. APV. **8** 106 beschränkt die Zulässigkeit der Agentengebühr bei Hagelversicherung auf die Beihilfe bei Aufstellung von An=

trägen oder Deklarationen und verlangt Angabe ihres Höchstbetrags in den Versicherungsbedingungen.

2. APV. 8 107 verlangt eine Bestimmung der Police, wonach Kündigungen bei Hagelversicherungen, auch wenn sie nach dem (jetzt, statt wie bisher 30. September, üblichen) Kündigungstermin vom 31. Oktober erfolgen, dann nicht zurückgewiesen werden dürfen, wenn die Kündigungen innerhalb eines Monats nach der öffentlichen Bekanntmachung des Nachschußprozentsatzes erfolgen.

IV. Haftpflichtversicherung. 1. VAPV. **7** 34, 86 ff. In der Police muß bei Haftpflichtvorsorge=-Versicherungen das Risiko genau angegeben werden, sei es durch Beifügung von Antragsabschriften zur Police, sei es durch genügend deutliche Aufnahme der betreffenden Antragserklärungen in die Police.

2. Wegen der Bedenken des APV. gegen lebenslängliche Haftpflichtversicherung sowie wegen Haftpflichtvorsorge-Versicherung (wobei Änderungen des Risikos unerheblich, Veränderungsanzeigen nicht nötig sind usw.) auch VAPV. **6** 86 ff.

3. VAPV. **7** 150. Einschränkung des Versicherungsschutzes hinsichtlich sog. Haftpflicht-Spätschäden.

V. Feuerversicherung. VAPV. (Anh.) **8** 38 (PrOVG.). Nichtzulassung eines Gebäudefeuerversicherungsvereins.

VI. Weitere Versicherungsarten. 1. a) VAPV. **8** 84, 179. Die Interessen der Zeitungsabonnementsversicherten sind nicht hinreichend gewahrt, wenn der Unfall nur dann entschädigungspflichtig sein soll, wenn er den Tod sofort oder innerhalb der (zu kurzen) Frist von 30 Tagen herbeiführt. b) Über weitere Fragen der Zeitungsabonnementsversicherung (Veröffentlicherung von Versicherungsfällen, Wirkung der Beendigung des zwischen Verleger und Versicherer geschlossenen Vertrags gegenüber dem Abonnenten) vgl. VAPV. **8** 178 ff.

2. VAPV. **6** 75. Verbindung von Lebens-, Unfall- und Haftpflichtversicherung mit Einbruchsdiebstahlversicherung ist unzulässig (vgl. JDR. **5**, VAG. § 1 I 7, VAPV. **3** 91).

3. VAPV. **7** 78. Nichtzulassung einer englischen Gesellschaft, die neben der Lebens- die Feuerversicherung betreibt.

4. Wegen der Betriebskassen, insbesondere den Schutz der ausscheidenden Mitglieder s. VAPV. **6** 82 ff. und zu § 159 VVG.

5. Wegen des Umlageverfahrens s. zu § 24.

§ 8. Vgl. JDR. **5** 1096.

§ 9. (Vgl. JDR. **5** 1096.) I. Ziff. 3. VAPV. **6** 119. Die Bedingungen müssen auch etwaige Strafabreden für den Fall der Unterlassung ärztlicher Untersuchung oder rechtzeitiger Policeneinlösung enthalten und überhaupt alle Verpflichtungen erkennen lassen, die der Antragsteller durch den Antrag übernimmt.

II. Ziff. 6. 1. Über Mißstände beim Schiedsgerichtsverfahren s. VAPV. **7** 108 ff.

2. Über die Frage, ob Versicherungsverträge, weil in ihren Versicherungsbedingungen Zuständigkeitsregelungen enthalten sind, aus Tarifstelle 71 Ziff. 2 Pr. StempStG. v. 31. Juli 1895 stempelpflichtig sind, vgl. VAPV. **8** 168 (verneinend, ebenso schließlich der preuß. Finanzmin.).

III. Ziff. 7. 1. VAPV. **6** 120. Die Grundsätze und Maßstäbe der Gewinnberechnung sind in den Bedingungen möglichst klar zum Ausdrucke zu bringen.

2. Vgl. hierzu VAPV. **6** 147 (Rekursentsch.).

IV. Abs. 3. Über Mißstände bei Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen s. VAPV. **7** 111 ff.

§ 10. (Vgl. JDR. **5** 1099.) I. Folge der Zuwiderhandlung gegen Abs. 1 (vgl. JDR. **5** 1100, 1101). 1. Nichtigkeit verneint. a) JTVersZ. **09** 265 (landgerichtl. Berufungsentsch.). Die Nichtbefolgung des § 10

VAG. macht den Vertrag nicht nichtig. b) Ebenso LeipzZ. **09** 412 (LG. Neiße). Weder § 125 noch § 134 BGB. ist anwendbar. c) Ebenso PraxPrV. **2** 328 (LG. Colmar).

2. Nichtigkeit bejaht. PraxPrV. **2** 327 (AG. Gebweiler).

II. Abs. 3. 1. VAPV. **6** 121. Befreiung von der Vorschrift des § 10 Abs. 1 VAG. versagt bei Einbruchsdiebstahl- und Wasserleitungsschäden-Kuponpolicen.

2. VAPV. **8** 265. Ausnahmebewilligung für Zeitungsabonnementsversicherung (Sterbegeld- und Unfallversicherung).

III. Wegen Abweichung der ausgehändigten von den in der Police enthaltenen allgemeinen Bedingungen vgl. **RG.** LeipzZ. **07** 231 (und zu § 3 VVG., vgl. auch JDR. **5** 1100).

§ 11. (Vgl. JDR. **5** 1101.) 1. VAPV. **7** 114. Es ist unzulässig, die Prämie abweichend von dem von der Aufsichtsbehörde genehmigten Geschäftsplane zu berechnen.

2. VAPV. **8** 193. Zillmersche Methode zugelassen bei Militärdienstversicherungen.

§ 12. Vgl. JDR. **5** 1102.

§ 13. (Vgl. JDR. **5** 1102.) 1. *Könige, LeipzZ. **08** 339 ff., 351. Der gehörig beschaffene Antrag auf Geschäftsplanänderung muß sachlich geprüft und verbeschieden werden. Es darf nicht die sachliche Prüfung mit der Begründung abgelehnt werden, daß der Antragsteller nicht erzwingbaren Wünschen der Aufsichtsbehörde zunächst nachzukommen habe. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn bei der beantragten Änderung selbst einer der Gründe der §§ 7 und 13 PrVG. zutrifft.

2. *Könige, LeipzZ. **08** 350 f. Der Antrag auf Änderung des Geschäftsplans hat nicht die Wirkung, daß nunmehr alles bisher Genehmigte wieder einer neuen Prüfung zu unterziehen und nochmals zu genehmigen ist. Daher kann an den genehmigten allgemeinen Versicherungsbedingungen eine erneute Prüfung nur stattfinden, soweit diese Bedingungen von der Geschäftsplanänderung betroffen werden.

3. Vgl. zu § 7 Ziff. 1 a.

4. VAPV. **6** 150 ff. (Rekursentsch.). Nach § 13 VAG. kann das APV. auch die Änderung solcher Teile der allgemeinen Bedingungen fordern, die durch den ihm zur Genehmigung vorgelegten Änderungsbeschluß nicht berührt werden, und auch solcher, die früher genehmigt waren; jedenfalls gilt dies aber dann, wenn es sich um Einführung einer neuen Versicherungsart handelt, die auf die allgemeinen Versicherungsbedingungen Bezug nimmt, und dann, wenn bei der früheren Genehmigung seitens des APV. schon Bedenken geltend gemacht waren.

§ 14. (Vgl. JDR. **5** 1103 ff.) I. Abtretung des Portefeuilles, Bestandsveränderung, Fusion, Rücktrittsrecht usw. I. Literatur. 1. Behrend, ZVersWiss. **07** 321 ff., kritisiert eingehend die bis 1906 ergangenen Entscheidungen über Bestandsveränderungen, Fusionen usw.

2. Emminghaus, LeipzZ. **08** 24 ff., stellt Betrachtungen zu Ehrenbergs Abhandlung: Die Abtretung der Portefeuilles, ZVersWiss. **4** Heft 1 (vgl. JDR. **5** VAG. § 14 1) an, weicht aber insofern ab, als er auch versicherte Nichtmitglieder der Gegenseitigkeitsvereine an Fusionsbeschlüsse gebunden erachtet und bespricht dann die Stellung des VPA. und der Obergerichte zur Fusionsfrage und zum Rücktrittsrechte der Versicherten.

3. Fuld, AssekJahrb. **29** 3 ff. Fusion von Versicherungsaktiengesellschaften ist die Form der Vereinigung zweier oder mehrerer Versicherungsgesellschaften mit der Wirkung, daß der gesamte Versicherungsbestand von der einen auf die andere übergeht, wobei diejenige, deren Versicherungsbestand über-

geht, ihre Existenz einbüßt. Der Übergang des Versicherungsbestandes bildet die sog. Abtretung des Portefeuilles, die auch bei anderen Organisations- und Bestandsveränderungen eines Versicherungsunternehmens möglich ist (3). Mit der Beendigung des Fusionierungsgeschäfts erlischt die aufgenommene Gesellschaft ohne weiteres. Die Schutzmaßregeln des § 306 HGB. kommen auch den Versicherten der Versicherungsaktiengesellschaften zugute (5). Zum Rücktritt ist der Versicherte nur berechtigt bei denjenigen Änderungen der Geschäftsgrundlagen, die mit einer den Zweck des Versicherungsvertrags gefährdenden Änderung der Rechts- und Wirtschaftslage, wie sie bei Abschluß des Vertrags vorhanden war, verbunden ist (9). Die Genehmigung der Fusion durch das APV. beweist jedoch noch nicht ohne weiteres, daß eine solche Änderung der Rechts- und Wirtschaftslage nicht eingetreten ist, daß also die Sicherheit des Versicherten nicht gefährdet ist (14). Der Versicherte braucht sich die Schuldübernahme der aufnehmenden Gesellschaft nicht gefallen zu lassen. Also müßte an sich die aufzunehmende Gesellschaft bestehen bleiben bis zur Beendigung aller Versicherungen. Das widerspräche aber dem Wesen der Fusion. Daher kann die Regelung nur in der Weise erfolgen, daß das Vermögen der übernommenen Gesellschaft getrennt verwaltet oder dem Versicherten für die künftige Befriedigung Sicherheit geleistet wird (11). Bei Gegenseitigkeitsgesellschaften gibt es keine Fusion im technischen Sinne. Die Abtretung des Portefeuilles gibt den Mitgliedern ebenfalls unter Umständen ein Rücktrittsrecht. Ihre Einwilligung zur Schuldübernahme seitens der aufnehmenden Gesellschaft kann nicht durch einen Beschluß des obersten Organs ersetzt werden. Die Portefeuilleabtretung einer Gegenseitigkeits- an eine Aktiengesellschaft ist ebenso zu behandeln wie die zwischen zwei Gegenseitigkeitsgesellschaften (11/12). In keinem Falle können durch eine Fusion die Versicherungsbedingungen beeinflußt werden (14/15).

4. Fuld, HoldheimsMSchr. **07** 1 ff., wiederholt im wesentlichen seine im AssekJahrb. **07** 1 ff. gegebenen Ausführungen.

5. Gümbel, LeipzZ. **09** 130 ff. Verf. bespricht und billigt die Entscheidung des OLG. Düsseldorf (OLG. **17** 53 [s. unten]), nur meint er, es müsse dem Versicherten in voller Höhe der Versicherungssumme Sicherheit geleistet werden.

6. Wörner, AssekJahrb. **30** 95 ff. Gesamt- und Teilbestandsveränderung sind rechtlich gleichartig zu beurteilen, ebenso ist es gleichgültig (98), ob der abgebende oder übernehmende Versicherer Einzelperson oder ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit oder eine Aktiengesellschaft ist (109). — Der Bestandsveränderungsvertrag ist als ein zwischen zwei Versicherern geschlossener Vertrag zu betrachten, durch den sich der eine Versicherer zugunsten seiner Versicherungsnehmer dem anderen verpflichtet, in die Lösung der bei ihm bestehenden Versicherungsverhältnisse zwecks gleichartiger Neubegründung dieser durch den Versicherungsnehmer bei dem anderen Versicherer einzuwilligen, während der andere Versicherer sich dem ersten gegenüber verbindlich macht, diese Neubegründung anzunehmen. — Rechtsfolgen: a) Der Versicherungsnehmer des abgebenden Versicherers hat gegen diesen ein Recht auf vorzeitige Auflösung des Versicherungsverhältnisses unter der Bedingung gleichartiger Neubegründung dieses bei dem anderen Versicherer. b) Der übernehmende Versicherer ist verpflichtet, diese Neubegründung anzunehmen. c) Der Versicherungsnehmer des abgebenden Versicherers ist nicht verpflichtet, die Lösung des Versicherungsverhältnisses bei seinem Versicherer vorzunehmen, noch weniger aber tritt er ohne Lösung und ohne Neubegründung in ein Vertragsverhältnis zu dem übernehmenden Versicherer. Aus der Tatsache des Bestandsveränderungsvertrags allein darf nicht gefolgert werden, daß eine Unsicherheit des abgebenden Versicherers eingetreten ist. Der Versicherungsnehmer aber kann nur vom Vertrage zurücktreten, wenn er eine solche Unsicherheit,

und zwar (schwierig!) speziell durch Sachverständige beweist. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung der Bestandsveränderung ersetzt diesen Beweis nicht.

7. v. Ziegler, HoldheimsMSchr. **09** 174 ff. Der Versicherungsnehmer hat unabhängig von der Genehmigung der Fusion durch das APV. ein Recht auf besondere Sicherung, und zwar i. S. von § 232 BGB., es sei denn, daß er hierauf verzichtet hätte. Die Prämienreserve stellt zwar wirtschaftlich, aber nicht rechtlich eine solche Sicherung dar. Doch kann andererseits nicht Sicherheit in voller Höhe der Versicherungssumme verlangt werden. Sie ist durch den Versicherungstechniker zu berechnen, wird sich ungefähr in der Höhe der Prämienreserve bewegen und mit Weiterzahlung der Prämien immer entsprechend zu erhöhen sein. Letzteres ist Sache der Liquidatoren. Vor Abwickelung der betreffenden Versicherungsverhältnisse kann die Vermögensvereinigung nicht vollzogen werden, sofern nicht der Versicherte die Schuldübernahme genehmigt und auf die Sicherstellungsrechte verzichtet. Stillschweigender Verzicht liegt nicht in der Weiterzahlung der Prämien.

8. WVersZ. **42** 897 ff., Zur Stellung der Versicherten einer Aktiengesellschaft, die ihr Portefeuille übertragen hat. Zuzustimmen ist dem Urt. des **RG.** v. 28. 6. 05 und den Ausführungen Ehrenbergs, ZVersWiss. **04** 24 ff.; bedenklich sind aber die Ansichten von Emminghaus, LeipzZ. **08** 24 ff., sowie die des APV. in seinen Veröffentlichungen **05** 73. Die Versicherten einer Aktiengesellschaft, die ihren Policenbestand an eine andere abgegeben hat, sind nicht verpflichtet, die neue Gesellschaft als ihren Schuldner anzunehmen, es sei denn, daß es sich um eine Fusion, und zwar um eine solche ohne Liquidation handelt (§§ 302, 304 HGB.). Man muß auch genau prüfen, ob die abgebende Gesellschaft nicht etwa bloß zum Schein weiterexistiert, um die Ansprüche gegen diejenigen Versicherten geltend zu machen, die der Abgabe des Policenbestandes nicht zustimmen; es kommt darauf an, ob materiell eine Auswechselung der Schuldner erfolgt ist. Endlich kann man auch nicht die Genehmigung des APV. zur Übertragung des Portefeuilles als Beweis dafür ansehen, daß die Interessen der Versicherten nicht gefährdet und ihnen daher Rücktrittsrechte nicht gegeben sind; denn das APV. prüft nicht, ob — worauf es rechtlich ankommt — die abgebende Gesellschaft auch nach der Abgabe noch in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen.

9. *Quarck aaO. Die Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Bestandsübertragung durch die Aufsichtsbehörde hat im allgemeinen keine privatrechtliche Bedeutung; § 69 VAG. läßt sich hier nicht anwenden. Die bei Versicherungsaktiengesellschaften Versicherten behalten, falls sie den Übergang nicht genehmigen, die Stellung von Drittgläubigern gegenüber der alten Versicherungsunternehmung bei (§ 415 BGB.); nur im Falle von § 304 und § 306 HGB. tritt der Schuldübergang kraft Gesetzes ein: aber auch in letztem Falle besteht die Verpflichtung zur getrennten Vermögensverwaltung oder Sicherheitsbestellung für die alten Versicherungsansprüche. Bei Gegenseitigkeitsvereinen dagegen ist der auf Bestandsübertragung gerichtete Mehrheitsbeschluß des Vereins gemäß § 20 VAG. für die versicherten Mitglieder bindend. Ein Rücktritt vom Vertrage wegen Unsicherheit des Versicherers ist, wenn die Aufsichtsbehörde die Bestandsübertragung genehmigt hat, unbegründet.

10. Oertel, Die Abtretung des Portefeuilles (Diss. 1907, Göttingen). O. bespricht Zweck und juristische Natur der Abtretung des Portefeuilles (7 ff.), die Verbindlichkeit der Abtretung des Portefeuilles für die Versicherten (10 ff.), die Rechtslage der nicht zur neuen Gesellschaft übertretenden Versicherten (29 ff.) und insbesondere deren Rücktrittsrecht (31 ff.). — Die Abtretung des P. ist zunächst ein Vertrag zwischen den beiden Gesellschaften, deren eine die Rechte aus den Versicherungsverhältnissen zu übertragen und deren andere die Pflichten aus

diesen Verträgen zu übernehmen sich verpflichtet (8). Zustimmung der Versicherten ist nötig; andernfalls bleibt eine bloße Erfüllungsübernahme übrig (9). — Der aufsichtsbehördlichen Genehmigung kommt keinerlei privatrechtliche Bedeutung zu (11). — Bei Gegenseitigkeitsvereinen sind die Mitglieder an den gemäß § 44 VAG. ergangenen Beschluß gebunden, wenn ein anderer Gegenseitigkeitsverein übernimmt. Anders wenn dies eine Aktiengesellschaft tut (was übrigens nur durch Generalliquidaiion erfolgen kann), wofern man nicht dem § 44 VAG. privatrechtliche und nicht lediglich verwaltungsrechtliche Bedeutung beimißt (19/20). — Dasselbe gilt für die Umwandlung eines Gegenseitigkeitsvereins in eine Aktiengesellschaft (23). — Abtretung des Portefeuilles einer Aktiengesellschaft an eine andere erzeugt keine Verpflichtung der Versicherten zur Genehmigung (25), außer in den Fällen der Verstaatlichung und der Fusion (26). Ebenso werden die Versicherten nicht gebunden, wenn ein Gegenseitigkeitsverein übernimmt (28.) — Nichtverbindlich ist der Abtretungsbeschluß auch für die versicherten Nichtmitglieder eines V. a. G. (28). — Kein Rücktrittsrecht der nicht zur neuen Gesellschaft übertretenden Versicherten wegen der Liquidation des Versicherers (33). Ebenso nicht wegen der Abtretung des Portefeuilles, weil der Versicherer unsicher geworden sei, wenn die abtretende Gesellschaft fortbesteht und durch Sachverständige festgestellt wird, daß die Erfüllungsübernahme der übernehmenden Gesellschaft einen den abgetretenen Gegenständen gleichkommenden wirtschaftlichen Wert darstellt (43). Endlich auch nicht wegen vorzeitiger gesetzwidriger Ausantwortung bezw. Vereinigung der Vermögensmassen (§ 51 BGB., §§ 303, 306 HGB), wenn durch sachverständiges Gutachten die Unschädlichkeit festgestellt wird (49). — Die Genehmigung der Abtretung des Portefeuilles durch das APV. bildet eine praesumtio juris für das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts (50).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 482, VAPV. (Anh.) 8 7, DVersZ. **4** 232, SeuffBl. **09** 352, GruchotsBeitr. **53** 702, VersAnn. **08** 814, VersRdsch. **09** 55, WVersZ. **43** 481, R. **09** Ziff. 3218, 3219, 3220. Die Fusion zweier Versicherungsaktiengesellschaften stellt eine Gesamtrechtsnachfolge dar. Der Eintritt der übernehmenden Gesellschaft in die laufenden Verträge hängt daher nicht von der Zustimmung der betreffenden Vertragsgegner ab. Nur solche Rechtsverhältnisse erlöschen, die ihrer Natur nach oder kraft positiver Vorschrift (z. B. §§ 613, 664 BGB.) nicht auf den Erben übergehen. Um solche Verhältnisse handelt es sich aber nicht bei der Versicherung, da hier nur Geldleistungen in Frage stehen. Die Versicherungsverträge erlöschen daher nicht von selbst infolge der Fusion. Der Versicherte kann nur zurücktreten, wenn der Versicherer unsicher wird. Durch die Fusion tritt aber zunächst eine Verbesserung der Lage des Versicherten ein, weil ihm zwei Schuldner haften. Unsicherheit entsteht erst, wenn die übernehmende Gesellschaft, die getrennte Verwaltung der beiden Vermögen aufgebend, zur Vereinigung schreitet. — Dahingestellt bleibt, ob Sicherheit nach §§ 306 und 301 HGB. verlangt werden kann.

2. **RG. 72** 16, JW. **09** 702, VAPV. (Anh.) 8 84, DJZ. **09** 1497, R. **09** 3189 ff. u. 3236. In einem Falle einer Fusion zweier Aktiengesellschaften, wobei die Beklagte das Vermögen der anderen Gesellschaft unter Ausschluß der Liquidation als Ganzes übernommen und APV. dies genehmigt hatte, entscheidet RG. auf die auf Untersagung der Vereinigung ohne vorherige Sicherstellung gerichtete Klage eines Versicherten: a) Neben § 14 VAG. besteht § 301 HGB. im Rahmen des § 306 HGB. unverändert fort. b) §§ 232 ff. BGB. gelten auch insoweit. Die Prämienreserve ist keine genügende Sicherheit. c) Der Versicherte ist nicht auf einen eventuellen Schadensersatzanspruch aus § 306 Abs. 6 HGB. gegen Vorstand und Aufsichtsrat beschränkt. S. a. HGB. § 306 Ziff. 5.

3. SeuffA. **62** 182 ff., VAPV. (Anh.) 8 9 (Hamm). Mit Genehmigung des APV. hat die „Arminia" den gesamten Versicherungs- und Vermögensbestand der „Augusta", sowie alle Verbindlichkeiten derselben aus den Versicherungsverträgen übernommen, ferner die Verpflichtung zur Bildung eines Gewinnreservefonds und zur Bildung und Dotierung eines Augusta-Dividenden-Ergänzungsfonds. Auf die Prämienklage der Arminia ist der beklagte Versicherte verurteilt worden, aber nur Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung (nach § 232 BGB.) in voller Höhe der Versicherungssumme. Nach der Natur des Versicherungsvertrags ist das Recht, wegen veränderter Umstände zurückzutreten, dann gegeben, wenn bei einer Fusion die Rechte der Versicherten nicht ausreichende Berücksichtigung gefunden haben. Verweigert ein Versicherter die Genehmigung zur Übernahme seiner Versicherung durch die andere Gesellschaft, so gilt ihm gegenüber diese Übernahme privatrechtlich nicht als erfolgt. Da die Augusta kein Vermögen zurückbehält, so wird der Versicherte lediglich auf die Garantie der Arminia verwiesen, die sie durch die Zusage gibt, den Versicherten der Augusta gerecht zu werden. Nach § 301 Abs. 3 HGB. muß die übertragende Gesellschaft den nicht genehmigenden Versicherten Sicherheit leisten. Diese Sicherheit liegt nicht in der Genehmigung der Fusion seitens des APV. Wird Sicherheit geleistet, dann bleibt dem Versicherten ein greifbares Vermögensobjekt und er hat seinen Rechtsgrund zum Rücktritt oder zur Verweigerung der Prämienzahlung.

4. VAPV. (Anh.) **6** 7 (Cassel). Kein Rücktrittsrecht des Versicherten, weil der Versicherer einzelne seiner Versicherungszweige an eine andere Gesellschaft unter Erteilung von Generalvollmacht in Verwaltung für eigene Rechnung übertragen hat. Denn hieraus folgt noch nicht eine teilweise Erfüllungsunmöglichkeit. — Unerheblich ist es auch, daß der Versicherer gleichzeitig die Reservefonds der betreffenden Versicherungszweige mitübertragen hat, weil jene Fonds einen im Verhältnisse zum sonstigen haftenden Gesellschaftsvermögen geringen Betrag darstellen, weil ferner die übernehmende Gesellschaft dem Versicherer 100 000 M. gezahlt hat und weil sie durch Erfüllungsübernahme (§ 415 BGB.) dem Versicherer für alle Schadensfälle aufzukommen hat.

5. OLG. **17** 53, RheinA. **106** 102, VAPV. (Anh.) **8** 11 (Düsseldorf). Es wird eingehend ausgeführt, daß dem Versicherten auch bei Fusion von Lebensversicherungsaktiengesellschaften ohne Liquidation, wenngleich das APV. die Fusion genehmigt habe, nach § 306 Ziff. 5, § 301 Ziff. 3 HGB. ein Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 232 BGB.) wegen seines bedingten Versicherungsanspruchs zusteht, daß die Sicherheit nicht schon durch das Bestehen der Prämienreserve gegeben sei, daß aber die Sicherheit nicht nach Höhe der Versicherungssumme, sondern nur etwa nach Höhe der Prämienreserve zu berechnen sei (vgl. hierzu Gumbel, LeipzZ. **09** 130).

6. PraxPrV. **2** 11 (LG. Düsseldorf). Der Versicherte hat nicht schon wegen der Fusion ein Rücktrittsrecht.

7. Ebenso PraxPrV. **2** 14 (AG. Frankfurt a. M.). Beide Urteile betreffen die Fusion „Vaterländische" - „Nordstern".

8. Vgl. VAPV. **8** 194 ff.

III. 1. Über Zweifel, ob eine Übertragung des Versicherungsbestandes des einen VVaG. auf den anderen nach § 14 VAG. auch dann noch vorliegt, wenn das Versicherungsverhältnis sich inhaltlich ändert, und ob es eine Vereinigung zweier VVaG. überhaupt gibt, vgl. VAPV. **7** 115.

2. VAPV. (Anh.) **6** 6, ZVersWes. **07** 135 (PrOVG.). Sowohl Bestandsveränderungen i. S. von § 14 PrVG. wie Auflösungsbeschlüsse nach § 43 PrVG. bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. — Der übernehmenden Unternehmung steht gegen den die Genehmigung versagenden Beschluß der (preuß.) Landesaufsichtsbehörde keine Verwaltungsklage zu.

3. Vgl. auch zu § 43 VAG.

III. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

§§ 15 ff. (Vgl. JDR. **5** 1106.) 1. *Quarck aaO. Der ganze Abschnitt III enthält — mit Ausnahme der §§ 23, 37 Abs. 2, 30 Abs. 2, 36, die sich unmittelbar wenigstens nur an die Aufsichtsbehörde wenden — privates Vereinsrecht; zugleich aber sind die darin enthaltenen Vorschriften, da ohne ihre Erfüllung die Zulassung nicht erfolgen darf, auch für die Aufsichtsbehörde maßgebend. An die Erteilung der öffentlich-rechtlichen Befugnis zum Geschäftsbetrieb ist als gesetzliche Wirkung die Erlangung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit geknüpft. Wenn die Satzung in ihrem obligatorischen Teile den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht, so wird dieser Mangel durch die trotzdem erteilte Konzession geheilt. Zwingendes Privatrecht enthalten die Vorschriften §§ 19, 20 Satz 2, 21 Abs. 1, 26, 50, 51; 28, 30—33, 40; satzungsmäßige Sonderrechte der Mitglieder ergeben sich aus §§ 27, 36 Ziff. 1, 38, 41 Abs. 3.

2. Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister (3. Aufl. Berlin 1910). Verf. gibt auf S. 528 ff. eine systematische Darstellung des Rechts der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit vom Standpunkte des Registerrichters aus.

3. Vgl. zu § 122 Ziff. 1.

§ 16. (Vgl. JDR. **5** 1107.) Zuständigkeit des KfmG. für Angestellte der VVaG. 1. Jahrb. d. KfmG. Berlin **1** (09) 309 (KfmG. Berlin). Für Klagen der Angestellten von VVaG. ist das KfmG. nicht zuständig. Denn der VVaG. ist nicht Kaufmann. § 16 VAG. will nur die privatrechtlichen Bestimmungen über die Handlungsgehilfen auf die Angestellten der VVaG. ausdehnen, nicht aber will er die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte ändern.

2. Über die Frage, ob für Streitigkeiten zwischen VVaG. und ihren Angestellten die Kaufmannsgerichte zuständig sind, vgl. auch Ritter, GewG. **10** 39 ff. (bejahend) und Müller, JW. **05** 711 ff. (verneinend).

§ 17. Vgl. JDR. **5** 1108.

§ 18. Vgl. JDR. **5** 1108.

§ 19. Vgl. JDR. **5** 1109.

§ 20. Vgl. JDR. **5** 1109. I. Austrittsrecht. Emminghaus, LeipzZ. **08** 517. Der VVaG. ist nicht Frucht des Vereinsgedankens und Vereinsrechts, sondern des Versicherungsgedankens und des Versicherungsrechts, aus beiden Wurzeln gewachsen. Deshalb paßt das im § 39 BGB. statuierte jederzeitige Austrittsrecht nicht für den VVaG. Für ihn gilt § 20 VAG. und die Satzung soll sich nicht nach § 39 BGB., sondern nach den im VVG. festgesetzten Bestimmungen über die Endigung des Versicherungsverhältnisses richten.

II. Mitgliederliste. 1. Wörner, LeipzZ. **08** 291 ff. Aus § 37 Abs. 1 BGB. ergibt sich mittelbar nur ein Anspruch des Mitglieds auf Angabe der Gesamtzahl der Mitglieder. Im übrigen besteht mangels gesetzlicher Vorschriften kein Recht auf Angabe der Namen der Mitglieder. Die Bestimmungen über die Genossenliste, die Patent-, Muster- und Zeichenrolle können nicht analog angezogen werden. Die §§ 72, 79 BGB. helfen nur bei eingetragenen Vereinen, kommen aber für die VVaG. nicht in Betracht. Ein Ausweg bietet sich nur, wenn nach § 64 VAG. die Aufsichtsbehörde die Mitgliederliste einfordert. Die Behörde kann diese Liste dem interessierten Mitgliede vorlegen. Ein Recht hierauf aber hat das Mitglied nicht. Übrigens ist der Vorstand des VVaG. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Mitgliederliste ohne Einwilligung der einzelnen Mitglieder mangels anderweiter Satzungsbestimmung geheim zu halten.

2. Wegen des Rechtes auf Einsichtnahme in die Mitgliederlisten (New YorkG. sog. Armstrong-Bill) vgl. auch ÖstObGH., Niemeyers Ztschr. **19** 288.

§ 21. Vgl. JDR. **5** 1110.

§ 22. Vgl. JDR. **5** 1110. Gründungsfonds. 1. VAPV. (Anh.) **6** 10, OLG. **14** 407 (Braunschweig). Bei der Klage aus dem Sichtwechsel eines Mitzeichners des Gründungsfonds eines VV. ist der Einwand, daß die Aufsichtsbehörde den Geschäftsbetrieb untersagt habe (§ 67 VAG.) und daß Liquidation eingetreten sei, auch dann unzulässig, wenn die Ursache hiervon in zweckwidriger Geschäftsführung des Vereins liegt. Die Zahlungspflicht des Mitzeichners folgt weder aus einem etwa gleichzeitig bestehenden Versicherungsvertrage, noch liegt ein Darlehnsversprechen vor, auch wenn die Statuten Verzinsung und Amortisierung festsetzen und selbst von einem unkündbaren Darlehen reden. Der eigentliche Zweck der Anteilszeichnung, Barzahlung und Wechselausstellung ist nicht kreditgeschäftlicher Natur, sondern besteht in der Bildung eines obligatorischen, zur Vereinsorganisation nötigen Fonds zur Sicherung der Vereinszwecke. Deshalb wird der Zweck des Garantiefonds durch die Auflösung des Vereins nicht beseitigt und der Mitzeichner infolge der schlechten Lage des Vereins nicht zur Zahlungsverweigerung berechtigt. Er kann nur einwenden, daß zunächst die etwa statutarisch vorgesehene Schuldentilgung durch Mitgliederbeiträge erfolgen müsse. Der Verein, der den Sichtwechsel ausklagt, braucht nicht zu beweisen, daß der eingeklagte Betrag zur Schuldentilgung wirklich nötig sei.

2. VAPV. **6** 121. Tilgung des Gründungsfonds durch Rückgabe der in ihm enthaltenen Barbeträge ist zulässig, ebenso durch Aushändigung der für die betreffenden Beträge gegebenen Wechsel.

§ 24. Vgl. JDR. **5** 1112. I. Umlageverfahren. 1. VAPV. (Anh.) **7** 8, DJZ. **08** 650, PrOVG. **51** 322 (PrOVG.). Nach VAG. § 24 ist das Umlageverfahren nicht schlechthin unzulässig; es wird aber nur in wenigen Fällen geeignet sein (vgl. auch zu § 64).

2. PrOVG. **51** 328, DJZ. **08** 822 (PrOVG.). Umlageverfahren bei Viehversicherungsverein für zulässig erklärt, wo auf je 100 M. Versicherungssumme 0,20 M. zu zahlen waren.

II. Vorprämien. Wegen der Bemessung der Vorprämien usw. s. VAPV. **6** 90 ff.

§ 26. Vgl. JDR. **5** 1113. Wegen des Zurückbehaltungsrechts an der Prämie s. zu § 43 VVG.

§ 29. Vgl. JDR. **5** 1114.

§ 30. Vgl. JDR. **5** 1114. Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde. 1. Josef, HoldheimsMSchr. **08** 117 ff. a) Der Aufsichtsbehörde eines Versicherungsvereins steht, wenn das Gericht die Eintragung einer angemeldeten Tatsache ablehnt, hiergegen die Beschwerde nicht zu, da durch die Ablehnung kein Recht der Aufsichtsbehörde beeinträchtigt ist, diese vielmehr die ihr obliegende Aufsicht ohne Rücksicht auf eine erfolgte Eintragung bewirken kann. Die Aufsichtsbehörde kann lediglich die Geschäftsleiter zur Beschwerde anhalten, hat aber kein selbständiges Recht auf Richtigstellung des Registers. b) Wenn das Gericht einen VVaG. in ein Register einträgt, obwohl dieser die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde zum Geschäftsbetrieb und damit die Rechtsfähigkeit nicht erlangt hat, so steht der Aufsichtsbehörde die Beschwerde gegen die Eintragung und gegen die sie vorbereitende Verfügung zu. Denn das ausschließliche Recht der Aufsichtsbehörde zur Verleihung des Rechtsfähigkeit ist i. S. des § 20 FGG. beeinträchtigt, wenn durch eine gerichtliche Verfügung ein Rechtszustand als vorhanden angenommen oder geschaffen wird, der mit jenem ausschließlichen Verleihungsrecht in Widerspruch steht.

2. Vgl. zu § 90.

§ 31. Vgl. JDR. **5** 1115.

§ 34. Vgl. JDR. **5** 1115. Verwendung von Gesellschaftsgeldern zu privater Wohltätigkeit. 1. Wörner, DVersZ. **4** 227 ff. Verf. bestreitet sowohl bei Aktien- wie bei anderen Versicherungsgesellschaften das Recht der Vorstände, Gesellschaftsgelder zu privater Wohltätigkeitspflege (z. B. Spende beim Radboder Grubenunglück) zu verwenden. Sowohl die Aktionäre wie die Gründungsfondszeichner, wie die Mitglieder der VVaG. werden benachteiligt, ebenso aber die Versicherten. Anders liegt die Sache bei Zuwendungen im Interesse der Schadenmeidung und -unterdrückung (Feuerlöschwesen!) und im Interesse der Akquisition.

2. AM. WVersZ. **43** No. 25.

§ 35. Vgl. JDR. **5** 1116. VAPV. **6** 27. Einladungen des Aufsichtsrats zu Delegiertenversammlungen sind Urkunden im Sinne einer Satzungsbestimmung, wonach für vom Aufsichtsrate zu vollziehende Urkunden besondere Formvorschriften festgesetzt sind.

§ 36. Vgl. JDR. **5** 1116. 1. Wörner, LeipzZ. **09** 50 ff. Verf. bedauert, daß nicht auch beim VV. a. G. wie bei der AG. eine Strafvorschrift gegen Stimmenkauf besteht. Er hält aber auch ohne solche Vorschrift den Stimmenkauf auch beim VVaG. für eine Verletzung des Gesetzes, für sittenwidrig und für einen Grund, die betreffenden Beschlüsse der Mitgliederversammlung anzufechten.

2. VAPV. (Anh.) **6** 11, KGJ. **33** A 138 (KG.). Eine ausländische Lebensversicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit ist zur Einreichung von beglaubigten Abschriften der Generalversammlungsprotokolle zu dem Handelsregister der inländischen Zweigniederlassung verpflichtet (vgl. Manes 130, Könige 102).

§§ 37—39. Vgl. JDR. **5** 1116, 1117.

§ 41. Vgl. JDR. **5** 1117. Gerhard, ZVersWiss. **07** 285. Zustimmung der Mitglieder des VVaG. ist nicht nötig, wenn die Versicherungsbedingungen geändert werden zufolge der gesetzlichen Rückwirkung des VVG. (Artt. 3 ff. EGVVG.).

§ 43. Abs. 5. (§ 46.) 1. VAPV. (Anh.) **8** 81 (PrOVG.). Solange die Berechtigten bei einer in eine Wohltätigkeitskasse umgewandelten Pensionskasse sich nicht sämtlich ihrer bereits entstandenen oder noch entstehenden Versicherungsansprüche begeben haben und solange sie ihnen nicht aberkannt sind, besteht mangels gegenteiliger Statutbestimmung die Kasse gemäß § 43 Abs. 5 VAG. auch nach der Auflösung fort. Die Auflösung der Kasse mit der Wirkung, daß die Versicherungsansprüche und -verhältnisse auf eine andere Kasse übergehen, ist nur in der Weise des § 14 VAG. möglich.

2. Vgl. im übrigen oben zu § 14.

§ 45. Vgl. JDR. **5** 1119.

§ 46. Vgl. JDR. **5** 1120.

§ 47. Vgl. JDR. **5** 1120. VAPV. **6** 122 bespricht eine Entscheidung des OLG. Darmstadt, wonach § 47 auch dann anwendbar ist, wenn der Gründungsfonds schon vor Inkrafttreten des VAG. bereitgestellt war und Zwangsliquidation nach § 67 VAG. erfolgt. Vgl. auch VAPV. (Anh.) **6** 87 (LG. Darmstadt).

§§ 48—50. Vgl. JDR. **5** 1120.

§ 52. Vgl. JDR. **5** 1121.

§ 53. Vgl. JDR. **5** 1121. 1. PrOVG. **52** 391 ff., Reger **29** 275, VAPV. (Anh.) **7** 41 (PrOVG.). Die Zulassung als kleiner VVaG. ist allerdings zu versagen, wenn der Verein außer Versicherungszwecken noch andere Zwecke verfolgt. Die Bestimmung aber, daß Mitglieder des VVaG. nur Angehörige eines bestimmten Vereins werden können, kann in der Satzung rechtsgültig getroffen werden.

2. Wegen der Betriebskassen s. zu § 159 VVG.

IV. Geschäftsführung der Versicherungsunternehmungen.

1. Allgemeine Vorschriften. Rechnungslegung.

§ 54. Vgl. JDR. **5** 1123. I. Grunderwerb ausländischer Gesellschaften. 1. Paetzold, PosMSchr. **07** 101. Außerdeutsche Versicherungsgesellschaften bedürfen zum Grunderwerb in Preußen lediglich der Königlichen Genehmigung (Art. 88 EGBGB., Art. 7 § 2 PrAGBGB.) und auch dieser dann nicht, wenn sie durch Staatsverträge zwischen dem Deutschen Reiche und dem Heimatsstaate der betreffenden Gesellschaft ausdrücklich für nicht erforderlich erklärt ist.

2. Brockhausen, DJZ. **07** 763. Durch § 85 Abs. 2, § 54 Abs. 2 PrVAG. ist Art. 88 EGBGB. und die darauf beruhende Bestimmung des Art. 7 § 2 PrAGBGB. nicht aufgehoben. Ausländische Gesellschaften bedürfen daher landesherrlicher Genehmigung zum Grunderwerb in Preußen.

3. S. auch unten zu II.

II. Privatrechtliche Bedeutung von § 54. *Quarek aaO. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist für den Erwerb von Grundstücken auch privatrechtlich erforderlich; sie ist dem Grundbuchamte vor der Eintragung vorzulegen. Der obligatorische Übereignungsvertrag wird dadurch nicht berührt. Für die ausländischen Versicherungsunternehmungen ist die Genehmigung des Art. 88 EG. BGB. gemäß § 85 Abs. 2 VAG. durch § 54 ersetzt.

III. Über zwei Fälle beabsichtigten Grundstückserwerbes s. VAPV. **7** 116. Das APV. hält sich für befugt, den Nachweis zu verlangen, im welchen Umfange die Gesellschaft die Benutzung des Grundstücks für ihre Geschäftszwecke beabsichtigt.

§ 55. Vgl. JDR. **5** 1125. 1. VAPV. **6** 123 über die möglichste Durchführung einwandfreier Grundsätze für die Verteilung gemeinsamer Einnahmen und Ausgaben auf verschiedene Versicherungszweige derselben Unternehmung (vgl. auch VAPV. **6** 124 unten zu § 92 Abs. 2).

2. VAPV. **09** 2 ff. Vorschriften über die Rechnungslegung der vom APV. beaufsichtigten Rückversicherungsunternehmungen.

3. Wegen der Bilanzen ausländischer Gesellschaften s. zu § 85.

§ 56. Vgl. JDR. **5** 1126.

§ 57. Vgl. JDR. **5** 1126. 1. VAPV. **6** 21. Das APV. ist jetzt (anders VAPV. **3** 51, 117) der Meinung, daß § 57 Abs. 1 Satz 2 VAG. auch auf die Fälle anzuwenden ist, in denen das ausländische Recht zwar die Anlegung der Prämienreserve für die innerhalb seines Geltungsbereichs abgeschlossenen Versicherungen in anderer als den in §§ 59, 60 VAG. bezeichneten Werten vorgeschrieben, dagegen eine rechtliche Gebundenheit dieser Vermögensstücke durch Schaffung eines Vorrechts der Versicherten an ihnen (im Sinne von § 90 Abs. 2 VAG. oder in sonstiger Weise) nicht vorgesehen hat.

2. Wegen der Sicherung der in Stahlkammern von Banken untergebrachten Prämienreservefonds gegen Ansprüche der Banken s. VAPV. **7** 1, 119 ff.

§ 58. Vgl. JDR. **5** 1127. VAPV. **6** 143 ff. Zum deutschen Geschäft einer inländischen Gesellschaft gehören auch die vor dem 1. Januar 1902 bei ausländischen Gesellschaften in Rückdeckung gegebenen Versicherungen, deren Prämienreserve beim Rückversicherer aufbewahrt wird. Maßgebend ist der Sitz der rückversicherten Gesellschaft.

§ 59. Vgl. JDR. **5** 1127. I. Vgl. Nachtrag zur Übersicht über die verwendbaren Wertpapiere i. VAPV. **09** 74.

II. Ziff. 1. 1. VAPV. **6** 10, 125. Ortskrankenkassenverbände sind keine kommunalen Körperschaften im Sinne von § 1807 Ziff. 4 BGB. u. § 59 Ziff. 4 VAG. Die Anlage in Schuldverschreibungen dieser Verbände ist daher weder nach § 59 Ziff. 1 noch nach Ziff. 4 zulässig.

2. VAPV. 8 266. Beleihung von Arbeiterwohnhäusern ist nur zulässig, wenn diese eigene Grundbuchblätter besitzen, nicht in entfernten Arbeiterkolonien liegen und dauernd im Eigentume der Unternehmer bleiben sollen.

III. Zu Ziff. 4. 1. VAPV. 09 79. Darlehen, die unter selbstschuldnerischer Bürgschaft einer Gemeinde gegeben sind, sind als Kommunaldarlehen i. S. von § 59 Ziff. 4 VAG. anzusehen, wenn die Gemeinde die erforderliche staatliche Genehmigung hatte und wenn Kündigung seitens des Gläubigers ausgeschlossen oder wenn regelmäßige Tilgung vorgesehen ist.

2. Vgl. oben zu 2 a.

§ 60. Vgl. JDR. 5 1127. 1. Über Wertsermittlung bei ländlichen Grundstücken s. VAPV. 7 61.

2. Wegen der Anordnung der Aufstellung einer Anweisung für die Wertsermittlung von Grundstücken s. VAPV. 6 54 ff.

§ 61. Vgl. JDR. 5 1127. 1. Fuld, LeipzZ. 08 194 ff. Bei Aktiengesellschaften steht die Prämienreserve im Eigentume der AG. Das Recht der Versicherten charakterisiert sich hier als ein Gläubigerrecht, das erst in einem späteren Stadium unter Umständen eine Verstärkung erfährt in Gestalt eines Absonderungsrechts. — Das gleiche gilt für die Gegenseitigkeitsgesellschaften. Doch steht dieses Forderungsrecht bei ihnen den Mitgliedern kraft ihrer Mitgliedschaft zu und bildet daher ein Sonderrecht jedes Gesellschafters, das ihm ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden kann. Sein Inhalt erschöpft sich darin, daß dem Gesellschafter das Anrecht auf den Teil der Prämienreserve, der seiner Versicherung entspricht, nicht ohne sein Zutun entzogen werden kann. Dieser Anspruch besteht von Beginn der Mitgliedschaft an und unabhängig vom Konkurse. Er besteht auch dann, wenn die Auflösung der Gesellschaft ohne Konkurs erfolgt. Nur als Konkursforderung mit dem Vorrechte des § 61 VAG. entsteht es mit Konkurseröffnung.

2. Labes, Begriff und Fälle des Sonderkonkurses, GoldschmidtsZ. 62 129. § 61 VAG. gewährt ein Absonderungsrecht; die Bezeichnung (Kohler) „uneigentliches Absonderungsrecht" ist richtig.

3. *Quarek aaO. §§ 61 Abs. 2 u. 3 u. 62 enthalten Privatrechtsbestimmungen. Das Konkursvorrecht der Lebensversicherten entsteht kraft Gesetzes und ist seiner juristischen Natur nach ein nur dem Lebensversicherungsrecht eigentümliches Institut.

4. Vgl. auch VVG. § 165 I 2.

5. Vgl. im übrigen auch zu § 157 VVG.

§§ 62, 63. Vgl. JDR. 5 1130; s. auch oben zu § 61 Ziff. 3.

V. Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen.

1. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden.

§ 64. Vgl. JDR. 5 1130. 1. *Könige, LeipzZ. 08 339, 342 ff. Selbst gegenüber rechtskräftig genehmigten Geschäftsplanänderungen kann die Aufsichtsbehörde auf Grund dieser Gesetzesbestimmung eingreifen.

2. *Könige, LeipzZ. 08 348 ff. Daß zu einem Einschreiten nach § 64 Abs. 2 Mißstände nötig sind, die die Interessen der Versicherten gefährden, kommt daher, daß die einmal nach §§ 7 u. 13 ausgesprochene Genehmigung nicht ohne besondere Ursachen wieder in Frage gestellt werden soll. Nur ein die Interessen der Allgemeinheit (im weitesten Sinne genommen) beeinträchtigender Übelstand genügt.

3. *Quarek aaO. Die Aufsichtsbehörde kann nicht Rechtsakte vornehmen, die den Versicherungsunternehmungen zustehen, wie selbständig Anträge beim Grundbuchamte stellen oder Verfügungsbeschränkungen bei Buchforderungen eintragen lassen. Nur in den im § 67 Abs. 2 u. 3, § 68 u. § 69 genau bestimmten Fällen können

die amtlichen Maßnahmen unmittelbar auf die Privatrechtssphäre hinübergreifen. — Ein Regreßrecht gegen die Aufsichtsbehörde wegen mangelhafter Beaufsichtigung ꝛc. haben die Versicherten nicht.

4. Über Maßnahmen zur Verhütung unlauterer Reklame vgl. VAPV. 7 15 (Hagelversicherung) u. 7 30 (Vieh), auch 7 90.

5. Über die Notwendigkeit der Anbringung dem Versicherungsumfang entsprechender nicht mißverständlicher Stempel an den versicherten Tieren vgl. VAPV. 6 9.

6. Wegen Einforderns der Mitgliederliste vgl. Wörner, LeipzZ. 08 291 ff., oben zu § 29.

§ 65. Vgl. JDR. 5 1131.

§ 67. Vgl. JDR. 5 1131. 1. *Könige, LeipzZ. 08 349, 351. Der Begriff eines schweren Mißstandes läßt sich nur richtig verstehen, wenn man damit die Steigerung des Ausdrucks im § 64 Abs. 2 gegenüber §§ 7 u. 13 und im § 67 Abs. 1 gegenüber § 64 Abs. 2 ins Auge faßt. Es wird hier verlangt, daß das Interesse der Allgemeinheit so sehr beteiligt sei, daß ein schwerer Mißstand als gegeben erscheint.

2. *Quarek aaO. Die der Zulassung entsprechende Untersagung des Geschäftsbetriebs kann nicht die Wirkung haben, daß trotzdem abgeschlossene Versicherungsverträge ungültig wären; nur bei Gegenseitigkeitsvereinen wirkt die Untersagung wie ein Auflösungsbeschluß, so daß die zwischen den Mitgliedern und dem Gegenseitigkeitsvereine bestehenden Versicherungsverhältnisse mit Ausnahme der Lebensversicherungsverträge erlöschen (§ 43 Abs. 4 u. 5 VAG.). Der Gegenseitigkeitsverein verliert aber durch die Konzessionsentziehung die juristische Persönlichkeit nicht, sondern besteht zu Zwecken der Liquidation als selbständiges Rechtssubjekt fort. Der Umfang der Befugnisse des bestellten Vermögensverwalters muß sich aus dem Zwecke der gesetzlich zulässigen Sicherungsmaßregeln ergeben; bei ausländischen Versicherungsunternehmungen umfaßt er die Befugnisse des § 86 Ziff. 3 Satz 2.

3. VAPV. 6 28 ff. Fall des Einschreitens gegen eine Sterbekasse wegen Mißstände in ihrer Verwaltung.

§ 68. Vgl. JDR. 5 1131.

§ 69. Vgl. JDR. 5 1132. I. *Quarek aaO. Nicht nur in das Vereinsleben kann die Aufsichtsbehörde durch Berufung von Versammlung, Bestellung eines Zwangsverwalters, Stellung des Konkursantrags eingreifen, sondern sie kann auch die Rechte der Versicherten verkürzen durch zeitweilige Sistierung nach Abs. 1 oder durch dauernde Herabsetzung der Ansprüche nach Abs. 2; hiergegen steht den Versicherten weder ein Rechtsmittel, noch die Zivilrechtsklage zu Gebote.

II. 1. VAPV. (Anh.) 7 8, PrOVG. 51 322, DJZ. 08 650 (PrOVG.). Die Aufsichtsbehörde, die zwecks Sanierung einschreiten will, kann nicht von dem Versicherungsvereine (mit Umlagedeckung) auf dessen Kosten die Beibringung eines versicherungstechnischen Gutachtens unter Strafandrohung verlangen.

2. AM. ZVersWes. 08 55 ff.

III. VAPV. (Anh.) 6 8 (PrOVG.). Die Aufsichtsbehörde kann nicht auf Grund von § 64 PrVAG. einem (von ihr als nicht lebens- und leistungsfähig bezeichneten) Versicherungsunternehmen die Nachprüfung eines von der Behörde eingeholten Gutachtens durch Beiziehung eines weiteren Gutachtens deshalb untersagen, weil hierdurch größere Kosten entstehen.

IV. Vgl. ferner oben zu § 47.

2. Verfassung und Verfahren der Aufsichtsbehörden.

§§ 71, 72. Vgl. JDR. 5 1133.

§ 73. Vgl. JDR. 5 1133. 1. *Könige, LeipzZ. 08 339, 343 ff. Die Entscheidung des Aufsichtsamts über die Zulassung einer Versicherungsunternehmung und über deren Geschäftsplanänderung steht einem der Rechtskraft fähigen verwaltungsgerichtlichen Urteile gleich. Daher kann eine rechtskräftig erfolgte Zulassung

oder Genehmigung einer Geschäftsplanänderung nicht zurückgenommen oder mit nachträglichen Auflagen versehen werden. Der einzige Weg zu einer Änderung der rechtskräftigen Entscheidung des Aufsichtsamts ist im § 64 Abs. 2 PrVAG. gegeben.

2. *Könige, LeipzZ. **08** 341 ff. Es besteht in dem Rechtsmittelsysteme des VAG. eine Lücke. Denn wenn in den Instanzen die Ablehnung eines Antrags auf Zulassung einer Versicherungsunternehmung oder auf Genehmigung einer Geschäftsplanänderung mit der Begründung abgelehnt wird, es werde der Antrag sachlich gar nicht geprüft, solange der Antragsteller nicht nicht erzwingbaren Wünschen der Aufsichtsbehörde nachkomme, ist keinerlei Rechtsbehelf möglich. Es bedarf ohnehin der Errichtung eines Reichsoberverwaltungsgerichts an Stelle der vielen Reichsverwaltungsgerichte, zu dessen Zuständigkeit dann auch die Rekursentscheidung gegen Entscheidungen des Reichsaufsichtsamts zu gehören hätten.

3. Vgl. zu § 96.

§ 74. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 79. Vgl. zu § 90 Abs. 2.

§ 80. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 81. Vgl. JDR. **5** 1133. VAPV. **7** 8 ff. Bei der Gebührenberechnung nach § 81 VAG. sind die Eintrittsgelder (bei Viehversicherung) mit zu berücksichtigen, wenn sie wesentlich mit dazu bestimmt sind, die zur Erreichung des Versicherungszwecks erforderlichen Mittel zu liefern und nicht bloß kleine Nebengebühren darstellen.

VI. Ausländische Versicherungsunternehmungen.

§ 85. Vgl. JDR. **5** 1134. 1. VAPV. **7** 8. Bewertung von Wertpapieren im deutschen Jahresabschluß ausländischer Gesellschaften. Für jedes Versicherungsunternehmen kann es nur eine Bilanz geben; bei ausländischen Gesellschaften ist das diejenige, die unter Befolgung der Vorschriften des Heimatsstaats rechtsgültig zustande gekommen ist.

2. Wegen des Grunderwerbes ausländischer Gesellschaften s. zu § 54.

3. Wegen der Rückversicherung s. zu § 58.

4. Wegen der beglaubigten Abschriften der Generalversammlungsprotokolle s. zu § 36.

§ 86. Vgl. JDR. **5** 1135. 1. *Quarck aaO. Dem Hauptbevollmächtigten für das Reich steht eine gesetzliche, nach außen hin uneinschränkbare, generelle Vertretungsmacht zu, die ihn auch zu nicht unmittelbar zum Versicherungsgeschäfte gehörigen Rechtsakten befugt. Der Begriff der Inlandversicherung ergibt sich aus § 87.

2. Über die Parteifähigkeit einer englischen Versicherungsgesellschaft vor deutschen Gerichten vgl. KGBl. **08** 72 (LG. III Berlin), worin u. a. gesagt wird, daß diese Frage vom APV. vor Genehmigungserteilung zu prüfen ist (vgl. JDR. **5** 1107).

3. KGJ. **35** A 224, VAPV. (Anh.) **7** 3 (KG.). Auch die bereits vor Inkrafttreten des VAG. zum Geschäftsbetrieb im Inlande zugelassenen ausländischen Unternehmungen sind verpflichtet, für das Inland einen Hauptbevollmächtigten zu bestellen, dessen Macht zur Vertretung der Unternehmung Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann.

§ 87. Vgl. JDR. **5** 1135. 1. *Quarck aaO. § 87 ist ohne privatrechtliche Bedeutung (s. § 9).

2. Vgl. Josef, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff., s. oben zu § 4.

3. VAPV. **6** 127. Unzulässig ist es, wenn die ausländische Gesellschaft ohne Mitwirkung eines inländischen Vertreters mit einem inländischen Geschäftsmanne während dessen vorübergehenden Aufenthalts im Ausland eine Versicherung abschließt (vgl. VAPV. **5** 112).

4. VAPV. **6** 143. Unzulässig ist es, wenn die ausländische Gesellschaft selbst die Versicherungsscheine mit dem Faksimilestempel ihres Reichshauptbevollmächtigten unterstempelt.

§ 90. Vgl. JDR. **5** 1136. I. *Q u a r e k aaO. Die Aufsichtsbefugnisse können sich nur auf das Inlandsvermögen erstrecken; über dieses kann auch nur ein Spezialkonkurs eröffnet werden. Die „nähere Bestimmung" der Art der Sicherstellung des Prämienreservefonds kann auch in der Form eines behördlichen Veräußerungsverbots (§ 136 BGB.) ergehen.

II. Z u § 90 A b s. 2. 1. R e i c h e l, GruchotsBeitr. **52** 387 ff. Die von den Gesellschaften beantragte Verfügungsbeschränkung ist erstens abgelehnt, weil gegen § 137 BGB. verstoßend (z. B. vom Grundbuchamte Leipzig-Stadt), zweitens nach § 399 BGB. zugelassen, aber unter Ablehnung der Benachrichtigung des APV. (so München II, VAPV. **6** 12), drittens nach § 136 BGB. zugelassen und die Benachrichtigung des APV. erfolgt, jedoch zum Teil nur auf Antrag des APV. (Grundbuchamt Leipzig-Stadt), meist aber auch auf Antrag der Gesellschaften (so OLG. 8 401, SächsA. **15** 716 [LG. Leipzig, LG. I Berlin, OLG. Hamburg]). — § 399 BGB. ist nicht anwendbar, wohl aber §§ 135 u. 136 BGB. § 90 Abs. 2 VAG. enthält nämlich ein sog. relatives gesetzliches Veräußerungsverbot (§ 135 BGB.). Dieses bedarf nur in manchen Fällen der vom APV. anzuordnenden Durchführungsmaßnahmen. Es bedarf ihrer insbesondere nicht bei Hypotheken und anderen Grundstücksrechten. Hier statuiert das G e s e t z das Veräußerungsverbot. Das VAP. aber beschränkt sich auf die Anordnung, daß die Beteiligten diese Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eintragen lassen. Ebenso kann man aber in dem Rundschreiben des APV. vom 1903 ein relatives behördliches Veräußerungsverbot i. S. von § 136 BGB. erblicken, verbunden mit der Anordnung, es solle auf buchmäßige Verlautbarung dieses Veräußerungsverbots vom Betroffenen selbst hingewirkt werden (vgl. R e h m, Komm. z. VAG. [2] 340). — Ersterenfalls ist das in dem Rundschreiben erlassene Gebot (Verbot) deklarativ, im zweiten Falle konstitutiv. Die Bucheintragung aber ist in beiden Fällen nur deklarativ. — Legitimiert zum Eintragungsantrage sind nur der Betroffene und das APV. — Genügende Grundlage ist die Bewilligung des Betroffenen. Doch bedarf das Ersuchen des APV. einer Bezugnahme auf diese Bewilligung nicht. — Zu benachrichtigen sind: Betroffener, Eigentümer und APV. — Der Erwerber einer vom Veräußerungsverbote getroffenen Hypothek ist durch §§ 892, 1155 BGB. nicht geschützt. Doch kann nur die Gesellschaft, nicht das APV. Ansprüche gegen den Erwerber geltend machen. Weigert sich die Gesellschaft dessen, dann bleibt dem APV. nur der Weg des § 67 VAG. übrig. (S. a. BGB. §§ 135, 136 Ziff. 2.)

2. VAPV. **6** 12 ff. (LG. I München). Das APV. erlangt durch den Eintrag einer Verfügungsbeschränkung nach § 90 Abs. 2 ein selbständiges dingliches Recht. Die Eintragung erfolgt zu seinen Gunsten. Das APV. hat daher einen Anspruch auf Eintragungsnachricht nach § 55 GBO. (vgl. G ü t h e, GBO. 257, 911; T u r n a u - F ö r s t e r II 299; A c h i l l e s - S t r e c k e r I 196; F u c h s - A r n h e i m II 172; P r e d a r i 651, 260; O b e r n e c k I 243 ff.; R e h m, VAG. § 90 Anm. 3, RJA. **7** 50 ff.).

3. SeuffBl. **07** 502 (LG. München). Das APV. hat Beschwerderecht gegen ablehnende Entschließungen des Grundbuchamts aus § 90 Abs. 2 VAG. und hat ein Recht auf Eintragsbekanntmachung.

4. VAPV. **6** 124. Das APV. kann den bilanzmäßigen Wert der nach § 90 Abs. 2 sichergestellten Reichs- und Staatsschuldbuchforderungen nicht ein für allemal (auf den Anschaffungs-, höchstens Nennbetrag) feststellen.

VII. Ü b e r g a n g s v o r s c h r i f t e n.

§ 92. Vgl. JDR. **5** 1137. 1. VAPV. **8** 80 (Senats- u. Rekursentsch.) (vgl. auch 8 194). Wenn bei einer alten preußischen Gesellschaft die Frage des räumlichen Geschäftsgebiets im Genehmigungsverfahren weder Gegenstand behördlicher Prüfung noch Inhalt der behördlichen Entscheidung gebildet hat, so liegt in der Genehmigung

nicht die Erlaubniserteilung für ein räumlich unbeschränktes Gebiet; es ist keine „besondere Zulassung" i. S. von § 92 VAG. Vom 1. Januar 1902 ab bedarf daher die Ausdehnung über die bis dahin tatsächlich innegehaltenen Grenzen hinaus der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

2. Wegen ausländischer Unternehmungen s. zu § 86 Ziff. 3.

§ 96. Vgl. JDR. **5** 1137. VAPV. **8** 265. Bei Genehmigung von Gebietserweiterungen von bereits unter Reichs- oder Landesaufsicht stehenden Gesellschaften ist Verfügung des APV. genügend, Senatsentscheidung aber nur dann nötig, wenn dem APV. Bedenken beigehen.

§ 97. Vgl. JDR. **5** 1138. VAPV. **6** 65 ff. betr. Überleitung der Kautionen auf das APV.

§ 98. APV. **8** 80 (Senatsentsch.). Zu den zur Klarstellung des Geschäftsplans erforderlichen Angaben i. S. von § 98 VAG. gehört auch die Klarlegung des räumlichen Gebiets des Geschäftsbetriebs.

§ 101. Vgl. JDR. **5** 1138.

§ 102. Vgl. JDR. **5** 1138. VAPV. **6** 128. Die Umwandlung einer sächsischrechtlichen Genossenschaft in einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit kann erfolgen: 1. durch Auflösung und Liquidation der Genossenschaft, Gründung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Übernahme des Versicherungsbestandes usw. der Genossenschaft auf diesen und Zulassung des Versicherungsvereins nach § 4 VAG. und Genehmigung der Bestandsübernahme nach § 14 VAG. — Man kann aber 2. auch so verfahren, daß die Genossenschaft auf ihr Sonderrecht aus § 102 VAG. verzichtet, ihre Satzung den Vorschriften des III. Abschnittes des VAG. anpaßt und vom APV. als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach § 96 Abs. 2 VAG. zugelassen wird. Die Umwandlung tritt in Kraft nach erfolgter Zulassung sowie nach Löschung im sächsischen Genossenschaftsregister und nach Eintragung im Handelsregister.

§§ 103, 104. Vgl. JDR. **5** 1138.

VIII. Strafvorschriften.

IX. Schlußvorschriften.

§ 114. Vgl. JDR. **5** 1139.

§ 115. Vgl. JDR. **5** 1139. I. *Quarck aaO. Bei Lebensversicherungsverträgen wird der Versicherungsnehmer einer Nachprüfung nicht enthoben, ob die Behauptung des Hauptbevollmächtigten, der Vertrag sei von der Zentralleitung genehmigt, auch richtig ist.

II. 1. VAPV. (Anh.) **6** 44 (LG. Straßburg). § 115 Abs. 3 VAG. trifft für alle Klagen zu, die aus Anlaß des in dem betreffenden Bundesstaate betriebenen Versicherungsgeschäfts erhoben werden, nicht nur für die aus dem Versicherungsgeschäft im engeren Sinne. Also ist das Gericht des Wohnsitzes des Hauptbevollmächtigten auch für die Klage eines Dritten auf Herausgabe einer (ihm verpfändeten) Versicherungspolice zuständig.

2. Vgl. auch zu § 48 VVG.

§ 116. Vgl. JDR. **5** 1140. **A.** Automobilversicherung. I. Aufsichtspflicht verneinend. 1. Ehrenberg, VersAnn. **08** 70 ff., ZVers. Wes. **08** 20 ff. (Gutachten). Verf. kommt in eingehenden Erwägungen zum Ergebnisse, daß die Automobilversicherung Transportversicherung i. S. von § 116 VAG. und daher der Staatsaufsicht nicht unterstellt sei.

2. Hierzu vgl. VersAnn. **08** 209 ff. (zustimmend).

3. Für Ehrenberg auch Moldenhauer, ZVersWes. **08** 95.

4. Hagen, ZVersWiss. **08** 610 ff. (vgl. auch DJZ. **08** 864), wendet sich eingehend dagegen, daß das APV in seinen Veröff. **7** 17 ff. die Automobilversicherung

nicht als zur Transportversicherung gehörig bezeichnet. Er scheidet: das Automobilrisiko ist dreifach: Sachschaden, Unfall, Haftpflicht. Wird eine Automobilversicherung rein als Sachschadenversicherung genommen, so fällt sie unter den Begriff der Transportversicherung. Dagegen fallen die Unfallversicherung der Insassen und die Haftpflichtversicherung des Eigentümers des Automobils aus dem Rahmen der Transportversicherung heraus.

5. Rehm, GoldschmidtsZ. **64** 369 ff. Verf. bekämpft eingehend als formell und materiell unhaltbar die Ansicht des APV. (VAPV. **7** 10 ff., vgl. **7** 96 u. **6** 102), die Automobilversicherung sei keine Transportversicherung und daher aufsichtspflichtig, weil Transportversicherung i. S. von § 116 VAG. nur diejenige Versicherung sei, bei der Versicherungsbedingungen und technische Einrichtungen überwiegend erkennen lassen, daß sie durch den Umstand herbeigeführt sind, daß die Güter oder Transportmittel, die mittels ihrer zur Versicherung gelangen, geschäftlichen Zwecken dienen. Verf. meint (383), man müsse nicht vom Schiffe ausgehen, sondern vom elektrischen oder Motorwagen, der dem Automobil am nächsten steht. Seine Versicherung ist unbestritten Transportversicherung (Kleinbahnwagen-, Lokomotivenversicherung). Diese nahe Verwandtschaft muß entscheidend sein; gleiches Bedürfnis, gleiche Befriedigung, gleiche Stellung zur Versicherungsaufsicht.

6. Schneider, ZVersWiss. **08** 413 ff. Die Versicherung der Landkraftfahrzeuge ist als Transportversicherung i. S. von § 116 VAG. und als Transportversicherung von Gütern i. S. von § 187 VVG. anzusehen, untersteht also nicht der Aufsicht und den Beschränkungen der Vertragsfreiheit des VVG.

II. Aufsichtspflicht bejahend. Gegen Ehrenberg vgl. ZVers. Wes. **08** 75 ff., wo ausgeführt wird: Ebenso wie eine etwa sich entwickelnde Luftballonversicherung eine besondere Art Sachversicherung, aber keine Transportversicherung darstellen würde, ebenso fällt die Automobilversicherung nicht ohne weiteres, sondern nur dann unter den Begriff „Transportversicherung", wenn es sich um Automobile handelt, die einen eigentlichen Transport vermitteln, oder aber um Automobillastzüge.

III. Rechtsprechung. 1. VAPV. (Anh.) **8** 69 (LG. Berlin); auch abgedruckt bei Rehm aaO. 384 ff. Automobilversicherung ist Transportversicherung i. S. von Tarifst. 70 PrStempStG. vom 31. Juli 1895.

2. VAPV. (Anh.) **8** 70 (KG., unter Aufhebung des vorigen Urteils). Automobilversicherung kann nur dann Transportversicherung i. S. des preußischen Stempelsteuergesetzes sein, wenn das Automobil nur gegen Gefahren der Beförderung versichert ist. Reicht die Versicherung weiter (Beschädigung außerhalb der Beförderung, Feuer, Diebstahl), dann liegt eine gewöhnliche Schadenversicherung vor, die keine Stempelfreiheit genießt. Das ist hier der Fall. Deshalb bleibt unentschieden, ob außer Schiffen die Transportmittel überhaupt Gegenstand der Transportversicherung sein können, ob diese nur zu gewerblichen Zwecken bestimmte Fahrzeuge und nur die Übernahme der Gefahren einer bestimmten Reise zum Gegenstande haben kann.

3. **RG. 72** 418 ff.: Auch Urkunden über Versicherung von Transportmitteln, insbesondere Automobilen während der Fahrt und für den Ruhezustand, sind nach dem PrStempStG. v. 31. 7. 95 Tarifst. 70 Abs. 5 stempelfrei; denn diese Verträge fallen unter den Begriff der Transportversicherung, der im angezogenen preußischen Gesetze kein anderer als im bürgerlichen Rechte ist. Es liegt nicht schon deshalb eine gewöhnliche Schadens- und nicht mehr Transportversicherung vor, weil auch Schäden gedeckt werden sollen, die außerhalb des Transportes liegen. Auch Transportmittel können Gegenstand der Transportversicherung sein. Das gilt auch für Automobile, die nur Luxuszwecken dienen. Wesentlich ist nur, daß die Merkmale einer wirklichen Transportversicherung vorliegen, die darin bestehen,

daß die Versicherung einen unbestimmten, mehr oder weniger großen Kreis von Gefahren umfaßt und daß diese Gefahren gerade durch die Beförderung drohen. Die Erstreckung auf die Zeit des Ruhezustandes steht mit dem Wesen der Transportversicherung nicht im Widerspruche. Aus § 129 ff. VVG. ist kein Bedenken gegen diese Auffassung der Transportversicherung zu entnehmen, dahingestellt, ob etwa nach § 116 VAG. die Automobilversicherung vom Standpunkte des öffentlichen Rechts nicht als Transportversicherung zu behandeln ist.

IV. APV. Das APV. hält in VAPA. **6** 102, **7** 17 ff., 96, 154 andauernd, zum Teil mit sehr eingehenden Begründungen, an seinem Standpunkte fest, daß die Automobilversicherung nicht Unterart der Transportversicherung sei. Es erklärt sie für aufsichtspflichtig und hat demgemäß in VAPV. **7** 154 Einstellung eines nicht genehmigten derartigen Versicherungsbetriebs verfügt.

B. Rückversicherung. 1. VAPV. **8** 183. Keine Rückversicherung (aber auch kein aufsichtspflichtiges Versicherungsunternehmen) liegt vor bei Gründung einer „Rückversicherungsaktiengesellschaft", um den Mitgliedern von VVaG. die Nachschußhaftpflicht abzunehmen.

2. Wegen der Rückversicherungsgesellschaften vgl. die Bundesratsanordnung, die vom Reichskanzler bekannt gemacht ist, VAPV. **8** 152, und die demgemäß vom APV. erlassenen Rechnungsvorschriften VAPV. **8** 2 ff.

3. **RG.** WVersZ. **41** 1273. Vermittlung von Rückversicherungen (für Rechnung „wen es angeht") über England durch eine deutsche Transportversicherungsgesellschaft.

§ 119. Vgl. JDR. **5** 1092. Öffentliche Versicherungsanstalten. 1. **RG.** (Straff.) **40** 296, JW. **08** 373, Reger **28** 329, VAPV. (Anh.) **7** 35, ZVersWes. **08** 252, R. **08** 459. Öffentliche Versicherungsunternehmung ist nicht die Versicherungsunternehmung einer Schlächterinnung, wohl aber sind öffentliche Versicherungsunternehmungen alle die, welche entweder der Durchführung eines gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Versicherungszwanges dienen oder welche, wenn auch zu freiwilliger Versicherung Gelegenheit bietend, als staatliche, gemeindliche, städtische eingerichtet und behördlich verwaltet sind, also unter Verwaltung und Leitung einer staatlichen, kommunalen oder kirchlichen Behörde oder eines anderen einer Behörde gleichzustehenden Organs stehen.

2. HessVerwZ. **32** 39. Nach § 119 VAG. fallen nicht unter die Aufsicht sowohl die auf Grund besonderer landesgesetzlichen Vorschrift errichteten Anstalten (Hagel-, Feuersozietäten) als auch die von Korporationen des öffentlichen Rechtes begründeten und nach dem für diese Korporationen maßgebenden Verwaltungsrecht als kommunale Einrichtungen beaufsichtigten Sterbekassen, Viehversicherungen und ähnliche Unternehmungen.

3. S. auch zu § 122 II VAG. u. zu § 192 VVG.

§ 121. Vgl. JDR. **5** 1141. Domizlaff, Heft XIII der Veröff. d. D. Vereins f. VersWiss. Verf. stellt nach einer kurzen Einleitung die landesrechtlichen Vorschriften, nach Bundesstaaten geordnet und eingehend besprochen, kritisch zusammen. Zum Schlusse tritt er für Regelung des verworrenen, veralteten und unklaren landesrechtlichen Rechtszustandes durch die Gesetzgebung ein. Er schlägt vor, sämtliche Überwachungsvorschriften sowie die Vorschriften über die Buchführung der Agenten aufzuheben, die Heranziehung der Gesellschaften zu Abgaben für gemeinnützige Zwecke, insbesondere zum Feuerlöschwesen zu beseitigen, die Frage der Besteuerung der Gesellschaften aber reichsgesetzlich zu regeln. Die Überwachung der Auszahlung der Brandentschädigung ist beizubehalten, aber für das Reich einheitlich zu regeln. Regelungsbedürftig ist auch die Unterbringung der sog. notleidenden Risiken. Die Landesgesetzgebung aber sollte am besten sämtliche ältere

zivilrechtlichen Bestimmungen, unter Vorbehalt der Vorschriften zur Sicherung der Hypothek- und anderen Realgläubiger, aufheben.

2. Gierke, ZHR. **65** 314. Die Meinung des KG., daß durch § 121 VAG. die sog. Präventivkontrolle nicht völlig beseitigt sei, ist unrichtig.

3. *Quarek aaO. Die privatrechtliche Wirksamkeit des Abschlusses der Feuerversicherungsverträge kann durch die landesgesetzlich zulässige Nachkontrolle nicht beeinflußt werden.

4. **RG.** (Strafs.) **40** 369, VAPV. (Anh.) **7** 61. Durch das VAG. ist der § 20 PrG. über Mobiliarfeuervers. vom 8. Mai 1837, der die Versicherung zu wissentlich höherem als dem gemeinen Werte und Versicherung von gar nicht vorhandenen Gegenständen unter Strafe stellt, nicht aufgehoben. Bestätigt sind nur die Präventivmaßregeln zur Verhütung von Überversicherung. Bestehen geblieben sind aber die Strafbestimmungen wegen geschehener Überversicherung.

5. SächsAnn. **30** 315 (Dresden). Aufrechterhalten geblieben ist auch nach § 121 Abs. 1 VAG. die Bestimmung der §§ 10, 16 Abs. 2 SächsG. vom 28. August 1876 und § 12 e AusfVO. vom 20. November 1876 (GVBl. **76** 427, 550), da hiernach nur eine polizeiliche Nachkontrolle zur Vermeidung von Doppel- und Überversicherung und zur Erfüllung der Stempelpflicht vorgesehen ist (Zwang zur Einreichung von Policenachträgen bei der Ortspolizei). Vgl. auch GVBl. **01** 169 (VO. vom 23. November 1901), FischersZ. **24** 199, (VO. d. Min. d. Inn. vom 27. Dezember 1901), Mosel, Handwörterbuch 222, DJZ. **9** 125 (Note zum KG.).

6. SächsOVG. **12** 255 (SächsOVG.) (vgl. § 18 SächsG. vom 28. August 1876). Die Feuerversicherungsanstalten brauchen die von ihnen zu entrichtenden Beiträge zur Ortsfeuerlöschkasse in denjenigen Fällen, in denen die Prämie nach dem Versicherungsvertrag auf eine Reihe von Jahren im voraus bezahlt wird, nicht bereits im Vorauszahlungsjahre auf die ganze Zeitdauer abzuführen. (Vgl. Sächs. OVG. **9** 352.)

7. Über die sächsische Vorschrift, daß von jeder Translokation versicherter Gegenstände die zuständigen Behörden unter Vorlegung der Police und der durch die Veränderung bedingten Nachträge zu benachrichtigen sind, vgl. VAPV. **6** 129.

8. VAPV. **6** 27. Betr. Selbstversicherungsumfang im Kgr. Sachsen. (Vgl. JDR. **5** § 1 PVG. I Ziff. 6 b.)

9. VAPV. **6** 28. § 30 SächsAVO. z. Mobiliar- u. Privat-FeuerversG. vom 20. November 1876 schließt (ebenso wie das preußische Recht) die Kompensationsklausel nicht aus, d. h. die Vereinbarung, daß eine gegenseitige Ergänzung der für die einzelnen Positionen angegebenen Summen bis zur Höchstgrenze der Gesamtversicherungssumme stattfinden soll.

10. VAPV. **6** 126. APV. ist nicht zuständig für Entscheidung über die Berechnung der Höhe sächsischer Ortsfeuerlöschbeiträge.

§ 122. Vgl. JDR. **5** 1142. I. Hilfskassen. 1. Leyers, Die Hilfskassen in Gegenwart und Zukunft. Verf. bespricht auf S. 125—152 die Entstehung, die Rechtsverhältnisse (Organisation, Mitgliedschaft, Vermögen) und die Beendigung (Auflösung, Akt der Behörde, Konkurs) eines VVaG. im Hinblick auf die Frage, ob eine Übertragung der entsprechenden Vorschriften des VAG. auf die Hilfskassen zweckmäßig wäre.

2. Reger **26** 97. Verf. des pr. Min. f. H. u. Gew. vom 6. November 1905, die sich über das Verhältnis von § 122 VAG. und § 75 a KrankVG. dahin ausspricht, daß § 122 VAG. sich nur auf solche Hilfskassen bezieht, denen bei Inkrafttreten des VAG. die Bescheinigung nach § 75 a KrankVG. schon erteilt war, daß also künftig die Errichtung von Hilfskassen auf Grund landesrechtlicher Vorschriften auch dann unzulässig ist, wenn die Errichtung in der Absicht erfolgt, eine Bescheinigung nach § 75 a zu erlangen.

3. VAPV. (Anh.) 8 82 (Karlsruhe). Auf eine eingeschriebene Hilfskasse sind, solange sie nicht durch die höhere Verwaltungsbehörde zugelassen und im Register eingetragen ist, die Vorschriften des VAG. anwendbar.

4. Wegen der Mißstände bei den Hilfskassen hinsichtlich der Verwirkungsklauseln s. Kirchberger, LeipzZ. **09** 302 ff.

II. Innungskassen. PrOVG. **49** 313, Reger **28** 149 (PrOVG.). Der von einer Schlächterinnung unternommene Betrieb eines Schlachtviehversicherungsvereins ist keine öffentliche Versicherungsunternehmung und keine von der Innung errichtete Unterstützungskasse i. S. des § 122 VAG.

§ 124. Vgl. JDR. **5** 1142.

§ 125. Vgl. JDR. **5** 1142. 1. Zustimmend zu Gierke, ZVersWiss. **4** 341 ff., JDR. **5** 1142, auch Schneider, BayRpflZ. **08** 374.

2. Vgl. zu Art. 2 EGBVG.

Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Vorbemerkung: Am 1. Januar 1910 ist das Gesetz über den Versicherungsvertrag in Kraft getreten. Es füllt die Lücke aus, die das G. v. 12. Mai 1901 dem privaten Versicherungsvertragsrechte gelassen hatte. Damit schwindet für den größten Teil des Reichs die Zeit, in der man unter Versicherungsgewohnheitsrecht lebte. Doch jenes ungesetzte Recht selbst, wie es eine lange Gerichtspraxis im Vereine mit der Wissenschaft geschaffen hatte, schwindet nicht. Die Sätze, die besonders der VII. Sen. des RG. geprägt hat, leben zum großen Teile nun als Gesetzesrecht weiter. Die früheren Entscheidungen sind also nicht wertlos geworden. Jedenfalls insoweit nicht, als sie Rechtssätze betreffen, die inhaltlich im Gesetze wiederkehren. Aber auch im übrigen ist ihr Wert zum großen Teile bestehen geblieben, nämlich insoweit, als sie die Auslegung von allgemeinen Bedingungen der Versicherungsgesellschaften zum Gegenstande haben, die auch in Zukunft weiterbestehen bleiben und die, weil sie vielfach inhaltlich oder sogar wörtlich bei den meisten Gesellschaften desselben Versicherungszweiges die gleichen sind, die Bedeutung einer Art gesetzesergänzender Rechtsvorschriften haben und behalten. Was von den Entscheidungen gilt, gilt auch von der bisherigen Rechtslehre. Sie ist aber zusammen mit den bisherigen Entscheidungen auch deshalb noch für die Zukunft überhaupt oder wenigstens für eine gewisse Zeit von Bedeutung, nämlich in dem Maße, als es sich um Versicherungsfälle handelt, die vor dem 1. Januar 1910 eingetreten sind, und als es sich um Versicherungsbedingungen handelt, die nach dem Gesetz und dem Einführungsgesetz vorläufig oder dauernd in Kraft bleiben.

Von diesem Gesichtspunkt ist beim nachfolgenden Bericht ausgegangen. Es wird über die Zeit berichtet, seit der die Veröffentlichung des Gesetzentwurfes nebst Begründung ihren unverkennbaren Einfluß auf die Rechtslehre und Rechtswissenschaft ausgeübt hat. Das sind etwa die letzten drei Jahre. Bei der Reichhaltigkeit mußte mit Auswahl verfahren werden. Insbesondere bei den Entscheidungen ist das künftig Wertlose weggelassen und auf viele Urteile nur kurz verwiesen worden. Immerhin gibt der Bericht gerade zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes eine nützliche Übersicht über etwa die letzten drei Jahre. Die Ordnung des Stoffes erfolgte im Anschluß an die Paragraphen des neuen Gesetzes, um die Einarbeitung zu erleichtern und zugleich auf Unterschiede des neuen Rechtes im Vergleiche mit den alten aufmersam zu machen; denn daß die Benutzung der Judikatur, die ja alle vor dem 1. Januar 1910 liegt, mit Vorsicht zu geschehen hat, ist selbstverständlich. Diese Einordnung des vielgestaltigen Stoffes unter die Paragraphen des neuen Gesetzes hatte ihre Schwierigkeiten. Denn das Gesetz läßt mit Absicht dem Vertragsrechte weiten Spielraum, und die Bestimmungen der allgemeinen Versicherungsbedingungen sind nicht sämtlich ohne Mühe und ohne Gefahr der Unübersichtlichkeit an Bestimmungen des Gesetzes anzulehnen.

Manche Verweisungen waren daher nötig. Dennoch erschien es geboten, jene zahlreichen Urteile, die die Auslegung von Versicherungsbedingungen zum Gegenstande haben, nicht, wie es bisher vielfach geschehen ist, unter der allgemeinen Rubrik des § 157 BGB. wiederzugeben. Denn das Versicherungsrecht ist nicht, wie so mancher meint, ein Konglomerat von Sätzen, die man nur „nach Treu und Glauben" beurteilen kann, denen aber das feste Rückgrat bestimmter Rechtssätze fehlt. Diese Auffassung entspringt daraus, daß infolge der zahlreichen Gesetzeskodifikationen bei uns das Gefühl geschwunden ist, daß ungesetztes Recht auch Recht ist. Und das Versicherungsrecht hat solche konkreten Rechtssätze auch bisher schon gehabt. Man muß den Zweck, den die Versicherung verfolgt, und die reale Grundlage einer Fülle von wirtschaftlichen, technischen und mathematischen Erwägungen und Erfahrungen, auf der die Versicherung beruht, berücksichtigen und studieren, bevor man Urteile fällt, die vielleicht dem einzelnen betroffenen Versicherten gegenüber billig erscheinen, die aber in ihren Folgen und Folgerungen die Ordnung und den Bestand des ganzen großen bedeutungsvollen Wirtschaftskörpers gefährden können, den eine Versicherungsgesellschaft darstellt. Treu und Glauben muß gewiß gerade in Versicherungssachen herrschen. Aber die Auslegung der Versicherungsverträge muß nicht nur die allgemeine Vorschrift des § 157 BGB. berücksichtigen, sondern auch der Eigenart der Versicherung und den hieraus zu erklärenden Absichten der einzelnen Bedingungen gerecht werden. Und auch um dies hervorzuheben und zu erleichtern, hatte eine Ordnung des gesamten Stoffes unter die Gesetzesparagraphen zu erfolgen.

I. Literatur: 1. Ausgaben des VVG.: Best. 1908. — Gerhard, Hagen, Knebel-Doeberitz, Broecker u. Manes. (Kommentar) 1908. — Gugel. 1908. — Hager u. Behrend. 1908. — Josef. 1908. — Kufahl u. Sauer. 1908. — Lindner u. Fell. 1909. — Schmidt. 1908. — Schneider. 1908. — Zehnter. 1908. — 2. Allgemeine Literatur (zum VVG. überhaupt und zum 1. Titel; die weiteren Literaturangaben bei den einzelnen Titeln): Behrend, Neuere Entscheidungen in Privatversicherungssachen (bis zum Jahre 1906 einschl.), ZVersWiss. **07** 100 ff. (Unfall, Haftpflicht). — Berichte, Denkschriften und Verhandlungen des 5. Intern. Kongr. f. VersWiss., herausgegeben v. Manes. Berlin 1906, Mittler. — Bischoff, Kulturaufgaben des Versicherungswesens, Heft 12 der Veröff. des deutschen Vereins f. VersWiss. Berlin 1907, Mittler. — Brodmann, Zur Theorie des Versicherungsvertrags, LeipzZ. **07** 123 ff., 193 ff. — Derselbe, Der Begriff der Versicherungsvertrags, LeipzZ. **07** 546 ff. — Demelius, Begriff des Versicherungsvertrags und Perfektion des Versicherungsvertrags, ZVersWiss. **07** 436 ff. — Derselbe, Begriff des Versicherungsvertrags und Perfektion des Versicherungsvertrags, ZVersWiss. **9** 128 ff. — Ehrenberg, Versicherungsrecht in „Kultur der Gegenwart". Teil II Abt. 8, 118—143. — Derselbe, Der Begriff des Versicherungsvertrags, LeipzZ. **07** 162 ff. — Ehrenfried, Sammlung der in den deutschen Bundesstaaten bestehenden wichtigsten stempelsteuerlichen Gesetzesbestimmungen nebst Stempeltarif für Versicherungsverträge. Stuttgart 1908, Ehrenfried. — Erlanger, Der Bereicherungsanspruch aus dem nichtigen Versicherungsvertrage des Minderjährigen, ZVersWiss. **08** 692 ff. — Geißler, Der Versicherungsvertrag des Minderjährigen. Diss., Gött. 1908. — Gerhard, Praxis des Privatversicherungsrechts. 1. Bd. 1908, 2. Bd. 1909. Berlin, Mittler. — Hagen, Zur Auslegung von Versicherungsbedingungen, AssekJahrb. **28** 9 ff. — Hallbauer, Die zivilprozessualen Bestimmungen des VVG., R. **08** 686 ff. — Hupka, Der Begriff des Vers.-Vertrags, GoldschmidtsZ. **66** 546 ff. — Josef, Begriff des Versicherungsvertrags und Perfektion des Versicherungsvertrags, ZVersWiss. **08** 688 ff. — Derselbe, Das Zustandekommen des Versicherungsvertrags und die Wirkung der zwischen Antrag und Annahme eintretenden Änderung der Sachlage, AssekJahrb. **31** 37 ff. — Derselbe, Die allgemeinen Versicherungsbedingungen und das neue VVG., GesuR. **9** 421 ff. (Darlegungen der zwingenden Vorschriften des VVG).. — Vgl. auch Josef, ACivPr. **103** 128 ff., s. unten zu § 16. — Kahler, Vergleichende Zusammenstellung der Versicherungsbedingungen und wichtigsten Prämiensätze der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften. Berlin 1909, Mittler. — Koch-Gudin, Definition des Begriffs „Versicherung", AssekJahrb. **29** 88 ff. — Könige, Der neue Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag, LeipzZ. **07** 620 ff. — Kuhlenbeck, Das VVG., SeuffBl. **08** 945 ff. — Manes, Versicherungswesen. Leipzig 1907, Teubner. — Derselbe, Versicherungslexikon. Tübingen, Mohr 1909. — Derselbe, Einführung in die Versicherungs-

praxis. Bd. I. Privatversicherung. Tübingen 1908, Mohr. Bd. II. Sozialversicherung. Daselbst. — Derselbe, Vier Jahre versicherungswirtschaftlicher Literatur (1905—1908), AssekJahrb. **30** 33 ff. — Derselbe, Entwickelungstendenzen der Versicherung. Leipzig 1908. — Derselbe, Rückblick auf das Versicherungswesen im Jahre 1907, DWirtschZ. **08** 217 ff., 267 ff. — Derselbe, Kapitalanlagen der Versicherungsanstalten, BankA. **08** Nr. 23. — Marcus, Das Recht der Privatversicherung nach den allgemeinen Lehren des Entw. z. VVG. Berlin 1907, Heymann. — Moldenhauer, Die Literatur über das private Versicherungswesen, Festgabe für Schmoller. Leipzig 1908, Duncker u. Humblot (und als Sonderabdruck erschienen). — Derselbe, Die wirtschaftliche Bedeutung des VVG. Berlin 1909. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten, herausgegeben v. Deutschen Verein f. VersWiss. I. Teil. Feuervers. Berlin 1908, Mittler. II. Teil. Lebensvers. Daselbst. — Samver, Einige Bemerkungen über die künftigen allgemeinen Versicherungsbedingungen der deutschen Lebensversicherungsgesellschaften, AssekJahrb. **28** 3 ff. — Schelwien, Der Versicherungsantrag des Minderjährigen, ZVersWiss. **08** 29 ff. — Schneider, Zur Einführung in das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, BayRpflZ. **08** 325 ff., 350 ff., 372 ff. — Derselbe, Über das Verhältnis zwischen deutschem und außerdeutschem Versicherungsrechte, ZVersWiss. **07** 413 ff. — Wetz, Versicherungssteuer, DWirtschZ. **08** 832 ff. — Wörner, Grundriß der allgemeinen Versicherungslehre. Leipzig 1908. — Derselbe, Grundriß der besonderen Versicherungslehre. 1. Buch: Privatversicherung, 1. Abt.: Einleitung, Sachversicherung, Forderungsversicherung. Leipzig 1908. (Beide Werke geben eine ausgezeichnete systematische Darstellung der rechtlichen, wirtschaftlichen und praktischen Bestandteile der Versicherungslehre in gedrängter Form.) — Derselbe, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, DVersZ. **4** 1 ff., 53 ff. — Worms, Versicherungsantrag und Versicherungsschein im Lichte des VVG., ZVersWiss. **09** 531 ff. — Zehnter, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, LeipzZ. **08** 721 ff. — 3. Einzelne Versicherungszweige (soweit sie im VVG. geregelt oder in §§ 186 ff. erwähnt sind, ist die Literatur an den betreffenden Stellen angeführt): Buer, Heimstättenversicherung. Bonn 1908, Georgi. — Buckeley, Mutterschaftsversicherung. 1908. — Dachrodt, Die Rentenversicherung, Gött. Diss. 1907, Vandenhoek u. Rupprecht. — Fischer, Die Mutterschaftsversicherung in den europäischen Ländern. Leipzig 1907, Dietrich. — Fürth, Mutterschutz und Mutterschaftsversicherung. Mannheim 1907, Bensheimer. — Herz, Die Versicherung gegen wirtschaftliche Schädigungen durch Verbrechen, ZVersWiss. **08** 435 ff. — Kohl, Die Glasversicherung, DVersZ. **2** 375 ff. — Manes, Mietverlustversicherung. Berlin 1908, Mittler. — Salomon, Mutterschutz und Mutterschaftsversicherung. Leipzig 1908, Duncker u. Humblot. — 4. Ausländisches Recht: Adler, Bemerkungen zum österr. Versicherungsgesetzentwurf, GrünhutsZ. **09** 641 ff. — Behrend, Neuere Entscheidungen in Privatversicherungssachen (Ausländisches Recht), ZVersWiss. **08** 551 ff. — Broecker, Das neue Versicherungsgesetz des Staates New York, ZVersWiss. **07** 64 ff. — Ehrenzweig, Der Entwurf des österreichischen VVG. in der Fassung der Herrenhauskommission, Assek. Jahrb. **31** 80 ff. — Derselbe, Die Judikatur des k. k. Obersten Gerichtshofs in Privatversicherungssachen seit der Prozeßreform, AssekJahrb. **29** 54 ff. (Jahre 1898—1904), Assek. Jahrb. **30** 111 ff. (Jahre 1905—1907). — Ferencz, Die ungarische Rechtspraxis im Versicherungswesen der letzten Jahre, AssekJahrb. **30** 57 ff. — Hupka, Der Gegenentwurf eines (österr.) Gesetzes über den Versicherungsvertrag. Wien 1908, Deuticke. — Roth, Die vorzeitige Auflösung des Versicherungsvertrags, AssekJahrb. **31** 51 ff. — Schneider, Die Regelung des Versicherungsvertragsrechts im Deutschen Reiche und in der Schweiz, ZVersWiss. **08** 595. — II. Zeitschriften, Periodika, Abkürzungen s. vor § 1 VAG.

Erster Abschnitt. Vorschriften für sämtliche Versicherungszweige.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung zu §§ 1 ff.: Die alten Streitfragen über den Begriff des Versicherungsvertrags und sein Zustandekommen sind auch nach dem Erscheinen des VVG., das selbst zu ihnen keine Stellung nimmt, nicht zur Ruhe gelangt. Den Begriff der Versicherung im allgemeinen behandeln besonders Brodmann und Ehrenberg. Über die Sonderfragen hinsichtlich des Lebensversicherungsvertrags ist zu §§ 159 ff. zu berichten. Eine neue Konstruktion über den Vertragsabschluß hat Demelius aufgestellt, angeregt durch die gewöhnliche Verbindung des eigentlichen Antrags mit allerlei Sonderabreden. Ihm tritt Josef entgegen. Bedeutsam für die Frage des Abschlusses ist das Ur-

teil des OLG. Dresden, § 1 Ziff. 8 a. Für die Auslegung der Versicherungsverträge wertvoll ist die Entscheidung des RG. § 1 Ziff. VI 5. Lebhafter Streit herrscht über die Frage der Rückwirkung des § 8 (stillschweigende Vertragsverlängerungen).

Über eine Fülle von Entscheidungen zu den mit der Vereinbarung der berüchtigten Klagausschlußfristen zusammenhängenden Fragen ist zu § 12 zu berichten.

Wegen des § 6 s. Vorbemerkung daselbst.

Vor §§ 1 ff. 1. *Könige, LeipzZ. **08** 416 ff. Dispositive Vorschriften des VVG. kann das Aufsichtsamt auch zu zwingenden erklären, wenn die Interessen der Versicherten nicht genügend gewahrt erscheinen. Es kann unter der Voraussetzung der §§ 7 u. 64 Abs. 2 PrVG. die zwingenden Vorschriften des VVG. noch verschärfen.

2. Über die Frage, ob und inwieweit die Gesetzesbestimmungen mit in die Versicherungsbedingungen aufzunehmen sind, vgl. VAPV. 8 157.

§ 1. Literatur: s. oben vor §§ 1 ff.

I. Begriff des Versicherungsvertrags. 1. Brodmann, LeipzZ. **07** 123 ff., 193 ff. Verf. sucht die beiden Fragen zu beantworten, ob es einen (spezifischen) Versicherungsvertrag und ob es nur einen gibt. Er bejaht beide. Versicherungsvertrag ist derjenige Vertrag, bei dem der eine Teil, Versicherer, gegen Entgelt dem anderen, dem Versicherungsnehmer, gegenüber sich verpflichtet, für den Fall des möglichen, aber mit Sicherheit nicht zu bestimmenden Eintritts eines Ereignisses, das — gleichviel, ob im übrigen unerfreulich oder nicht — vom Standpunkte der Vermögenslage des Versicherungsnehmers betrachtet Schaden — Verlust oder entgangenen Gewinn — stiftet oder Anlaß zu einer außerordentlichen Aufwendung wird, diese Beeinträchtigung des Vermögens in einem mehr oder weniger genau bestimmten Umfange dem Geldwerte nach auszugleichen (125). Zum juristischen Begriffe des Versicherungsvertrags gehört nicht das Erfordernis des Großbetriebs (126). Der Lebensversicherungsvertrag besitzt zwar seine Besonderheiten, aber nicht so sehr, daß er nicht trotzdem durchaus Versicherungsvertrag wäre (130). Das wird des näheren unter Ablehnung der Theorien von Thöl, Laband und Malß-Rüdiger ausgeführt. Insbesondere wird betont, daß, wer versichere, gerade nicht spare (190). Die Lebensversicherung ist im Grunde Schadensversicherung (200). Während sonst die Höhe des Versicherungswerts durch objektive Momente gegeben ist und die Prämienbeträge nach ihr sich zu richten haben, bestimmt sich hier die Versicherungssumme, was hier dasselbe ist wie der Versicherungswert, nach der Höhe der Prämie, die der Versicherte aufzubringen in der Lage ist und sich entschließt; insofern tauschen die Vertragsparteien hier gewissermaßen ihre Rollen (196).

2. Brodmann, LeipzZ. **07** 546 ff. Verf. wendet sich gegen die in WVersZ. **41** Nr. 69 ff. enthaltenen Ausführungen und die dort gegebene Definition des Versicherungsvertrags („Versicherungsvertrag im Sinne dieses Gesetzes ist derjenige, durch welchen der eine vertragschließende Teil, der Versicherer, gegen eine ihm von dem anderen vertragschließenden Teile, den Versicherungsnehmer, einmalig oder wiederkehrend zu entrichtende Geldvergütung, Prämie, die Verpflichtung übernimmt, im Falle des Eintritts eines im Vertrage bestimmten Ereignisses, des Versicherungsfalls, a) entweder den durch dieses Ereignis verursachten Vermögensschaden zu ersetzen, Schadensversicherung, oder b) eine im Vertrage vereinbarte einmalige oder wiederkehrende Geldleistung zu gewähren, Personenversicherung“).

3. Ehrenberg, LeipzZ. **07** 162 ff. Verf. bespricht die Versicherung im Wirtschafts- und die im Rechtssinn und gibt schließlich (174) folgende Definition: Ein selbständiger Vertrag, durch welchen sich die eine Partei gegen Entgelt verpflichtet, im Falle des Eintritts eines im Vertrage vereinbarten, überhaupt, oder der Zeit oder der Wirkung nach ungewissen Ereignisses entweder den dadurch ver-

ursachten Schaden zu ersetzen oder eine vereinbarte Summe oder Rente zu zahlen, ist ein Versicherungsvertrag, wenn diese Partei derartige Verträge planmäßig in großer Zahl abschließt. Ausnahmen: Der Seeversicherungsvertrag wird auch außerhalb des planmäßigen Großbetriebs nach Versicherungsrecht beurteilt, und der Lotteriespielvertrag wird trotz planmäßigen Großbetriebs nicht danach beurteilt.

4. Georgii, LeipzZ. **07** 777 ff., führt aus, daß der Ausschluß beabsichtigter Schäden zu den fundamentalen Voraussetzungen jeder Versicherung gehört, und fordert für die Versicherbarkeit eines Ereignisses nicht bloß wie Ehrenberg (Versicherungsrecht 6 Ziff. 1 und LeipzZ. **07** 162 ff.), daß es zur Zeit des Vertragsabschlusses „ungewiß" ist, sondern daß es ungewiß bleibt bis unmittelbar zum tatsächlichen Eintritte selbst, daß die „Unsicherheit" und „Unberechenbarkeit" des Schadens mindestens insofern fortbesteht, als noch die Möglichkeit des Nichteintretens gegeben ist, daß also die „Ungewißheit" erst mit dem Eintritte des Schadensereignisses und durch diesen Eintritt beseitigt wird.

5. Koch-Gudin, AssekJahrb. **29** 88 ff. K. stellt die Definitionen von Wallmann (1903), Manes (1905), Ehrenberg (1907), Brodmann (1907), französischen Gesetzentwurf (1907), Wörner (1907), DVersZ. (1907) kritisierend zusammen und kommt selbst unter Beigabe einer kommentierenden Begründung zu folgender Definition: „Unter Versicherung im Sinne dieses Gesetzes versteht man einen Vertrag zwischen zwei Parteien, auf Grund dessen die eine sich mit Inkrafttreten desselben zur Entrichtung eines einmaligen oder periodisch wiederkehrenden vereinbarten Entgelts an die andere Partei verpflichtet, wogegen diese die einmalige oder in gewissen Zeitabschnitten wiederkehrende, in Geld oder Naturalien bestehende Leistung in dem im Vertrage bestimmten Sinne und Umfange an erstere bzw. an die von dieser oder durch das Gesetz begünstigten Personen übernimmt, sofern eine oder mehrere im Vertrage vorgesehene, an sich ungewisse und vom Willen der Parteien unabhängige Ereignisse eintreten".

6. Über den Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrags s. auch VersZ. **42** 753 ff. und 1267 ff. (gegen Koch-Gudin), 961, 1041 und 1171 (gegen drei andere Definitionen), VersZ. **41** 1169, 1417 (gegen Wörner), 1969 (gegen Brodmann), 2225.

7. Hupka, GoldschmidtsZ. **66** 546 ff. H. gibt in eingehender Weise I. eine Kritik der herrschenden Ansichten (Schadensersatztheorie; Theorie von Vivante; Theorie von Gobbi) und II. einen Versuch einer neuen Fundierung des Versicherungsbegriffs, wobei er das Sicherungsmotiv, die Unsicherheit und das Sicherheitsbedürfnis sowie das Risiko behandelt und schließlich den Begriff des Versicherungsvertrags dahin formuliert: der Versicherungsvertrag ist ein entgeltlicher Vertrag, in welchem der eine Teil (Versicherungsnehmer) zum Zwecke der sicheren Deckung eines künftigen Bedarfes sich von dem anderen Teile (Versicherer) für einen bestimmten Ereignisfall oder Zeitpunkt (Versicherungsfall) eine Leistung versprechen läßt, deren Entrichtung, Umfang oder Verhältnis zur Gegenleistung von ungewissen, das Vermögen oder die Person des Versicherungsnehmers oder eines Dritten betreffenden Umständen abhängig ist. Wegen des Versicherungsinteresses s. zu §§ 68, 53 und vor § 50.

8. Körte (s. zu § 50), S. 37: Nicht begrifflich notwendig ist, daß der Versicherungsfall zufällig eintreten muß. Vielfach will und soll der Versicherungsnehmer gerade gegen die Folgen eigener Fahrlässigkeit versichert sein.

II. Abschluß des Vertrags. 1. Demelius, ZVersWiss. **07** 436 ff. D. führt aus: Der Versicherungsantrag sei kein Antrag im Sinne von § 145 BGB., sondern ein einseitiges Schuldanerkenntnis bezüglich des vom Versicherungslustigen mit dem Agenten geschlossenen pactum de contrahendo (sc. assecurando). Antrag im Sinne von § 145 BGB. sei er nicht, weil der Antragsteller darin Verpflichtungen

übernehme und (im allgemeinen) die Prämie noch nicht bestimmt sei. Die Ausfertigung der Police durch den Versicherer und die Erklärung des Einverständnisses mit Prämien und Kostenberechnung seitens des Antragstellers sei Erfüllung des Vorvertrags. Mit dieser Willenseinigung werde der Versicherungsvertrag perfekt.

2. Demelius, ZVersWiss. **09** 128 ff. D. verteidigt seine frühere Meinung (ZVersWiss. **07** 436 ff.) gegen Josef (ZVersWiss. **08** 688 ff.), der den Versicherungsantrag als Antrag i. S. von §§ 145 ff. BGB., verbunden mit Vertragsabschluß ansieht, ferner gegen Hagen (Komm. z. VVG. § 160 Anm. 2), der ihn als echten Antrag i. S. des BGB. betrachtet, und gegen Schneider (Komm. 16 ff.), der in ihm nur die Aufforderung zur Stellung eines Antrags i. S. des BGB., verbunden mit nebenhergehendem Vertragsschluß erblickt.

3. Josef, ZVersWiss. **08** 688 ff., wendet sich gegen Demelius, ZVers. Wiss. **07** 436, und führt aus: Zu scheiden vom Versicherungsantrage sind besondere Abreden, in denen der Versicherungslustige sich zu besonderen Leistungen (Beschaffung eines ärztlichen Zeugnisses u. a.) verpflichtet. Diese Abreden sind Sonderverträge, die selbständige Verpflichtungen erzeugen, aber nicht den Versicherungsantrag in einen Vorvertrag umwandeln.

4. Josef, AssekJahrb. **31** 37 ff. I. Der Versicherungsvertrag kommt zustande dadurch, daß der Versicherungslustige dem Versicherer einen Antrag macht und jenem die Mitteilung von der Annahme des Antrags zugeht. Das ergeben die §§ 3, 4, 81 VVG. und die Begründung hierzu als die Absicht des Gesetzgebers. Der Antrag, der auch als „Deklaration" oder „Erklärung" bezeichnet werden kann, muß in sich oder durch Bezugnahme auf die Tarifsätze des Versicherers so bestimmt sein, daß zum Zustandekommen des Vertrags die bloße Annahmeerklärung des Versicherers genügend ist. Mangelt dem Antrage diese Bestimmtheit, so liegt kein Antrag i. S. von § 145 BGB. und § 81 VVG. vor, sondern nur eine Bereitschaftserklärung des Versicherungslustigen, durch die er einen Antrag des Versicherers anregen will. Eine solche Erklärung ist rechtlich bedeutungslos und verpflichtet den Versicherungslustigen insbesondere nicht, den Antrag des Versicherers abzuwarten oder diesem die durch Befassung mit der Sache erwachsenden Unkosten zu ersetzen. II. Die zwischenzeitlichen Änderungen der Sachlage anlangend: a) Die im § 76 VVG. vorgeschriebene Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers erstreckt sich auch auf solche Umstände, die sich nach Stellung des Versicherungsantrags zugetragen haben und besteht, bis dem Antragsteller die Annahmeerklärung des Versicherers zugegangen ist. b) Stellt der nach der Antragstellung eingetretene Umstand sich als Versicherungsfall dar (z. B. Brand, Tod), so ist der Versicherer nicht leistungspflichtig, er wird dies vielmehr erst mit dem Zugehen der Annahmeerklärung, es sei denn, daß eine Vorversicherung (§ 2 VVG.) vereinbart ist. c) Erlischt infolge der zwischen Antrag und Annahme eingetretenen Veränderung das versicherte Interesse, so liegt der Fall des § 68 Abs. 1 VVG. vor, d. h. der Versicherer erhält nur eine Geschäftsgebühr. Durch diese Sondervorschrift wird auf diesem Rechtsgebiete die Anwendbarkeit von § 153 BGB. ausgeschlossen.

5. Worms, ZVersWiss. **09** 531 ff. Prinzipiell gilt auch für den Versicherungsvertrag der Satz, daß er mit Annahme des Antrags zustande kommt. Er wird aber gemildert durch § 10 VVG., auch muß die Police genau dem Antrag entsprechen (532), auch gilt für die Zeit der Bindung des Versicherungsnehmers § 147 mit § 149 BGB. (537), jedoch mit der Modifikation des § 81 VVG. hinsichtlich der Feuerversicherung (538).

6. Zugehen des Antrags an Agenten. a) Weil, LeipzZ. **09** 848. Wenn ein Agent einen Versicherungsantrag entgegennimmt, so läuft die Annahmefrist des § 147 Abs. 2 BGB., wenn der Agent Vertreter des Versicherers

ist, von der Entgegennahme, andernfalls von dem Zeitpunkt an, wo der Agent, der dann nur Bote ist, dem Versicherer den Antrag übermittelt. — Wird der Antrag in modifizierter Weise (§ 150 Abs. 2 BGB.) vom Versicherer angenommen, so kann der Versicherte seine definitive Annahme dem Agenten gegenüber wirksam erklären, wenn der Agent Vertreter des Versicherers ist. **b)** Marcus, Privatvers. 3. Nach § 43 Ziff. 1 ist das Zugehen des Antrags an den Agenten maßgebend für die Bindung des Antragstellers und die Frist im Sinne von § 145 BGB., § 81 Entw.

7. Versicherungsverträge Minderjähriger. **a)** Geißler aaO. bespricht den Abschluß, ohne und mit erweiterter Geschäftsfähigkeit, des Versicherungsvertrags (2 ff.), die Stellung des Minderjährigen während des Laufes der Versicherung (32 ff.), insbesondere Gefahrerhöhung, Anzeigepflichtverletzung und Unterlassung der Prämienzahlung und endlich den Eintritt des Versicherungsfalls (45 ff.), die Einkassierung durch den Minderjährigen und die Herbeiführung des Versicherungsfalls durch ihn. **b)** Vgl. auch Josef, AcivPr. **103** 128 ff., unten zu § 16 (Versicherungsverträge Geschäftsbeschränkter) und Schellwien und Erlanger unten zu § 1 IV 9. **c)** S. auch zu §§ 23, 39, 61.

8. **a)** LeipzZ. **08** 956, SächsRpflA. **09** 93 ff. (Dresden). Daß erst mit Annahme und Einlösung der Police der Vertrag zustande kommt, folgt weder aus dem Wesen der Police, noch aus § 154 Abs. 2 BGB., noch aus der Bestimmung der Bedingung, daß die Annahme der Police das Einverständnis konstatiere und daß die Verpflichtung der Gesellschaft erst mit Einlösung der Police beginne. Der Versicherungsantrag ist im allgemeinen ein Vertragsantrag, auch wenn die Prämienhöhe darin nicht angegeben ist. Eine bloße Aufforderung an die Gesellschaft, ihrerseits einen Vertragsantrag zu machen, liegt in dem Versicherungsantrage nur, wenn ersichtlich ist, daß der Antragsteller die verkehrsübliche Bemessung ausdrücklich ausschließen und erst abwarten will, welche Prämienhöhe die Gesellschaft anbieten werde. Doch kann der im schriftlichen Versicherungsantrag enthaltene Vertragsantrag durch mündliche Abreden mit dem Vertreter der Gesellschaft (Prämienmaximum, Ausschluß von Nebenkosten) modifiziert und ergänzt sein; weicht dann die Police von den mündlichen Abmachungen ab, so ist darin eine Ablehnung des Vertragsantrags zu erblicken. **b)** Strafvereinbarungen. α. OLG. **17** 44, SchlHolstAnz. **08** 75 (Kiel). Agent und Generalagent sind zwar nicht Vertreter der Gesellschaft, können aber in beschränktem Umfange Vollmacht haben. Solche Vollmachtserteilung liegt vor hinsichtlich des Abschlusses von Strafvereinbarungen bei Entgegennahme von Anträgen. Sie erfolgt durch Zusendung der Formulare, die die betreffende Abrede enthalten (1 pCt. der Versicherungssumme bei Nichtvornahme der versprochenen ärztlichen Untersuchung). β. S. auch zu § 43 III 4 und zu § 160.

9. Wegen auflösend bedingter Versicherungsverträge s. zu § 68.

10. Wegen des Verhältnisses von Einlösung der Police und Beginn der Versicherung s. zu § 38 II, vgl. auch zu § 7.

III. Culpa in contrahendo. 1. Worms, ZVersWiss. **09** 538. Gibt der Agent den Antrag nicht oder verspätet an den Versicherer weiter, so haftet nur der Agent.

2. **a)** **RG.** VAPV. (Anh.) **7** 98 ff., VersAnn. **08** 91, R. **08** Ziff. 635, 636. Die Gesellschaft darf weder den Abschluß noch die Ablehnung ungebührlich verzögern und muß im Annahmefall ohne Verzögern alles tun, was zum wirksamen Vertragsschluß erforderlich ist. Sonst wird sie schadensersatzpflichtig (preuß. Recht). Sie muß dem Versicherungsnehmer mitteilen, daß sie eine die Gültigkeit der Versicherung bedingende, im Antrage nicht enthaltene Verpflichtung desselben — Buchführungsklausel — in die Police aufgenommen habe. **b)** **RG.** R. **08** 653. Der

Feuerversicherte klagt auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft, weil entgegen seinem Antrage durch grobes Versehen des Generalagenten ein Vertrag mit Buchführungsklausel zustande gekommen sei und er, da er keine Bücher geführt habe, keinen Versicherungsanspruch für die verbrannten Vorräte habe. RG. sagt, der Versicherte brauche nicht zu behaupten und zu beweisen, daß er bis zum oder vor dem Brande oder doch geraume Zeit vorher die Buchführungsklausel gekannt habe. **c)** Im übrigen s. wegen der Mitwirkung der Agenten unten zu § 43 Ziff. 1. **d)** Vgl. auch unten zu V 2.

IV. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit. 1. Nachprüfung genehmigter Satzungen durch die Gerichte. **a)** *Könige, LeipzZ. **08** 351, Grenzen der Staatsaufsicht. Selbst die vom Aufsichtsamte rechtskräftig genehmigten allgemeinen Versicherungsbedingungen können im Rechtsstreite von den Gerichten als gegen verbietende Gesetze verstoßend und daher als ungültig behandelt werden. **b)** Vgl. hierzu auch unten vor §§ 159 ff. VII 2 a (Betriebskassen). **c)** Ferner JDR. **5** 1114.

2. Zwingendes Recht des VVG. Marcus, Privatversicherung 9 ff. Die Bestimmungen zwingenden Rechtes im Entwurfe zum VVG. sind nach Wortfassung und Wirkung verschieden. Die Wirkung der von Amts wegen zu beachtenden Nichtigkeit kommt nur denjenigen Bestimmungen im Abschnitt II—IV zu, worin gesagt ist: „eine abweichende Vereinbarung ist nichtig" (vgl. § 64 Abs. 3, § 81 Abs. 3, § 87 Satz 2) oder: „kann nicht vereinbart werden" (z. B. § 89 Abs. 1). Im übrigen bewirken die Bestimmungen zwingenden Rechtes, insbesondere sämtliche im Abschnitt I vorkommenden (§§ 5, 6 Abs. 2 Satz 2, 8, 11, 12 Abs. 3, 14, 32 Satz 2, 33 Abs. 2, 34 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 Satz 3, 47, 48 Satz 2) nicht Nichtigkeit, vielmehr sind entgegenstehende Vereinbarungen erfüllbar und nur nicht erzwingbar.

3. Verträge nicht konzessionierter Gesellschaften: vgl. zu § 4 VAG.

4. § 138 BGB. **a)** Über die Frage der Unsittlichkeit der Satzungen von Betriebskassen vgl. Ehrenberg, JheringsJ. **53** 433 ff. und die weitere zu § 159 VVG. angeführte Literatur und Judikatur. **b)** OLG. **15** 312 (KG.). Versicherungsverträge, die mit Wissen der Gesellschaft nur zur Erlangung eines Darlehens nachgesucht werden und bei denen sich von vornherein mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit ihre alsbaldige Stornierung mangels Zahlungsfähigkeit des Versicherten voraussehen läßt, verstoßen gegen die Anschauungen eines ehrbaren Unternehmens und sind nach § 138 BGB. nichtig. **c)** Wegen lebenslänglicher Haftpflichtversicherungsverträge s. vor §§ 149 ff.

5. Irrtum. **a)** Vgl. JDR. **5** 1096 (über Inhalt der Bedingungen, über Gesundheitszustand), 1107 (über die Form der Gesellschaft), 1114 (über die Solvenz der Gesellschaft). **b)** Worms, ZVersWiss. **09** 541. Irrtumsanfechtung ist bei Versicherungsverträgen zulässig bei Irrtum über die Art der Versicherung, Höhe der Prämie, Organisation der Gesellschaft (Gegenseitigkeits-, Aktiengesellschaft) und (für Versicherer) aus Gründen, die in der Person des Versicherungsnehmers liegen, aber nicht wegen Irrtums über das Risiko. **c)** α. **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 40, ZVersWes. **07** 85, VersRdsch. **07** 289. Durch Annahme der die allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltenden Police und Zahlung der Prämie ist der Versicherungsvertrag auf Grund jener allgemeinen Versicherungsbedingungen auch dann zustande gekommen, wenn sie dem Versicherten vor Antragstellung nicht mitgeteilt waren und wenn in der Police nicht ausdrücklich auf sie hingewiesen war. Der Versicherte darf die Police nicht ungelesen beiseite legen. (➠ Nicht entschieden wird, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen der Vertrag schon mit Genehmigung des Antrags perfekt wird und dann schon mit dem Tage des Antragseinganges in Kraft tritt. Red. ◄) β. SeuffA. **63** 19 (Hamburg).

Der Versicherte kann nicht einwenden, er habe den Antragsvordruck und die Statuten, die von Vorprämie und Nachschuß reden und abweichende Bestimmungen verbieten, nicht gelesen. Denn der Antrag ist unter Bezugnahme auf diese als bekannt bezeichneten Bestimmungen gestellt. γ. SeuffBl. **08** 254, VersAnn. **08** 110 (Hamburg). Irrtum über die Höhe der Prämie ist beachtlich nach § 119 BGB. **d**) Vgl. auch zu § 3 I 3 c und wegen Irrtums des Versicherers über Gefahrumstände zu § 22.

6. Täuschung. VersAnn. **08** 411 (LG. München). Arglistige Täuschung liegt vor, wenn eine Versicherungsgesellschaft (Niederländische Lebensvers.) dem Versicherungslustigen bei Vertragsschluß nicht mitteilt, daß sie demnächst den Geschäftsbetrieb im Deutschen Reiche einstellen will.

7. Rücktrittsrecht wegen Unsicherheit des Versicherers. **a**) BadRpr. **07** 286 (Karlsruhe). Rücktrittsrecht des Versicherten, wenn er beweist, daß nachträglich die Gesellschaft so unsicher geworden ist, daß sein Versicherungsanspruch gefährdet erscheint. **b**) Im übrigen vgl. zu § 14 VAG.

8. Wegen Anfechtung des Versicherungsvertrags infolge des Verhaltens des Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

9. Folgen der Unwirksamkeit. **a**) Schellwien aaO. 37 ff. Bei Unwirksamkeit des Vertrags muß die Gesellschaft die Bereicherung, also im Zweifel die Nettoprämie (vgl. hierzu Anm. 1) herausgeben. Bei erweiterter Geschäftsfähigkeit kann der minderjährige Gewerbetreibende im Zweifel Feuer- und Transportversicherungen, jedoch nur mit einmaliger Prämienzahlung, abschließen. Nach § 110 BGB. tritt Wirksamkeit der Versicherung ihrem ganzen Umfange nach dann ein, wenn der Minderjährige die jeweils fällige jährliche Prämie leistet. Zahlung der Prämie in kürzeren Zeitabschnitten ist Teilleistung und genügt nicht. Zahlung nur einer einmaligen Prämie für die ganze Versicherungszeit ist nicht nötig. **b**) Erlanger, ZVersWiss. **08** 692 ff., erörtert anschließend an Schellwien, die Frage, ob und inwieweit gegen die Versicherungsgesellschaft aus nichtigen Versicherungsverträgen Minderjähriger Bereicherungsansprüche gegeben sind (Eingehen auf § 951 BGB.). **c**) Geißler aaO.: Verweigert der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zum Versicherungsvertrage, so hat der Minderjährige beim Schadensversicherungsvertrage keinen Bereicherungsanspruch, weil der Versicherer während der Dauer der Prämienzahlung als Gegenleistung das Risiko getragen hat (9). Auch bei der Lebensversicherung kann eine Kondiktion des der Prämienreserve zugeführten Prämienteiles an sich nicht erfolgen, wohl aber ist sie in Zukunft im Hinblick auf §§ 173 ff. VVG. zuzulassen (13).

10. Über Versicherungsverträge Geschäftsbeschränkter vgl. auch Josef, AZivPr. **103** 128 ff. unten zu § 16 I 1.

11. Ferner hinsichtlich der Folgen der Nichtigkeit wegen Unzulässigkeit des versicherten Interesses vgl. Hagen zu § 68 I.

V. Versicherungsfall (im übrigen s. zu den im VVG. besonders geregelten Versicherungszweigen sowie zu §§ 186 ff.). 1. Im allgemeinen. **RG.** WVersZ. **42** 2194, VersRdsch. **09** 227, WarnE. **08** 390, LeipzZ. **08** 867, R. **08** Ziff. 3902. Die Entschädigungspflicht, die nach dem Vertrage davon abhängig war, daß kein dritter Ersatzpflichtiger vorhanden ist, ist gegeben, wenn die Klage gegen einen möglicherweise Ersatzpflichtigen abgewiesen, ein günstigerer Ausgang in der Berufungsinstanz nicht wahrscheinlich ist und die Gesellschaft auf die Mitteilung des (Unfall-)Versicherten, daß er, falls sie die Kosten trage, Berufung einlegen wolle, schweigt.

2. Zeitungs-Abonnementsversicherung (vgl. im übrigen zu § 1 VAG.). **a**) OLG. **17** 50, LeipzZ. **07** 678 (Dresden). Wenn auch die Eintragung in die Abonnentenliste Voraussetzung der Versicherung ist, so ist doch der Zeitungsverleger dem Abonnenten gegenüber auf dessen Verlangen zur Bewirkung

des Listeneintrags verpflichtet. Die Verletzung dieser Pflicht aber kann ihn nicht der Verpflichtung entheben, das zu zahlen, wozu er bei vertragstreuem Handeln verpflichtet gewesen wäre. Die Niederschrift und Übergabe eines Abonnementszettels an den Zeitungsausträger hat die Bedeutung eines Antrags auf Listeneintrag. Etwaigen Verlust des Zettels hat der Verleger zu vertreten. **b)** OLG. **17** 51 (Dresden). Die bei Abonnentenversicherung auf dem Ausweis u. a. gedruckten Vorschriften über Anzeige und Berichterstattung vom Unfalle sind, auch wenn dies nicht ausdrücklich vermerkt ist, dahin zu verstehen, daß die Erfüllung dieser Vorschrift die Voraussetzung für den Anspruch auf die Versicherungssumme darstelle, daß also die Gesellschaft aus der Nichterfüllung nicht etwa bloß Schadensansprüche herleiten könne.

3. Reisewarenversicherung. OLG. **14** 393 (Karlsruhe). Reisewarenverlustversicherung, bei der die Unterschlagung durch den Reisenden selbst als Versicherungsfall nicht ausdrücklich genannt ist, bezieht sich nach Lage des Falles nicht auf solche Unterschlagungen.

4. Wasserschädenversicherung. LeipzZ. **09** 714, JTVersZ. **09** 242 (Colmar). Wenn nicht nur das Gebäude des Versicherten an sich gegen Wasserschäden versichert, sondern durch Zusatzvertrag die Versicherung auch auf die Schäden ausgedehnt ist, „die durch die Zentral- (Dampf-) Heizung an den versicherten Objekten entstehen", so ist die Zentralheizung nicht nur als Objekt, sondern (infolge des Zusatzes) auch als Ursache von Wasserschäden in die Versicherung einbezogen. Daher fallen auch solche Schäden darunter, die von der Dampfheizung ausgehen und diese selbst betreffen.

5. Einbruchsversicherung. **a)** Drumm, ZVersWiss. **07** 374 ff. Im Einbruchsdiebstahls-Versicherungsgeschäfte muß es genügen, daß der Kläger die gewaltsame Öffnung der Schublade, in welcher er sein Geld zu verwahren pflegt, nachweist und im übrigen das Vorhandensein der von der Gesellschaft zu ersetzenden Geldsumme wahrscheinlich macht. **b)** α. VAPV. (Anh.) 8 107, WVersZ. **43** 1721 (KG.). Die Einbruchsversicherung deckt nicht auch den Fall, daß nicht unmittelbar in die versicherten Räume eingebrochen wird, sondern die Diebe in unversicherte Räume (Keller) einbrechen und von da auf ordnungsmäßigem Wege ohne weiteres Einbrechen oder Einsteigen in die versicherten Räume (Parterre) gelangen. β. OLG. **17** 48 (KG.). Unter Einbruchsdiebstahl ist entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens nicht bloß ein Diebstahl im Sinne von § 243 Ziff. 2 StGB., sondern jeder Diebstahl zu verstehen, bei dem der Dieb ein seinem Eintritt entgegenstehendes Hindernis beseitigt, einen ihm geleisteten oder einen zu erwartenden Widerstand bricht (die Diebe hatten die ihnen in der offenen Korridortür den Eintritt verwehrende Frau des Versicherten gewaltsam zurückgedrängt und sich so Eingang geschafft).

6. Über den Begriff der Veruntreuung bei Kautionsversicherung s. zu § 33 I 3.

7. Über Versicherungsfälle **a)** zwischen Antragstellung und Antragsannahme s. oben II 4 und zu § 7. **b)** zwischen Policeneinlösung und dem in der Police benannten Anfangstage s. unten zu § 38 II 2.

VI. Auslegung. 1. Hagen, AssekJahrb. **28** 9 ff. Die §§ 135, 157, 242 BGB. greifen auch im Versicherungsrechte Platz. Aber Auslegung ist nur möglich bei Unklarheit der Bedingungen, mögen sie auch hart sein (9). Die Bedingungen sind so aufzufassen, wie ein Laie sie versteht (10), bei Krankheit entscheidet der Sprachgebrauch der ärztlichen Wissenschaft (11). Heranziehung des Antrags sowie Würdigung der Bedeutung des Formulars ist erforderlich. Einheitliche Auslegung der Bedingungen für alle Fälle, die sie treffen wollen, ist nötig (11). Im Zweifel Auslegung gegen die Versicherungsgesellschaft (13/14). Die analoge Anwendung seeversicherungsrechtlicher Grundsätze

auf die Binnenversicherung ist (entgegen der bisherigen Rechtsprechung) für zulässig zu erachten, sobald die Binnenversicherung gesetzlich geregelt ist (13). Ein Einfluß der Anforderungen der Versicherungstechnik auf die Vertragsauslegung ist im allgemeinen zu verneinen, auch eine allgemein kundbare Übung der betroffenen Versicherer gilt nur, wenn sie sich mit der Auffassung der Versicherungsnehmer und die anderen sonst in Betracht kommenden Versicherungszweige deckt.

2. Könige, LeipzZ. **07** 620 ff. Die allgemeinen Grundsätze des BGB. stehen auch im Versicherungsrecht an erster Stelle. Das HGB. kommt zur Anwendung, wenn einer von beiden Teilen Kaufmann ist oder die Versicherung bei einem VV. a. G. (§ 16 VAG.) genommen ist.

3. Ebenso Zehnter, LeipzZ. **08** 726.

4. Unfried, ZVersWiss. **9** 288. Fundamentalsatz bei Interpretation von Versicherungsverträgen ist, daß jede Unklarheit und Zweideutigkeit zuungunsten des Versicherers auszulegen ist.

5. **RG.** JW. **09** 468, DVersZ. **5** 140, VAPV. (Anh.) 8 91, WVersZ. **44** 121, **43** 2169, ÖVersZ. **09** Beil. 259, WarnE. **09** 423, R. **09** 2712. Den Parteien steht es grundsätzlich frei, Art und Umfang der Versicherung in den zulässigen Grenzen durch Abrede zu bestimmen. Hat demgemäß der Versicherer seine Haftung durch entsprechende Abreden eingeschränkt, so kann sie nicht aus Rücksicht auf das Interesse des Versicherten erweitert werden. Eine solche Vertragsauslegung würde grundsätzlich unzulässig sein. Die gewollte Wirkung würde den Vertragsbestimmungen jener Art nur dann nicht zukommen, wenn sie mit dem Geschäftszweck überhaupt unvereinbar und demnach auch mit den Anforderungen des Verkehrs nicht in Einklang zu bringen wären.

6. Einzelne Auslegungsfragen s. oben zu V und bei den verschiedenen einschlagenden Sondervorschriften, z. B. § 16 II 2 b (Begriff der Krankheit).

VII. Statutenkollision. 1. Schneider, ZVersWiss. **07** 413 ff. Nach **RG. 62** 380 sind Vertragsobligationen im Zweifel nach dem Rechte des Personalstatuts des Schuldners zu beurteilen. Es gilt das Recht des Wohnorts oder des Heimatstaats des Schuldners, nicht das des Erfüllungsorts und nicht das des Abschlußorts oder des Wohnsitzes des Gläubigers. Zwiespältigkeiten ergeben sich hiernach bei den doppelseitigen Verträgen, bei denen jede Partei Gläubiger und Schuldner ist und zu denen der Versicherungsvertrag gehört. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen läßt sich nicht aus der Natur des Versicherungsvertrags gewinnen. Wohl aber können die besonderen Umstände des einzelnen Falles darauf hindeuten, daß die Parteien die Geltung eines anderen Rechtes, namentlich des am Sitze des Versicherers geltenden Rechtes gewollt haben. Die Parteien können auch vereinbaren, daß ergänzend neben den Versicherungsbedingungen das Recht eines beliebigen Landes gelten solle, um ein einheitliches Recht zu erzielen. Eine gewisse Grenze und Hemmung besteht insoweit nur in den zwingenden Bestimmungen des deutschen Rechtes und für gewisse Arten des Vertragsschlusses in den Vorschriften des VAG. Das inländische Gericht muß bei Prozessen eines inländischen wie eines ausländischen Versicherers der Regel nach die zwingenden Vorschriften des eigenen Rechtes (aber auch nur diese) zugunsten des beklagten oder klagenden Versicherungsnehmers, gegebenenfalls auch zugunsten des Versicherers, anwenden. Die Zwiespältigkeit des anzuwendenden Rechtes wird aber zum Teil vermieden, weil die ausländischen Gesellschaften einen inländischen Hauptbevollmächtigten bestellen und damit im Inland einen Wohnsitz begründen müssen (VAG. §§ 85 ff.). Für die Frage des anzuwendenden Rechtes ist der Wohnsitz des Hauptbevollmächtigten als der der Gesellschaft anzusehen, und das Personalstatut des Wohnorts des Schuldners wird praktisch zumeist bei Abschlüssen nach dem Auslande hin, also für inländische

Versicherer in Frage kommen. Das Personalstatut des Heimatstaats des Schuldners wird nur sehr selten vorkommen.

2. a) Über Anwendung ausländischen Rechtes in Versicherungssachen s. auch WVersZ. **42** 1821 ff. b) Über Abschluß durch inländische Hauptbevollmächtigte s. JDR. **5** 1136.

3. a) **RG.** LeipzZ. **07** 915, JW. **07** 525, R. **07** 991, VAPV. (Anh.) **6** 99, DVersZ. **3** 116, WVersZ. **41** 1985, VersAnn. **07** 536. Kein Erfordernis der Schriftform für Versicherungsverträge in Elsaß-Lothringen. b) **RG.** WVersZ. **44** 193. Die bloße Bezugnahme auf die Rotterdamer Börsenkonditionen bei einer Binnenschiffsversicherung führt n i c h t zur Anwendung h o l l ä n d i s c h e n Rechtes auch im übrigen. c) Ebenso RheinA. **106** 97 (Düsseldorf). d) ElsLothJZ. **08** 405 (Colmar). Die Form der Abtretung des Anspruchs aus einem Lebensversicherungsvertrage, der zwischen einem Deutschen und einer französischen (im Inlande nicht genehmigten) Gesellschaft geschlossen ist, bestimmt sich Dritten gegenüber nach französischem Rechte.

VIII. E i n w i r k u n g d e s B G B. a u f f r ü h e r e V e r s i c h e r u n g s - v e r h ä l t n i s s e. **RG.** BadRpr. **09** 203, VersRdsch. **09** 226, R. **09** 598. Das frühere Recht bleibt für einen vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Versicherungsvertrag maßgebend, wenn er sich bedingungsgemäß mangels erfolgter Kündigung von selbst um die bisherige Vertragsdauer auch über den 1. Januar 1900 hinaus verlängert hat. Unerheblich ist, daß nach dem 1. Januar 1900 Erneuerungsscheine ausgestellt sind. Diese stellen nicht den Abschluß eines neuen Vertrags dar, sondern bilden nur das Anerkenntnis der Vertragsverlängerung.

IX. Über S c h u t z d e r U r h e b e r s c h a f t a n n e u e n V e r s i c h e - r u n g s a r t e n s. WVersZ. **42** 1385 ff.

X. Darüber, ob der Ehemann die Sachen der Ehefrau als ihm gehörig bezeichnen kann, s. zu § 17 II 2, und darüber, ob hinsichtlich solcher Sachen Versicherung für fremde Rechnung vorliegt, s. zu § 80 II.

§ 2. 1. M a r c u s , Privatversicherung 13. § 2 Abs. 2 läßt das Recht zur Vertragsanfechtung und den Anspruch auf Schadensersatz unberührt.

2. VAPV. (Anh.) **7** 102, DVersZ. **4** 235 (KG.). Durch die in der Police enthaltene Bestimmung eines festen Termins für den Versicherungsbeginn wird die Bestimmung der allgemeinen Bedingungen, daß die Versicherung mit der Policeeinlösung beginne, aufgehoben. Deshalb besteht der Versicherungsanspruch auch dann, wenn die Policeeinlösung dem Versicherungsfalle nachfolgt.

3. Wegen des B e g i n n e s d e r V e r s i c h e r u n g s. zu § 1 II, § 3 I 3a, § 7, § 38 II. *K ö r t e (s. zu § 50) 30. Der Gefahreintritt muß möglich (objektive Seite) und ungewiß (subjektive Seite) sein. Der Vertrog ist nach § 306 BGB. nichtig, wenn bei seinem Abschlusse der Gefahreintritt unmöglich war.

§ 3. I. M ü n d l i c h e A b r e d e n. 1. M a r c u s , Privatversicherung 15 ff. Der Versicherungsschein ist zunächst Beweis- und Informationsurkunde. Für mündliche Nebenabreden (vgl. hierzu **RG.** **52** 23—26) ist grundsätzlich kein Raum, jedoch folgt aus § 3 Abs. 3, daß auch die vorangegangenen Erklärungen in Antragsformularen zu beachten sind. Dispositionsurkunde ist er im Falle des § 75 Abs. 2.

2. W e i l , LeipzZ. **09** 847—848. Haben sich die Parteien schon vor Policenausstellung über alle Punkte geeinigt, dann gilt trotz etwaiger Abweichungen der Police das mündlich Vereinbarte. — Wenn aber die Beurkundung des Versicherungsantrags vor dessen Zustandekommen verabredet ist, dann enthält die Police nicht nur die einseitige Erklärung des Versicherers, sondern den Vertrag als Ganzes. — Enthält die Police Punkte, die noch nicht beredet waren, so enthält sie insoweit einen stillschweigenden annahmefähigen neuen Vertragsantrag.

3. E n t s c h e i d u n g e n. a) **RG.** LeipzZ. **09** 324, VersRdsch. **09** 190, JTVersZ. **09** 1, R. **09** Ziff. 159. Die Police begründet die Vermutung der Vollständig-

keit und Richtigkeit. Es gilt aber auch hier, obwohl die Police eine von beiden Seiten vollzogene Vertragsurkunde ist, das, was die Parteien neben dem Inhalte der Police vereinbart haben. (Vereinbarung, daß die Versicherung nur dann an dem in der Police angegebenen Tage in Kraft treten solle, wenn bis dahin die alte Versicherung gelöst sei, anderenfalls Beginn mit der Lösung der alten Versicherung.) b) **RG.** R. **07** 840. Wenn bei einer Versicherung, die nach dem Inhalte der Police gegen die Folgen der den Versicherten als „Eigentümer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs" treffenden Haftpflicht abgeschlossen ist, der Versicherte vor Abschluß ausdrücklich verlangt hat, die Versicherung müsse sich auch auf solche Fuhren erstrecken, die er gelegentlich zu anderen als landwirtschaftlichen Zwecken machen würde, und hat der Versicherer sich hiermit in einem an seinen Agenten gerichteten Briefe einverstanden erklärt, so verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn der Versicherer später einwendet, die betreffende Abrede sei, weil sie in der Police keinen Ausdruck gefunden habe, nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen unwirksam. c) α. **RG.** LeipzZ. **07** 231. Wenn beim Antrage die alten Bedingungen in Bezug genommen und ausgehändigt waren, die Police aber auf die neuen, angefügten Bedingungen verweist, ohne darauf aufmerksam zu machen, daß sie von den ausgehändigten abweichen, so ist der Vertrag dennoch zu den alten Bedingungen geschlossen. Die Gesellschaft kann nur nach § 119 BGB. anfechten. β. Vgl. JDR. **5** 1100 und oben zu § 1 IV 5 c α. d) VAPV. (Anh.) **6** 61 (KG.). Ein Pferdehändler hat bei Antragstellung hinsichtlich der Versicherungsbedingung, daß die Viehversicherung erst bei achttägigem Besitze des betreffenden Tieres beginne, mit dem Inspektor der Gesellschaft mündlich verabredet, daß jene Bestimmung nicht Platz greifen solle. Das KG. spricht die Gültigkeit dieser mündlichen Abrede neben der Police aus unter Hinweis auf **RG. 52** 25. (Der Inspektor hat die Abrede namens der Gesellschaft getroffen, und hat vorher sich von dieser Information eingeholt; die Gesellschaft mußte in concreto mit solcher Abrede rechnen.)

4. Über die Mitwirkung der Agenten und deren Erklärungen s. zu § 43 Ziff. 1.

II. Ersatzurkunde. Hallbauer, R. **09** 523. Recht auf Ersatzurkunde auch dann, wenn der Versicherte den Verlust verschuldet hat. — Keine Kostenzahlungs- und Vorschußpflicht, wenn der Versicherer den Verlust zu vertreten hat.

III. Streitwert. 1. **RG.** R. **09** Ziff. 3573. Bei Klage auf Herausgabe einer Police ist deren Nennwert jedenfalls dann als Streitwert maßgebend, wenn die Versicherung auch auf den nahen Erlebensfall lautet und bereits prämienfrei ist (dahingestellt, ob **RG. 37** 415 richtig).

2. OLG. **15** 46 (Braunschweig). Wenn der Konkursverwalter gegen den Dritten auf Herausgabe der Police klagt, so ist der Streitwert gleich dem Rückkaufswerte zu berechnen. Der Nennbetrag könnte höchstens dann maßgebend sein, wenn derjenige, der die Police herausverlangt, die Fortsetzung der Versicherung bezweckt (JW. **02** 185).

3. ZZPr. **38** 549 (Colmar). Streitwert bei Klage auf Feststellung des Bestehens des (Feuer-) Versicherungsvertrags.

§ 4. I. Inhaberpolice. 1. Marcus, Privatversicherung 17 ff. Trotz der Fassung von § 4 und dem Standpunkte der „Begründung" (28) können mit staatlicher Genehmigung (§ 795 BGB.) Versicherungsscheine als wirkliche Inhaberpapiere kreiert werden; die Gründe von **RG. 59** 374 (Inhaberlagerscheine) sind auch hier zutreffend.

2. Über Inhaberpolice und die sonstigen Formen der Police vgl. auch die eingehenden Ausführungen Gößmanns, ZVersWiss. **9** 383 ff. unten zu § 166 I 1 c.

3. **RG.** RG. **66** 158 ff., JW. **07** 524, VAPV. (Anh.) **7** 10, VersAnn. **08** 81. Die Klausel „zahlbar an den Inhaber der Police" macht die Lebensversicherungspolice nicht zum Wertpapier im engeren Sinne. Sie ist nur eine

zugunsten des Versicherers getroffene Legitimationsbestimmung. Die Forderung muß durch Abtretung übertragen werden.

II. Verpfändung. 1. *Bürkner, Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensvercherungsvertrage. Die Urkunden des § 808 BGB. können unter Umständen Wertpapiercharakter haben, wenn die Rechte mit den sie verbriefenden Urkunden so eng verbunden sind, daß ihre Geltendmachung ohne das Papier nicht möglich ist, es sei denn, daß dieses abhanden gekommen oder vernichtet und durch das Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. ZPO.) oder ein diesem gleichwertiges anderes Verfahren für kraftlos erklärt wurde. Für den Fall, daß der Versicherungsschein Wertpapiercharakter besitzt (vgl. zu § 808 BGB.), ist die Anzeige an den Drittschuldner — Versicherer — nicht erforderlich, die Urkunde muß an den Pfandgläubiger ausgehändigt werden (§ 1274 BGB.).

2. **RG.** R. **08** Ziff. 1207. Verpfändet werden kann nicht die Police, die nicht Inhaberpapier ist, sondern nur der Versicherungsvertragsanspruch.

3. Im übrigen vgl. zu §§ 165, 166.

III. Wegen der Natur des Versicherungsscheins im Falle des § 75 Abs. 2 vgl. zu § 75.

IV. Rückwirkung von § 4. Gößmann, ZVersWiss. **09** 399. § 4 Abs. 1 VVG. wirkt zwar nicht auf bestehende Versicherungen ein, muß aber doch analog angewendet werden.

§ 5. Worms, ZVersWiss. **09** 547. Auch wenn die Bedingungen eine Widerspruchsklausel i. S. von § 5 nicht enthalten, kann Genehmigung des Policeninhalts in concreto angenommen werden (Verlauf längerer Zeit, Zahlung weiterer Prämien, Geschäftsgewandtheit des Versicherten usw.).

§ 6. Vorbemerkung: § 6 hat eine Menge Streitfragen entfesselt, teils im Anschluß an ihn selbst, teils im Anschluß an diejenigen Vorschriften, die nur Anwendungsfälle seines Prinzips darstellen oder von denen diese Eigenschaft streitig ist, teils aber in Anlehnung an solche Vorschriften, die eine dem § 6 analoge Regelung geben. Im wesentlichen handelt es sich um die Fragen, was zu den Obliegenheiten i. S. von § 6 gehört und wie der Versicherungsnehmer für Dritte zu haften hat, ob § 278 BGB. anwendbar ist oder nicht. Gerade die Frage nach der Haftung für Dritte ist für eine ganze Reihe von Vorschriften des VVG., abgesehen von § 6, behandelt worden, aber doch in mehr oder weniger engem Anschluß an § 6. Was zu § 6 geschrieben und entschieden ist, paßt daher meist auch für andere Bestimmungen. Andererseits war vielfach eine Zerreißung der Aufsätze nicht geboten. Es muß daher zu § 6 auch auf das zu den Sonderbestimmungen Gesagte (vgl. unten zu § 6 XV) verwiesen werden und das dort Gesagte ergänzt sich durch das, was zu § 6 und den anderen Bestimmungen (§ 6 XV) behandelt ist. Besonders kommen die §§ 16 ff., 32 ff., 23 ff., 61, 152 VVG. in Betracht, die in dieser Beziehung in gegenseitigem Konnex stehen. Die Hauptstreiter auf diesem Gebiete sind Josef und Schneider, die wiederholt gegeneinander Stellung genommen haben. Vgl. besonders ihre zu §§ 6, 16 ff., 33, 61 erwähnten Artikel.

Literatur: Fuld, Verwirkungsklausel und Verschuldung, AssekJahrb. **30** 3 ff. — Gierke, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden, LeipzZ. **09** 721 ff. — Josef, Das Verhältnis des § 6 VVG. zu §§ 278, 342 BGB., GoldschmidtsZ. **65** 191 ff. — Derselbe, Zur Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers, JheringsJ. **55** 260 ff. — Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB., JheringsJ. **53** 1 ff. — Derselbe, § 278 BGB. auf dem Gebiete des Versicherungsrechts, ZVersWiss. **09** 796 ff. — Derselbe, Bemerkungen zum VVG. II. Zum Begriffe der „Obliegenheit", LeipzZ. **09** 902. — Derselbe, Vertragsstrafen im Versicherungsrechte, LeipzZ. **07** 259 ff. — Vgl. übrigens die Bemerkung zu § 6 Ziff. XV.

I. Brodmann, ZHR. **63** 576. § 6 VVG. hat nur das persönliche eigene Verschulden des Versicherungsnehmers im Auge. Dieser haftet daher nicht, wenn z. B. der Beauftragte boshaft die Anzeige unterläßt (unrichtig Josef, Komm. zu § 1 VVG.).

II. Fuld, AssekJahrb. **30** 3 ff. Beweispflichtig für Nichtvorliegen eines Verschuldens ist der Versicherte (12). Unentschuldbarkeit liegt vor, wenn der Versicherte die unterlassene Handlung nicht sofort nach Beseitigung des Hindernisses nachholt (12). Ebenso unter Umständen dann, wenn er zwar selbst zur Vornahme der Handlung unfähig ist, aber einen Dritten beauftragen kann und dies schuldhaft unterläßt (13). Bedient er sich aber eines Dritten, so haftet er für diesen nach § 278 BGB. (13). Konkurrierendes Verschulden des Versicherers, das den Versicherten entschuldigt, kann in unklarer Fassung der Versicherungsbedingungen liegen (13—14). Allenthalben ist Treu und Glauben der Maßstab. Die Höhe der dem Versicherer zuzumutenden Sorgfaltspflicht darf nicht überspannt, aber auch nicht zu niedrig bemessen werden (15). — Der Verschuldungsgrundsatz ist im § 6 VVG. nur insoweit angenommen, als die Rechtsfolge des Rücktritts des Versicherers bzw. Freiwerdens desselben von der Leistungspflicht im Vertrage vorgesehen ist. Bezüglich anderer Rechtsfolgen besteht die Beschränkung des § 6 nicht, z. B. dann nicht, wenn nur eine Vertragsstrafe bedungen ist (15). — Zu verwerten ist auch der Begriff des Eventualdolus (16). Übrigens findet § 6 auch auf diejenigen Vertragsbestimmungen Anwendung, durch welche den Versicherten die Erfüllung einer Verpflichtung in der Form einer Versicherungs-bedingung, einer Voraussetzung des Rechtes auf die Versicherungsleistung, auferlegt wird (10 ff.).

III. Gierke, LeipzZ. **09** 721 ff. (S. a. BGB. § 278 Ziff. 3.) G. behandelt die Frage: inwieweit muß der Versicherungsnehmer, wenn schuldhafte Nichterfüllung der Pflichten in Frage steht, in Ermangelung eigenen Verschuldens (was auch in nicht gehöriger Auswahl, Aufsicht und Leitung Dritter liegen kann) das Verschulden Dritter vertreten? Wobei er die Prämienzahlungspflicht (weil hier § 278 BGB. ohne weiteres eingreife) ausscheidet. Er verwirft die Theorie Schneiders, die er als Bedingungstheorie mit durchlöchertem Selbstentschuldungsprinzipe bezeichnet (723-729), bekämpft auch je teilweise die Ansichten Josefs (729—733) und des Kommentars von Gerhard-Hagen (733—734) und ist selbst folgender Meinung: Das VVG. kennt kein allgemeines Selbstverschuldungsprinzip (734). § 278 BGB. findet Anwendung: a) auf die nach dem Vertragsschluß entstehenden Obliegenheiten vor oder nach Eintritt des Versicherungsfalles und zwar (im Gegensatze zur bisherigen Rechtsprechung des RG.) auch auf die Anzeigepflicht nach dem Versicherungsfall und auf die Pflicht zur Schadensaufstellung (735—737), b) auf die Pflicht, den Versicherungsfall nicht herbeizuführen (§ 61 VVG.) (738), c) auf die Pflicht pfleglicher Behandlung bei der Viehversicherung (§ 125 VVG.), d) auch auf die Verletzung solcher Obliegenheiten, die das VVG. selbst als „Verbindlichkeiten" bezeichnet, an deren Verletzung es aber andere Rechtsfolgen als Schadensersatzpflicht knüpft (besonders §§ 23 ff. VVG.) (739). Dagegen ist § 278 nicht anwendbar: a) auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Klagefrist. Sie ist auch künftig als Bedingung für die Erhaltung des Versicherungsanspruchs aufzufassen. Weil sie aber zugleich eine Verhaltungsmaßregel darstellt, ist § 6 VVG. auf sie anwendbar. Doch muß gehaftet werden für den, der zur Erfüllung dieser Pflichten an Stelle des Versicherten steht (743), b) auf die Anzeigepflicht beim Vertragsschlusse (739—740); für letztere gilt § 166 BGB. event. mit § 19 VVG. (742). Der Umfang der Anwendbarkeit des § 278 bestimmt sich nach § 157 BGB. Daher keine Haftung für untergeordnete Hilfspersonen (Dienstboten, Familienangehörige, Gehilfen, Arbeiter, Boten und Postbeamte, die die Anzeigen überbringen), sondern nur für die, „die wahrhaftig selbständig für die Erfüllung der betreffenden Pflicht eingesetzt erscheinen", die „als Vertreter oder Repräsentanten des Versicherten gelten und gelten müssen" (Prokurist, Administrator, gesetzlicher Vertreter). Doch hat bei der Anzeige der Versicherte nicht schon mit der Absendung das Seinige getan; vielmehr trifft ihn eine Kontrollpflicht (740—742). Auch gelten für den Umfang der Anwendbarkeit des

§ 278 BGB. für die einzelnen Versicherungszweige mehrfach Besonderheiten (742). — Der Versicherte muß aber für den, der zur Erfüllung an seiner Stelle steht (gesetzliche Vertreter, Prozeßbevollmächtigte) haften hinsichtlich der Einhaltung der Klagefrist und solcher Verbindlichkeiten, die nach dem Parteiwillen ausnahmsweise Anspruchsvoraussetzungen darstellen sollen, falls nicht im letzteren Falle § 278 BGB. infolge von § 254 BGB. entsprechend anwendbar ist. Auch in solchen Fällen besteht kein erheblicher Unterschied gegenüber den Fällen, in denen § 278 BGB. anwendbar ist.

IV. Josef, IheringsJ. **55** 260 ff. (S. a. BGB. § 278 Ziff. 4a). J. nimmt zu Schneiders Aufsatz: IheringsJ. **53** 14, Stellung und kommt zu folgenden Ergebnissen: 1. Verletzt der Versicherungsnehmer seine gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheiten zu Anzeigen oder Maßnahmen zwecks Verhütung oder Verminderung der Gefahr und des eingetretenen Schadens (§§ 32, 62 VVG.), so ist er verpflichtet, dem Versicherer den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen; folglich sind jene Obliegenheiten Verbindlichkeiten des Versicherungsnehmers und es findet auf sie § 278 BGB. Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die Verletzung der Obliegenheit nach Gesetz oder Vertrag die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge hat, d. h. wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit zur Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus der Versicherung gemacht ist. Denn durch eine solche Festsetzung wird die Obliegenheit des Versicherungsnehmers nicht beseitigt, sondern sie soll gegenteils gesichert und verstärkt werden. Das ergibt sich auch aus § 6 VVG., der in solchem Falle eine verschuldete oder gar vorsätzliche Verletzung der Obliegenheit fordert, also das Weiterbestehen der Verbindlichkeit auch dann voraussetzt, wenn ihre Verletzung die Leistungsfreiheit des Versicherers herbeiführt. 2. Geht eine vom Versicherungsnehmer zwecks Gefahrverminderung oder Verhütung der Gefahrerhöhung übernommene Obliegenheit (§ 32 VVG.) auf ein positives Tun, so haftet er nach § 278 BGB. für Verschulden derer, derer er sich zur Erfüllung der Obliegenheit bedient. Geht dagegen die Obliegenheit auf ein Unterlassen, z. B. die Verwendung bestimmter Beleuchtungsmittel oder Werkzeuge, so übernimmt der Versicherungsnehmer hiermit nicht die Verbindlichkeit, andere Beleuchtungsmittel oder andere Werkzeuge zu verwenden, sondern nur die Verpflichtung zur Verhütung der verbotenen Handlung. Handelt ein Dritter der vom Versicherungsnehmer geschuldeten Unterlassungspflicht, ohne daß diesen selbst ein Verschulden trifft, zuwider, so hat folglich der Versicherungsnehmer sich nicht des Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, § 278 ist also hier nicht anwendbar. Wenn dagegen der Versicherungsnehmer einen Dritten bestellt, dem es obliegt, über die Befolgung der Unterlassung zu wachen, Zuwiderhandlungen zu verhindern (Guts-, Haus-, Lagerverwalter) und begeht dieser schuldhaft Zuwiderhandlungen oder läßt er sie zu, so findet § 278 BGB. gegen den Versicherungsnehmer Anwendung.

V. Josef, GoldschmidtsZ. **65** 191 ff. J. vertritt andauernd gegen Brodmann (ebenda **63** 577) die Meinung, daß der Versicherte das Verschulden desjenigen zu vertreten habe, dessen er sich zur Erfüllung der Anzeigepflicht bedient; insoweit sei § 278 BGB. anwendbar, gegen § 6 VVG. verstoße dieses Ergebnis nicht. — Weiter führt J. aus: Vereinbarungen, die von den Beteiligten als „Vertragsstrafe" bezeichnet sind, können in Wahrheit unter § 6 VVG. fallen. Sie fallen aber, mögen sie als Vertragsstrafe bezeichnet sein oder nicht, nicht unter § 6 VVG., wenn sie sich darstellen als eine zum Voraus bestimmte Beschränkung der Leistung des Versicherers, der nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Zahlung verpflichtet sein will und seine Leistungspflicht für gewisse Fälle zum voraus ausschließt. (S. a. BGB. § 278 Ziff. 4b.)

VI. Schneider, IheringsJ. **53** 1 ff. Vgl. JDR. **7** 137, 138.

VII. Schneider, BayRpflZ. **08** 352. Erfüllungshandlung i. S. von § 278 BGB. ist für den Versicherten nur die Prämienzahlung. Alle anderen ihn sonst

treffenden Verpflichtungen (Obliegenheiten) bedingen nur sein Recht auf die Leistung des Versicherers, geben aber diesem keinen Anspruch auf Vornahme, sondern höchstens auf Schadensersatzklage bei Nichtvornahme.

VIII. Schneider, LeipzZ. **09** 902 ff., verteidigt hier ebenfalls seinen im Kommentar (104, 105, 167) und JheringsJ. **53** 260 ff. vertretenen Standpunkt gegen Gerhard-Manes (48, 148).

IX. Schneider, ZVersWiss. **09** 796 ff. Verteidigung gegen Josefs Angriffe (s. oben).

X. Schneider, LeipzZ. **07** 259 ff. Das im § 343 Abs. 1 BGB. bestimmte Ermäßigungsrecht greift in der Regel nicht Platz bei vertragsmäßig bedungenen Veränderungen an der Rechtsfolge der Hauptverbindlichkeit selbst (Erlöschen, Kündbarkeit, Rücktritt), weil hierin nicht das Versprechen einer Geldsumme oder einer anderen Leistung liegt, sondern eine Begrenzung der Hauptverbindlichkeit (259, 260). — § 343 Abs. 2 BGB. bezieht sich auf Handlungen und Unterlassungen, die nicht Teile einer Hauptverbindlichkeit des Versprechenden sind (261). Unter § 343 Abs. 2 BGB. fallen auch alle für den Fall gegebenen Strafversprechen, daß irgendein Ereignis, insbesondere ein dem anderen Teile mißfallendes oder ungünstiges Ereignis eintritt (aM. v. Königslöw, ZVersWiss. **06** 108), weil solche Strafversprechen im allgemeinen (gegen Auswüchse gibt es Hilfe) dem gleichen wirtschaftlichen Endzwecke wie die Vertragsstrafe dienen (264). — Man muß 3 Arten Pflichten des Versicherten unterscheiden: 1. klagbare (Prämien-, Vertragsstrafenzahlung), 2. solche, deren Erfüllung nur Bedingung oder Voraussetzung seines Rechtes auf die Vertragsleistung ist, 3. solche, deren Verletzung Schadensansprüche erzeugt (266). Alle 3 Arten sind „Obliegenheiten" i. S. des VVG. (268). Eine Vertragsstrafe kann an alle 3 Arten geknüpft werden. Ob Ermäßigung möglich ist, hängt von der Art der versprochenen Strafleistung ab; sie ist auch in den obengenannten, vom Wortlaute des § 343 Abs. 2 BGB. nicht mit umschlossenen Fällen durchaus unentbehrlich. Hat dagegen der Versicherer lediglich seine Leistungspflicht für gewisse Bedingungen begrenzt, so ist Vertragsstrafe und Ermäßigungsrecht nicht gegeben. Ist eine solche Bedingung der Eintritt eines beliebigen Umstandes, so besteht keinerlei gesetzliche Beschränkung. Ist die Bedingung dagegen die Verletzung einer Obliegenheit, so gilt § 6 VVG. auch dann, wenn der Wortlaut der Versicherungsbedingungen über das Bestehen einer Obliegenheit hinwegtäuschen will (268).

XI. Unfried, ZVersWiss. **09** 274, 275. Für Handlungen der Personen, die an seiner Stelle stehen und eine gewisse Selbständigkeit besitzen (Prokuristen, General-, Spezialbevollmächtigte, Gutsverwalter, Administratoren, verfassungsmäßige Vertreter) haftet der Versicherte wie für eigene Handlungen. Für andere Hilfspersonen dagegen nach § 278 BGB. nur insoweit, als es sich um die Erfüllung wirklicher Verpflichtungen des Versicherten und nicht um bloße Voraussetzungen des Versicherungsanspruchs handelt. Nur um letztere handelt es sich in §§ 6 Abs. 1 u. 2, 23, 27 Abs. 2, 32, 34, 62, 153 VVG. Insoweit greift § 831 BGB. ein.

XII. Wegen Vertragsstrafen und die Anwendbarkeit von § 6 hierauf vgl. oben zu § 6 II, V, X.

XIII. Entscheidungen. 1. VAPrV. (Anh.) 7 80 (Breslau). Der Versicherte muß dafür Sorge tragen, daß seine Hinterbliebenen von der Versicherung und deren Bedingungen Kenntnis erhalten. Die Nichteinhaltung der bedingungsgemäßen Frist ist nicht durch Unkenntnis der Hinterbliebenen entschuldigt.

2. **RG.** R. **09** 3486, WVersZ. **44** 369, 481. Wenn der Versicherte über die bei Eigentumswechsel zu beobachtenden Maßnahmen von dem seitens der Gesellschaft selbst als zuständige Stelle bezeichneten Subdirektor falsch belehrt wird und dadurch die Versicherung zum Erlöschen kommt, so muß die Gesellschaft das Verhalten

ihres Angestellten gegen sich gelten lassen und die Versicherung noch als bestehend behandeln.

3. **RG.** R. **09** Ziff. 158, LeipzZ. **09** 483, JW. **09** 25, WarnE. **09** 62, **RG. 70** 43, WVersZ. **43** 865. Wenn bedungen ist, daß im Falle eines ohne Genehmigung der Gesellschaft erfolgenden Abschlusses einer anderweiten Versicherung die Gesellschaft von jeder Verbindlichkeit frei sein soll, so ist für die Wirksamkeit einer Entschuldigung kein Raum. Denn es handelt sich nicht um eine den Versicherten treffende Obliegenheit (Verpflichtung der Genehmigungsnachsuchung), sondern die Tatsache des nicht genehmigten Abschlusses entscheidet. Dieser Grundsatz ist auch im § 6 VVG. enthalten. Vgl. im übrigen zu §§ 58 ff. unter III.

XIV. Kann auf Verwirkungsklauseln sich auch der Versicherungsnehmer berufen? 1. JTVersZ. **09** 317 (landesgerichtliche Berufungsentscheidung). Wenn in einem Versicherungsvertrage bestimmt ist, daß bei nicht wahrheitsgemäßen Angaben im Antrage die Versicherung als nicht geschlossen angesehen werden solle, so kann sich hierauf nur der Versicherer, nicht auch der Versicherungsnehmer berufen. Der Versicherer muß sich aber, wenn er die Unwahrheit von Antragsangaben erfährt, alsbald erklären, ob sie sich auf jene Bestimmung berufen will. Tut er das trotz entsprechender Aufforderung des Versicherungsnehmers nicht vor Ablauf der zur Einlösung der Police bestimmten Frist, so kann er, wenn dann die Einlösung nicht erfolgt, nicht geltend machen, daß bedingungsgemäß durch die Nichteinlösung die Versicherung erloschen und der Versicherte zur Zahlung der bedungenen Vertragsstrafe verpflichtet sei.

2. Hiergegen ÖVersZ. **09** (Beil.) 287, weil unlauteren Machenschaften der Versicherungsnehmer Tor und Tür geöffnet wäre, wenn jene Entscheidung richtig sei.

3. Vgl. zu § 25 II.

➵ XV. Literatur und Judikatur zu den einzelnen im VVG. geregelten Fällen von Obliegenheiten usw. sind bei den betreffenden Bestimmungen angeführt. Insbesondere wird verwiesen 1. wegen Versäumung der Klagefrist auf § 12 Abs. 2; 2. wegen unrichtiger oder unterlassener Antragsangaben auf §§ 16, 17, 18; 3. wegen Anzeigen von Gefahrerhöhungen auf §§ 23, 24; 4. wegen Gefahrverhütung auf § 32; 5. wegen Anzeigen des Versicherungsfalls auf § 33 (§§ 92, 110, 146, 153, 174, 182); 6. wegen Auskunftspflicht, Obduktion, Ausgrabung auf § 34; 7. wegen der Versicherung für fremde Rechnung auf § 79; 8. wegen unpünktlicher Prämienzahlung auf §§ 37, 38, 39; 9. wegen Rettungsmaßregeln auf § 62; 10. wegen Behandlungs- und Operationsduldung auf § 183; 11. wegen Haftung für Dritte insbesondere auch auf §§ 12 Abs. 2, 16 ff., 32, 33, 61 und 62; 12. wegen der Wiederherstellungsklausel auf § 96; 13. wegen Herbeiführung des Versicherungsfalls auf §§ 61, 169, 170, 181. Red. ➻

§ 7. Literatur: Weil, Über den Beginn der Versicherung, LeipzZ. **09** 845 ff.

1. Weil, LeipzZ. **9** 845 ff. Wenn am Tage des Vertragsschlusses und zwar vor Mittag und vor Vertragsschluß der Versicherungsfall eintritt, ist der Versicherer frei. Der Versicherer haftet aber, wenn der Versicherungsfall nach Mittag und nach dem Vertragsschlusse eintritt. Tritt er vorher ein, dann haftet der Versicherer, wennschon der Vertrag gültig zustande gekommen ist, nicht (846). Die Abrede, daß der Beginn der Versicherung abhängig sein solle von der Aushändigung des Versicherungsscheins, wird, wenn sie schon Inhalt des Antrags war, wirksam mit der Annahme des Antrags; fügt erst die Annahmeerklärung des Versicherers diese Be-

stimmung bei, dann liegt eine modifizierte Annahme nach § 150 II BGB. vor; unter Aushändigung ist hierbei nur diejenige Übergabe, durch die dem Versicherungsnehmer die Verfügungsmacht über die Urkunde gegeben werden soll, also nicht bloß Übergabe zur Prüfung usw. zu verstehen (847). — Der Beginn der Versicherung kann nicht davon abhängig gemacht werden, daß vor oder bei Beginn des Vertragsschlusses eine Prämie gezahlt wird (vgl. §§ 38, 42 VVG.).

2. Vgl. ferner wegen des Versicherungsbeginns zu § 1 II und § 38 II, ferner §§ 2 Satz 2, 3 I, 3 a.

§ 8. Literatur: Georgii, Stillschweigende Verlängerung der Versicherungsverträge, LeipzZ. **09** 825 ff.

Rückwirkung des § 8. 1. Georgii, LeipzZ. **09** 825 ff. Die Vorschrift des § 8 findet schon bei der ersten, nach dem 1. Januar 1900 erfolgenden stillschweigenden Prolongation Anwendung (ebenso Komm. von Vest, Schneider, Josef; aM. Gerhard-Manes), aber nicht aus dem vom Regierungsvertreter in der Kommission angegebenen Grunde, sondern weil § 8 — wie alle Bestimmungen von entschieden reformatorischer bzw. prohibitiver Bedeutung — rückwirkende Kraft auf bereits vor dem 1. Januar 1910 zustande gekommene Versicherungsverhältnisse ausübt.

2. Ebenso Hüttner, LeipzZ. **09** 919, 920. § 8 findet sofort Anwendung auch auf alte Versicherungsverhältnisse; diese können sich also nach dem 1. Januar 1910 immer nur um je 1 Jahr verlängern.

3. AM. Gerhard, ZVersWiss. **07** 293. Das Verhältnis von § 8 VVG. u. Art. 3 EGVVG. ist zweifelhaft. Man muß sagen, daß § 8 noch nicht die erste nach dem Inkrafttreten des VVG. eintretende Verlängerung laufender Versicherungen ergreift.

4. Vgl. auch zu EGVVG. Art. IV unter IV.

§ 10. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

§ 11. I. Fälligkeitsaufschub. 1. Hallbauer, R. **09** 525. Trotz § 11 VVG. sind z. B. erlaubt Vereinbarungen, wonach die Versicherungssumme erst nach Ablauf einer festbegrenzten Frist fällig sein soll. — Auf alle Fälle muß der Gesellschaft die zur Untersuchung und Schadensermittelung nötige Zeit gelassen werden.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 867, WarnE. **08** 390, WVersZ. **42** 2194, VersRdsch. **09** 227, R. **08** Ziff. 3903. Die Fälligkeit eines Anspruchs auf Viehschäden hängt, wenn nach dem Vertrage die Feststellung des Gesamtbetrags der „kompletten (zur Entschädigung fertigen) Schäden" am Monatsschluß und die Zahlung der Entschädigung nach erfolgter Feststellung erfolgen soll, davon ab, daß die Gesellschaft ihre Verpflichtung und deren Höhe festgestellt hat.

3. **RG.** WVersZ. **42** 993, LeipzZ. **08** 463, VAPV. (Anh.) **7** 43, ZVersWes. **08** 466, VersAnn. **08** 74, R. **08** 254. Die Bestimmung, daß bis zur Auszahlung der Versicherungssumme keine Zinsvergütung stattfinde, ist an sich gültig. Ihre Anwendung ist aber ausgeschlossen, wenn sich der Versicherer seiner Zahlungspflicht arglistig entzieht; z. B. Erhebung wissentlich unbegründeter Einwendungen (vgl. R. **07** Ziff. 3253), Veranlassung von Prozessen 2c.

4. **RG. 66** 181, DVersZ. **3** 118, ZVersWes. **07** 367, WVersZ. **41** 1905, VersAnn. **07** 630, **08** 29, VersRdsch. **07** 289, JW. **07** 488, VAPV. (Anh.) **7** 27. Wenn bedingungsgemäß die Versicherungssumme und Zinsen erst 1 Monat nach Feststellung von Zahlungspflicht und Betrag durch Anerkenntnis, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil zu zahlen sind, so ist eine solche Bestimmung auch nach BGB. an sich gültig, nur ihre Anwendung kann im Einzelfalle schikanös und sittenwidrig sein Der Ausspruch des Schätzungsobmanns über die Schadens höhe ist

für die Feststellung der Zahlungspflicht und daher den Beginn des Zinsenlaufes unerheblich; er enthält keinen Schiedsspruch (GruchotsBeitr. **39** 635).

5. SeuffA. **64** 439 (Rostock). Gültig ist die Bestimmung, daß die Entschädigungssumme erst binnen Monatsfrist zu zahlen ist, nachdem ihr gesamter Betrag und die Verpflichtung der (Feuerversicherungs-)Gesellschaft durch Anerkenntnis beider Teile, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil festgesetzt ist, und daß erst von diesem Zeitpunkt ab Zinsen laufen sollen. Anders nur, wenn die Gesellschaft wider Treu und Glauben durch frivoles Prozessieren oder durch Vorenthalten einstweilig geschuldeter Beträge wegen geringfügiger Differenzen die Befriedigung hinausschiebt Vgl. **ROHG. 6** Nr. 92, **RG. 6** 198, 8 170, **32** 343, SeuffA. **46** Ziff. 282, BolzePr. **20** Ziff. 537.

II. Vergleiche und Verzichte in Versicherungssachen. 1. Unfallversicherung. a) VAPV. (Anh.) 8 27 (Darmstadt). Fall der Irrtumsanfechtung des Unfallversicherten bezüglich seines in der Quittung erklärten Verzichts auf weitere Entschädigung (§ 779 BGB. für unanwendbar erklärt), wenn hinterher sich weitere Behandlung notwendig macht. **b)** VAPV. (Anh.) 8 30 (Hamm). Fall der Täuschungsanfechtung eines von dem, durch den Agenten getäuschten, Unfallversicherten wegen Entschädigung geschlossenen Vergleichs (Agent nicht Dritter i. S. von § 123 Abs. 2 BGB.). **c)** VAPV. (Anh.) 8 28 (München). Fall der Unwirksamkeit (§ 779 BGB.) eines Vergleichs über die Unfallentschädigung (Irrtum über den Lauf der Anzeigefrist und über die Notwendigkeit einer besonderen Todesanzeige). **d)** VAPV. (Anh.) 8 26 (LG. München). Fall der Nichtigkeit (§ 138 BGB.) eines vom Vertreter der Gesellschaft mit dem Unfallkranken geschlossenen Vergleichs. **e)** **RG.** R. **09** 3786/3787. Der Unfallversicherungsvertrag einer Gewerbefrau und ein nach erfolgtem Unfalle zwischen ihr und der Gesellschaft geschlossener Vergleich sind Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft und damit auf das Vorbehaltsgut beziehen (§§ 1370, 1367 BGB.). Durch den Vergleich übernimmt sie die Verpflichtung, gegen Zahlung der Vergleichssumme keine weiteren Ansprüche zu erheben; insoweit ist also Genehmigung des Ehemanns nicht erforderlich zur Wirksamkeit des Vergleichs der Ehefrau gegenüber (§ 1399). **f)** VAPV. (Anh.) **6** 55 (KG.). Unwirksamkeit eines Vergleichs über Unfallentschädigung wegen Vergleichsirrtums nach § 779 BGB. (Annahme vorübergehender Erwerbsunfähigkeit, späteres Eintreten dauernder Erwerbsunfähigkeit).

2. Haftpflichtversicherung. VAPV. 8 170. Unwirksame Verzichtserklärung eines Haftpflichtversicherten gegenüber der Gesellschaft, der es bekannt sein mußte, daß dem Versicherten seitens der Berufsgenossenschaft weitere Ansprüche drohten, die durch den mit dem Verletzten getroffenen Vergleich nicht berührt wurden.

3. Feuerversicherung s. zu § 64 II 2 a.

§ 12. Literatur: Kirchberger, Die Verwirkungsklausel im Krankenversicherungsrechte, LeipzZ. **09** 302 ff. (Mißstände bei Hilfskassen betreffend).

Zu Abs. 2. I. Allgemeines. 1. PraxPrV. **2** 74 (Königsberg). Die Klagefrist ist Ausschluß-, nicht Verjährungsfrist. Sie wird nicht dadurch unterbrochen, daß gegenüber der vom Versicherer erhobenen Feststellungsklage der Versicherungsnehmer Klagabweisung beantragt. Die rechtskräftige Abweisung der negativen Feststellungsklage des Versicherers überhebt aber den Versicherungsnehmer der Notwendigkeit, für bisher nicht geltend gemachte Ansprüche die Klagefrist zu wahren, diese Ansprüche sind vielmehr nun wie rechtskräftig festgestellte, nur der Verjährung unterworfene Ansprüche zu behandeln. Nicht in Betracht kommt die Klagefrist für erst nach ihrem Ablaufe sich zeigende Unfallfolgen.

2. a) **RG.** LeipzZ. **07** 64. Ausschlußfrist ist nicht als Verjährungsfrist zu behandeln. Auf ihren Ablauf kann der Versicherer sich nicht berufen, wenn dies gegen

Treu und Glauben verstoßen würde. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Versicherte sich genügend entschuldigen kann. In concreto Entschuldbarkeit verneint, weil der Versicherte trotz Hinweises die sechsmonatige Frist klaglos hatte verstreichen und auch nach Beendigung des schwebenden Strafverfahrens, auf das er sich zu seiner Entschuldigung stützt, noch 2 Monate mit der Klage gewartet hat. **b) RG.** WVersZ. **41** 1633. Die in den Bedingungen vorgesehenen Klagefristen sind nicht als eigentliche Verjährungs-, sondern als Ausschlußfristen zu betrachten, ihre Versäumung ist also auf Entschuldbarkeit zu prüfen. **c)** R. **08** Ziff. 876, 877 (Hamburg). Wenn bedingungsgemäß alle nicht fristgemäß geltend gemachten Ansprüche erlöschen sollen, so handelt es sich um eine Ausschlußfrist.

II. Beginn der Frist. 1. Ablehnung der Zahlung. **a) RG.** Vers. Ann. **07** 302. Eine an sich deutliche Zahlungsverweigerung setzt die Klagefrist auch dann in Lauf, wenn sich die Gesellschaft innerlich vorbehält, diese Weigerung nur einstweilen zu erklären, sich aber (je nach Ausfall der von ihr inzwischen bei der Berufsgenossenschaft erfolgten Anfragen) später doch noch zur Bewilligung der Forderungen des Versicherten zu entschließen. **b) RG.** LeipzZ. **09** 696, WarnE. **09** 179, WVers. Z. **09** 1063, R. **09** Ziff. 1223, 1224. Zur Inlaufsetzung der Klagefrist bedarf es einer klaren Ablehnung. Solche liegt nicht vor, wenn die Gesellschaft mitteilt, sie vermöge nicht einzutreten, eine Haftpflichtverbindlichkeit bestehe ihres Erachtens nicht, außerdem habe der Versicherte gegen die Bedingungen verstoßen. **c)** R. **08** Ziff. 876, 877 (Hamburg). Klagefristlauf beginnt mit Ablehnung jeder Ersatzpflicht seitens der Gesellschaft, auch wenn der Versicherte nur Anzeige vom Unfalle gemacht, aber noch nicht Ersatz beansprucht hatte. **d)** PraxPrV. **2** 142 (LG. Beuthen). Die in den Versicherungsbedingungen vereinbarte, von Zustellung eines ablehnenden Bescheids laufende Ausschlußfrist (für Anrufung einer Schiedskommission) beginnt, wenn mehrere Erben in Frage stehen oder mehrere sonstige Berechtigte in Betracht kommen, erst dann zu laufen, wenn jedem die Ablehnung zugestellt ist.

2. Vergleichsverhandlungen. **a)** Hallbauer, R. **09** 525. Die Sechsmonatfrist kann nicht zu laufen beginnen, solange noch Vergleichsverhandlungen schweben, die nicht durch eine endgültige schriftliche Absage des Versicherers abgebrochen sind. **b)** Entscheidungen. α. **RG.** VAPV. (Anh.) 8 82, WVersZ. **43** 1627, FrankfRundsch. **09** 15, LeipzZ. **09** 787, R. **09** Ziff. 1717. Klagefristbestimmungen sind streng auszulegen. Die für den Lauf maßgebende Ablehnung „jeder Entschädigung" muß unzweideutig und unmißverständlich sein. Mag daher auch die Gesellschaft „ausdrücklich und definitiv Deckung abgelehnt" und „wiederholt ausdrücklich ihre Entschädigungspflicht bestritten haben", so liegt eine unzweideutige Erklärung doch nicht vor, wenn sie gleichzeitig Vergleichsvorschläge macht und auch bei Bildung der Schiedskommission mitwirkt. β. **RG.** R. **08** 285. Wenn die Klagefrist mit dem ablehnenden Bescheide des Versicherers zu laufen beginnen soll, so ist die Auslegung, daß das Schreiben der Gesellschaft, worin sie ihre Entschädigungspflicht bestreitet, aber Vergleichsverhandlungen anknüpft, nicht die erforderliche endgültige Ablehnung enthalte, rechtlich nicht zu beanstanden. γ. R. **08** Ziff. 1096 (Frankfurt). Die Klagefrist beginnt, wenn sich die Gesellschaft trotz Ablehnung der Zahlung auf Vergleichsverhandlungen einläßt, erst dann zu laufen, wenn das Scheitern dieser Verhandlungen feststeht. **c)** Vgl. zu IV 4.

3. Anerkenntnis. **a) RG.** VersAnn. **07** 800, VAPV. (Anh.) **6** 75, WVersZ. **41** 1385. Wenn bedingungsgemäß alle nicht innerhalb 6 Monaten nach dem Brande von der Gesellschaft schriftlich und vorbehaltlos anerkannten oder gegen sie durch Klagezustellung geltend gemachten Ansprüche erlöschen, so liegt ein solches Anerkenntnis nicht ohne weiteres in der Anerkennung des Ergebnisses der über die Höhe des Anspruchs stattgehabten (den Anspruchsgrund nicht treffenden) Schätzungsverhandlungen. Die Versäumung der Klagefrist schadet nicht, solange sie als ent-

schuldigt anzusehen ist. **b)** **RG.** BayRpflZ. **08** 105, WVersZ. **42** 801. In einem Instruktionen für den Prozeß gegenüber dem Verletzten enthaltenden Briefe des Haftpflichtversicherers kann ein Anerkenntnis des Versicherungsanspruchs erblickt werden, das die Anspruchsverwirkung infolge Ablaufs der Klagefrist ausschließt, es sei denn, daß die Police insoweit ein Anerkenntnis i. S. § 781 BGB. verlangt. **c)** **RG.** VersAnn. **08** 86, ZVersWes. **08** 88, WVersZ. **42** 760. Keine Klagefristversäumung, wenn die Gesellschaft innerhalb der Frist den Anspruch anerkannt hatte. **d)** BayRpflZ. **07** 113, LeipzZ. **07** 301, VAPV. (Anh.) **6** 10 (Zweibrücken). Nichteinhaltung der Klagefrist ist als entschuldigt anzusehen, wenn die Gesellschaft das Vorliegen eines Entschädigungsfalls von Anfang an anerkannt hat und die Parteien nur über einen einzelnen Punkt, die Art des Heilverfahrens, in Meinungsverschiedenheiten geraten sind, der Kläger auch bei der Länge und Notwendigkeit der Verhandlungen die Bedeutung des mitten in diesen liegenden ablehnenden Bescheids als solchen sehr leicht übersehen konnte. **e)** VAPV. (Anh.) **6** 28 (Stettin). Ist nach den Bedingungen fristgemäße Klagerhebung bezüglich vorbehaltlos von dem Versicherer anerkannter Schädenansprüche nicht nötig, so kann der Versicherer hinsichtlich des anerkannten Betrags Anspruchsverwirkung wegen nicht rechtzeitiger Klage nicht aus dem Grunde vorschützen, weil der Versicherte mit dem anerkannten Betrage nicht zufrieden gewesen sei.

4. Nebenintervention der Gesellschaft. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 696, WVersZ. **43** 1063, WarnE. **09** 179, R. **09** Ziff. 1223, 1224. Die Nichteinhaltung der Frist ist als entschuldigt anzusehen, wenn die Gesellschaft dem von dem Haftpflichtgläubiger gegen den Versicherten angestrengten Prozesse beitritt; die Gesellschaft verstößt gegen Treu und Glauben, wenn sie Fristversäumung vorschützt, nachdem sie vorher zunächst selbst erklärt hatte, der Streit zwischen ihr und dem Versicherten solle nach Beendigung des Prozesses des Haftpflichtgläubigers ausgetragen werden. **b)** **RG.** VersAnn. **08** 455, WVersZ. **42** 1825, R. **08** 349. Klagefristversäumung ist entschuldigt, wenn die Haftpflichtversicherungsgesellschaft, der gegen den Haftpflichtversicherten in dem gegen diesen aus einem Unfall angestrengten Prozeß als Nebenintervenient beigetreten ist und den Prozeß hauptsächlich selbst geführt hat. Hier konnte der Haftpflichtversicherte meinen, die Klagerhebung gegen die Haftpflichtversicherungsgesellschaft sei zunächst nicht nötig, mochte diese Ansicht auch rechtlich unrichtig sein.

III. Entschuldbare Versäumung der Frist. 1. Armenrechtsnachsuchung. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 621, VersAnn. **08** 476, WVersZ. **42** 1507, R. **08** 349. Klagefristversäumung ist entschuldigt, wenn der arme Versicherungsnehmer auf alsbaldige Bewilligung des Armenrechts rechnen durfte, um das er 1 Monat vor Ablauf der Klagefrist nachgesucht hatte und nach dessen Bewilligung die Klage alsbald erhoben ist. **b)** **RG.** WVersZ. **42** 1480, R. **08** 287. Klagefristversäumung nicht entschuldbar, wenn innerhalb der Frist (6 Monate) Armenrecht erbeten, dieses aber wegen Unzuständigkeit abgelehnt ist und der Versicherte dann 8 Monate lang keinerlei gerichtliche Schritte mehr getan hat. **c)** S. auch zu 2 c.

2. Verschulden Dritter. **a)** Gierke (oben zu § 6 III) verneint die Anwendbarkeit von § 278 BGB. auf die Klagefrist. **b)** VAPV. (Anh.) 7 76 (KG.). Der Versicherte ist entschuldigt, wenn die Klagefrist infolge Verschuldens des bevollmächtigten Rechtsanwalts versäumt wird. § 278 BGB. schlägt nicht ein, weil es sich hier um die Ausübung eines Rechtes, nicht aber um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. **c)** SchlHolstAnz. **08** 11 (Kiel). Klagefrist bei Unfallversicherung (Zeitungsabbonnement!) nicht verwirkt, weil vor ihrem Ablauf Armenrecht erbeten war und ein Verschulden des beigeordneten Anwalts für das Verhältnis vom Versicherer und Versicherten außer Betracht zu bleiben hat, da weder § 232 Abs. 2

ZPO. noch § 278 BGB. anwendbar ist (vgl. **RG. 62** 190). **d)** Im übrigen s. oben zu § 6 und das dortselbst zu § 6 Ziff. XV Gesagte.

3. Erbgang. **a) RG. 69** 175, VAPV. (Anh.) **7** 81, ZVersWes. **08** 397, 418, WVersZ. **42** 2241, LeipzZ. **08** 697, JW. **08** 530, DJZ. **08** 874, R. **08** 482. Klagefrist ist nicht versäumt, wenn die Gesellschaft zwar auf die Schadensanzeige des später verstorbenen Verletzten jede Entschädigung abgelehnt hat, dann aber auf das Zahlungsbegehren der Erben, ohne hiermit auf die frühere Ablehnung, hinsichtlich deren die Klagefrist noch lief, Zahlung verweigert. Die Erben sind entschuldigt, wenn sie mit Rücksicht hierauf die Klagefrist erst vom zweiten Bescheide ab berechnen. **b)** Vgl. auch oben zu II 1 d und zu § 6 XII 1 und wegen der unter Umständen erforderlichen Belehrung des Versicherten unten zu III 5 a.

4. Vgl. auch oben zu II 3 d, II 4, sowie zu I 2 a, ferner zu IV 4.

5. Sonstige Fälle entschuldbarer Versäumung. **a)** VAPV. (Anh.) **6** 22 (Oldenburg). Versäumung der Klagefrist wird als entschuldigt erachtet, weil der Versicherte die Versicherungsbedingungen, auch wenn er sie genau gelesen hätte, wahrscheinlich ebensowenig wie der Agent verstanden hätte; der Agent hat, worauf der Versicherte sich verlassen konnte, zum Warten geraten, ebenso der behandelnde Arzt; die Gesellschaft hätte den Versicherten, da sie aus dessen Briefen seine Unkenntnis betr. der Klagefrist ersah, auf die Notwendigkeit der Klagerhebung hinweisen müssen (vgl. **RG. 19** 132 ff.). **b)** HansGZ. **07** Beil. Nr. 9 (Hamburg). Geisteskrankheit während des Laufes der Klagefrist entschuldigt und hindert demgemäß den Eintritt der Anspruchsverwirkung. **c)** RheinA. **106** 139 (Düsseldorf). Der Versicherte verliert sein Klagerecht dann nicht, wenn er die Klagefrist deshalb hat verstreichen lassen, weil er den Ausgang eines von der Gesellschaft gegen ihn anhängig gemachten Strafverfahrens abwartete.

IV. Nachholung der entschuldbar versäumten Klage. 1. **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 75, VersAnn. **07** 800, WVersZ. **41** 1385. Wenn nach zögerndem und unklarem Verhalten der Gesellschaft diese unzweideutig ihre Entschädigungspflicht bestreitet, nachdem die 6 Monate abgelaufen sind, so läuft von diesem Bestreiten nicht eine weitere 6 Monatefrist, vielmehr muß der Versicherte binnen angemessener kurzer Frist die Klage zustellen.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 696, WarnE. **09** 179, WVersZ. **09** 1063, R. **09** Ziff. 1223, 1224. Wenn der Grund für die Fristversäumung weggefallen ist, so läuft nicht die bedungene Frist; vielmehr muß der Versicherte binnen angemessener Frist die Klage nachholen.

3. Vgl. oben zu I 2 a und zu § 6 II.

4. VAPV. (Anh.) **7** 40 (Stuttgart). Weder ist die volle Dauer der Vergleichsverhandlungen auf die Klagefrist anzurechnen, noch läuft diese Frist erst nach Beendigung der Vergleichsverhandlungen. Vielmehr ist, wenn Vergleichsverhandlungen erfolgten, dem Versicherten lediglich nach billigem Ermessen eine ausreichende Frist zur Nachholung von Anmeldungen und Klagen zu gewähren, wenn er — was ihn entschuldigt — infolge der Vergleichsverhandlungen die Frist ganz oder teilweise hatte verstreichen lassen.

V. Gerichtliche Geltendmachung. 1. Legitimation. VAPV. (Anh.) **6** 28 (Stettin). Trotz Pfändung und Überweisung des Versicherungsanspruchs bleibt der Versicherte zur Schadensfeststellungsklage zwecks Verhütung der Anspruchswirkung legitimiert.

2. Form. **a)** Schiedskommission. **RG.** LeipzZ. **08** 869, WVersZ. **42** 2141, R. **08** 481. Mit dem Verlangen nach Berufung der zur Entscheidung der Frage, ob die Invalidität unmittelbare Unfallsfolge ist, sowie in welchem Grade Erwerbsunfähigkeit besteht, zuständigen Kommission macht der Versicherte den Versicherungsanspruch geltend. Wenn also in der Police für die Geltendmachung der

Ansprüche aus einem Unfall eine Klagefrist bestimmt ist, so muß innerhalb derselben auch die Kommissionsberufung verlangt werden, widrigenfalls Verwirkung eintritt. b) Zahlungsbefehl. **RG. 68** 108 ff., JW. **08** 305, LeipzZ. **08** 375, DJZ. **08** 481, R. **08** 286. Die Bestimmung, daß „alle nicht innerhalb 6 Monaten nach Ablehnung einer Entschädigung von dem Versicherungsnehmer vermittels vollständiger Klage vor den zuständigen Richter gebrachten Ansprüche erloschen seien", kann unbedenklich dahin ausgelegt werden, daß die Rechtshängigkeit in jener Frist auch durch Zustellung eines Zahlungsbefehls begründet werden kann, wofern mit der Rechtshängigkeit sogleich Grund und Betrag des Anspruchs vollständig zur Kenntnis der Gesellschaft kommt. c) Klagerweiterung. **RG. 68** 108, JW. **08** 305, LeipzZ. **08** 375, VersAnn. **08** 289, ZVersWes. **08** 184, Vers. Rdsch. **08** 232, VAPV. (Anh.) **7** 58, WVersZ. **42** 1251, DJZ. **08** 481, R. **08** Beil. 286. Die Klagefrist wird gewahrt, wenn die fristgemäß erhobene Klage wegen später hervorgetretener weiterer Schäden nachträglich erweitert wird. d) Negative Feststellungsklage des Versicherers s. oben I 1. e) Streitverkündung. α. **RG.** LeipzZ. **09** 696, WarnE. **09** 179, WVersZ. **09** 1063, R. **09** Ziff. 1223, 1224. Streitverkündung an den Versicherer steht der fristmäßigen Klagerhebung nicht gleich. β. R. **08** Ziff. 876, 877 (Hamburg). Streitverkündung an den Versicherer unterbricht die Ausschlußfrist nicht.

VI. Wegen der Rückwirkung von § 12 Abs. 3 s. EGVVG. Art. IV.

§ 13. Literatur: Seuffert, Die konkursrechtlichen Vorschriften des VVG., LeipzZ. **09** 97 ff.

Seuffert, LeipzZ. **09** 100/101. Tritt der Versicherungsfall nach Konkurseröffnung und vor Ablauf der Monatsfrist ein, so ist der Versicherungsanspruch Masseanspruch. — Der Versicherte hat nach § 16 KO. einen Schadensersatzanspruch, wenn die Versicherung nach § 13 Satz 1 VVG. erlischt (aM. Gerhard ꝛc., Komm., § 13 Anm. 3 b).

§ 14. 1. Über Konkurs des Lebensversicherungsnehmers vgl. Behrend, LeipzZ. **08** 125 ff., unten zu § 166.

2. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV unter IV.

§ 15. 1. Rückwirkung. a) Gerhard, ZVersWiss. **07** 280, meint, § 15 VVG. habe rückwirkende Kraft. b) Im übrigen s. wegen der Rückwirkung zu EGVVG. Art. IV.

2. Hallbauer, R. **08** 686. § 15 meint nur die Ansprüche auf Entschädigung. Die Verpfändbarkeit ist abzustellen auf die Zeit des Pfändungsbeschlusses, die Zeit des Versicherungsfalls entscheidet nur bei Pfändung des noch bedingten, zukünftigen Entschädigungsanspruchs. Falls Schaden an pfändbaren und unpfändbaren Gegenständen vergütet wird, ist zunächst der Pfändungsbeschluß zu erlassen und die Spezialisierung dem Schuldner (nach § 766 ZPO.) zu überlassen. In allen Zweifelsfällen wird die Gesellschaft nach § 372 Satz 2 BGB. hinterlegen. — Pfändungsprivilegiert sind auch diejenigen, die Ersatzstücke dem Versicherten vermieten, insbesondere bei Abzahlungsgeschäften in Mietvertragsform. Privilegiert sind ferner Zessionar und Pfandnehmer der Forderung für gelieferte Ersatzstücke, auch Bürge und Drittverpfänder (§ 1225 Satz 1 BGB.). Nicht privilegiert ist, wer nur Geld zur Anschaffung von Ersatzstücken leiht. Ratsam ist, daß der privilegierte Gläubiger im Tatbestande des Urteils, auf Grund dessen er später pfändet, das Forderungsprivileg zum Ausdrucke bringen läßt. — § 15 findet auch auf bei Inkrafttreten des VVG. bestehende Versicherungsverträge Anwendung.

3. Seuffert, LeipzZ. **09** 103. Nicht unter § 15 VVG. fällt die Pfändungsbeschränkung des § 812 ZPO.

4. Seuffert, LeipzZ. **09** 103. Ein Versicherungsanspruch i. S. von § 15 VVG. gehört nicht zur Konkursmasse, abgesehen von der Bestimmung des § 1 Abs. 2 KO.

Zweiter Titel. Anzeigepflicht. Gefahrerhöhung.

Vorbemerkung zu §§ 16 ff.: Viel erörtert ist die Haftung für Dritte bei Erfüllung der Anzeigepflicht. Es ist insoweit auf das in der Vorbemerkung zu § 6 und auf das zu § 6 Ziff. XV Gesagte zu verweisen. Reiche Entscheidungsausbeute gewähren besonders die §§ 16, 17, 23, 32, 33, 34. Über die besonderen Gestaltungen dieser Anzeigepflicht bei den einzelnen Versicherungszweigen wird auf das bei den betreffenden Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige Gesagte Bezug genommen. Die Entscheidungen werden meist, wenn schon mit Vorsicht (wegen § 31), auch für das neue Recht anwendbar sein. Jedenfalls bezeichnen sie die Zweifelsfragen der bisherigen Rechtsprechung und geben einen Anhalt zu ihrer Lösung.

Literatur: Josef, Lebensversicherungsverträge Geschäftsbeschränkter und arglistiges Verhalten der bezugsberechtigten Ehefrau bei Geistesschwäche des Versicherungsnehmers, AZivPr. **103** 128 ff. — Kynert, Anzeigepflicht. Luzern 1908. — Im übrigen vgl. auch die Literatur zu § 6 und das zu § 6 XV Gesagte, sowie die Literatur zu den weiteren Paragraphen.

§ 16. I. Anzeigepflichtige. 1. Josef, AZivPr. **103** 128 ff., bespricht **RG. 35** 205 (preußischrechtlich) nach heutigem Rechte und kommt zu folgenden Ergebnissen (137): a) Ist der Versicherungsnehmer bei Stellung des Versicherungsvertrags zwar geistesschwach, so jedoch, daß die Geistesschwäche nicht einen Grad erreicht, den man als Geisteskrankheit bezeichnet, und ist der Versicherungsnehmer nicht entmündigt, so wird die Rechtswirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Versicherungsvertrags durch die tatsächlich vorhandene Geistesschwäche nicht berührt. b) Hat ein wegen Verschwendung, Trunksucht oder Geistesschwäche Entmündigter selbständig (also ohne Mitwirkung des Vormundes) sein Leben versichert, so steht nach § 109 BGB. dem Versicherer durch eine dem Erben des Versicherungsnehmers gegenüber abzugebende Erklärung der Rücktritt vom Vertrage zu. Solange indes der Versicherer diese Erklärung nicht abgegeben hat, kann der Erbe nach § 108 Abs. 3 BGB. den Vertrag des Entmündigten genehmigen, der dann als von Anfang an wirksam geschlossen gilt. Dann steht aber dem Versicherer der Rücktritt vom Vertrage zu, weil der Versicherungsnehmer die Tatsache der erfolgten Entmündigung verschwiegen hat. c) Die Anzeigepflicht liegt gesetzlich nur dem Versicherungsnehmer ob, niemals Dritten, daher auch nicht dem Bezugsberechtigten. War also dem Versicherungsnehmer sein inneres Leiden unbekannt, während es seiner Frau bekannt war, so wird hierdurch deren Anspruch auf die Lebensversicherungssumme nicht ausgeschlossen. Wofern jedoch in solchem Falle die Frau den Mann zum Abschlusse der Versicherung entweder angeregt oder an den Verhandlungen mit dem Versicherer teilgenommen hat, steht dem Anspruche der Frau auf die Versicherungssumme die Einrede der Arglist aus § 826 BGB. entgegen.

2. Marcus, Privatversicherung 33. Im allgemeinen gilt: Der Versicherungsnehmer wird seiner Wahrheits- und Anzeigepflicht nicht dadurch ledig, daß er den Agenten den Fragebogen beantworten läßt. Soweit Kenntnis des Versicherers gesetzlich von Belang ist, gilt als solche des Versicherers nur die des abschlußbevollmächtigten Agenten, nicht die des Agenten überhaupt.

3. **RG.** VAPV. (Anh.) 8 51, WVersZ. **43** 1692, LeipzZ. **09** 403, JW. **09** 168, R. **09** 1220—1222. Solange der Versicherte lebt, trifft ihn allein die Anzeigepflicht (hinsichtlich Infektionsverdacht bezüglich mitversicherter Blutvergiftung); unerheblich ist daher, daß seine Ehefrau und spätere Rechtsnachfolgerin den bei ihr aufgekommenen Infektionsverdacht nicht alsbald der Gesellschaft angezeigt hat.

4. Wegen der Mitwirkung von Agenten s. oben unter I 2, unten zu II 2 d u. e, ferner § 17 II 3 u. zu § 43.

5. Wegen des Verschuldens und der Haftung für Dritte s. im übrigen zu § 6 (vgl. § 6 XV).

II. Verletzung der Anzeigepflicht. 1. Unentschuldbarkeit. a) **RG.** WVersZ. **44** 89, JTVersZ. **09** 250. Verwirkung des Unfallversicherungsanspruchs durch bedingungswidrige Nichtangabe zweier früheren Unfälle im Antrage. **b**) SächsRpflA. **08** 390 (Dresden). Unrichtige Antragsangaben als unentschuldbar behandelt (Verschweigung, daß eine zweite Feuerversicherung bestehe und diese von der Gesellschaft trotz der dortigen höheren Prämie wegen zu hohen Risikos gekündigt war). **c**) Wegen Verschweigung weiterer Versicherungen s. auch zu § 17 II 3 f u. zu §§ 58 ff. unter III.

2. Entschuldbarkeit. a) **RG.** R. **09** Ziff. 3224. Entschuldbarkeit der Nichtangabe des Vorhandenseins eines Gaststalles durch den Viehversicherten (Metzger und ländlichen Gastwirt). **b**) **RG.** WarnE. **08** 8, ZVersWes. **08** 79, WVersZ. **42** 547. Begriff der „Krankheit" in der frühere Krankheiten betreffenden Antragsfrage. Es ist von dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens (nicht von dem der Medizin) auszugehen und zu prüfen, ob in diesem Sinne eine Krankheit früher objektiv bestanden hat und subjektiv vom Versicherten als bestehend angenommen werden mußte (Verlauf der Krankheit, Dauer, Grund des Erscheinens des Arztes usw.). **c**) **RG.** JW. **07** 172, DVersZ. **3** 25, ZVersWes. **07** 241, WVersZ. **41** 1569, VAPV. (Anh.) **6** 91. Nichtangabe eines $1\frac{1}{2}$ Jahre vor der Stellung des (auch nach Rheumatismus fragenden) Antrags liegenden 5 tägigen akuten Muskelrheumatismus ist als entschuldigt anzusehen. **d**) **RG.** LeipzZ. **07** 144. Nichtangabe einer früheren Krankheit (chronischer Nasen-, Rachen- und Kehlkopfkatarrh) und der ärztlichen Behandlung im Antrag ist entschuldigt, weil der Generalagent auf Mitteilung von der Krankheit und der ärztlichen Behandlung erklärt hatte, es sei keine Krankheit, wegen der von einer Versicherung Abstand zu nehmen sei. **e**) OLG. **14** 392 (Celle). Wenn Verwirkung nur bei falschen, wider besseres Wissen erfolgten Angaben Platz greift, so ist ein Verwirkungsfall nicht gegeben, wenn der Antragsteller (Einbruchsversicherung) nicht angegeben hat, daß, was auch der aufnehmende Agent nicht gesehen hat, die Rolläden nicht ganz hochgezogen werden konnten. Er hat das offenbar für bedeutungslos gehalten.

III. Verzicht auf Geltendmachung der Verletzung. 1. Fortsetzung der Versicherung in Kenntnis der Verletzung. a) **RG.** WarnE. **08** 199, VersRdsch. **08** 221, WVersZ. **42** 1137, VAPV. (Anh.) **7** 53, LeipzZ. **08** 466, R. **08** Ziff. 1093. Unrichtige Antragsangaben begründen keine Anspruchsverwirkung, wenn die Gesellschaft in Kenntnis der Unrichtigkeit die Versicherung fortsetzt und sogar verlängert (Verneinung der Frage, ob man mit Maschinen usw. in Berührung komme). **b**) **RG.** VersAnn. **08** 74, WVersZ. **42** 993, WarnE. **08** 140, VAPV. (Anh.) **7** 43, ZVersWes. **08** 466, LeipzZ. **08** 463, R. **08** 285. Wenn die Gesellschaft erst wegen angeblicher Krankheitsverschweigungen im Antrage die Versicherung für „null und nichtig" erklärt, dann in Verfolg der hierüber geführten Verhandlungen sich entschließt, „die Police wieder in Kraft zu setzen", dies dem Versicherten kund gibt und weitere Prämienzahlungen annimmt, so ist in diesem Verhalten ein Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Einwendungen aus der ihr bekannt gewordenen Krankheitsverschweigung zu erblicken (**RG.** **18** 141, BolzePr. **14** 310—312).

2. Annahme ungenügend ausgefüllter Anträge. a) Wegen Strichen im Antrage s. auch zu § 17 I 1. **b**) **RG.** LeipzZ. **07** 598, VersRdsch. **07** 287, WVersZ. **41** 1585. Wenn im Antrage bei einer Frage ein Strich gemacht ist (obwohl dies im Vordruck ausdrücklich für unzulässig erklärt war), so ist dies lediglich als Nicht-

beantwortung, nicht als Verneinung anzusehen. Die Gesellschaft ist, da sie sich mit dem Striche begnügt hatte, gebunden. c) **RG.** WVersZ. **43** 500, R. **09** Ziff. 157, DJZ. **09** 265. In einem 20 Fragen enthaltenden Antrage war nur die Frage nach sonstigen Versicherungen beantwortet und von einem Abschlußbevollmächtigten der Gesellschaft niedergeschrieben, der die fraglichen Räume wiederholt gesehen hatte. Die Gesellschaft, die auf Grund dieses Antrags die Police erteilt hat, kann sich nicht auf Verwirkung wegen Nichtangabe feuergefährlicher Gegenstände stützen. Sie hat durch die Art ihres Vorgehens auf Fragebeantwortung und Verwirkungsrecht verzichtet. Jedenfalls kein Verschulden des Versicherten. d) **RG.** LeipzZ. **09** 78, WVersZ. **43** 785, VAPV. (Anh.) 8 15, VersRdsch. **09** 190, R. **08** 650. Nichtbeantwortung von Antragsfragen ist dem Versicherungsnehmer nicht ohne weiteres nachteilig. Wenn die Gesellschaft sich mit Nichtbeantwortung oder nicht ausreichender Beantwortung der Fragen begnügt, so ist der Vertrag auf Grund der unvollständigen Beantwortung bindend abgeschlossen. e) **RG.** JW. **08** 410, WarnE. **08** 326, LeipzZ. **08** 791, VersAnn. **08** 469, WVersZ. **42** 1901, R. **08** 350. Bei Unklarheiten in den Antworten des Versicherungsnehmers auf die Fragen im Versicherungsantrag ist es Sache der Versicherungsgesellschaft, sich vor Vertragsabschluß Aufklärung zu verschaffen und eine vollständige und klare Beantwortung herbeizuführen. f) VAPV. (Anh.) 8 49 (Stettin). Die Nichtbeantwartung einer Frage wird für unerheblich erklärt, weil aus den Antworten auf die übrigen Fragen die Gesellschaft schon genügend über die Tätigkeit des Unfallversicherten aufgeklärt sein mußte und sie, wenn sie noch Zweifel hatte, auf weitere Klärung und Beantwortung der unbeantwortet gelassenen Frage hätte dringen müssen.

IV. Beweis der Verletzung. 1. **RG.** LeipzZ. **07** 663, VAPV. (Anh.) **6** 94, VersRdsch. **08** 31. Der Eid, daß der Versicherte schon vor Stellung des Unfallversicherungsantrags an Zuckerkrankheit gelitten und Schlaganfälle gehabt habe, ist, weil er ein Urteil enthält, unzulässig, und kann daher dem Versicherten nicht zugeschoben werden.

2. Vgl. auch zu § 17 II 1 b.

V. Folgen der Verletzung. 1. Darüber, ob (früh. Recht) auf die bedingungsgemäß an unwahre Angaben im Antrage geknüpften Rechtsfolgen sich auch der Versicherungsnehmer berufen kann, s. zu § 6 XIV.

2. Wegen der Zulässigkeit der Irrtumsanfechtung s. oben zu § 1 und zu § 22.

VI. Zwischenzeitliche Änderungen. 1. Wegen der Pflicht zur Anzeige von Umständen, die nach Ausstellung des Antrags eintreten, vgl. auch Josef, AssekJahrb. **31** 37 ff. oben zu § 1 II 4.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 868. Wenn zwischen der Stellung des Versicherungsantrags und dem Abschlusse des Vertrags durch Policenaushändigung sich wichtige Tatumstände ändern, muß der Versicherungsnehmer hiervon der Gesellschaft Mitteilung machen. Es ist indessen als Voraussetzung der Verwirkung der Nachweis erforderlich, daß er sich seiner Mitteilungspflicht bewußt geworden ist.

VII. 1. Über Anwendung der §§ 16 ff. VVG. auf die Haftpflichtversicherung s. Unfried, ZVersWiss. **09** 290 ff.

2. Über die Anzeigepflicht bei der Feuerversicherung nach VVG. s. VersZ. **42** 1717 ff.

3. Wegen der Anzeige, daß die Versicherung für fremde Rechnung genommen werde, s. zu § 74 1.

§ 17. I. Unrichtigkeit. 1. Immerwahr, GesuR. **09** 60 ff. Nichtbeantwortung einer Antragsfrage ist nicht als unrichtige Antwort zu behandeln.

2. Wegen Strichen bei Antragsfragen s. auch oben zu § 16 unter II 3 a β.

II. Verletzung der Wahrheitspflicht. 1. Allgemeine Grundsätze. a) **RG.** WVersZ. **43** 785, VersRdsch. **09** 190, VAPV. (Anh.)

8 15 ff. (wo zugleich das Urt. des KG. mitabgedruckt ist, das zum Teil mit dem des RG. im Widerspruche steht), LeipzZ. **09** 78, R. **08** 648, 650. Beantwortet ein Versicherungsnehmer Antragsfragen in Form eines Urteils (Gesundheitszustand „gut", Trinken „mäßig"), so ist bei der Prüfung der subjektiven Wahrheit zunächst die Anschauung der betreffenden örtlichen Volkskreise zugrunde zu legen. Derartige Urteile können aber auch zugleich unwahre tatsächliche Auskünfte darstellen und die Vertragsverwirkung begründen. **b**) **RG.** LeipzZ. **09** 402, Vers. Ann. **09** 123, WVersZ. **43** 1108, JTVersZ. **09** 57, R. **09** Ziff. 913, 914. Bei Beurteilung der objektiv unrichtigen Bejahung der Antragsfrage, ob der Versicherte eine mäßige und nüchterne Person sei, ist zu beachten, daß die verschiedensten Auffassungen über derartige Dinge möglich sind und daß ein betrügliches Verhalten nicht schon deshalb anzunehmen ist, weil hin und wieder Trinkgelage und öftere Wirtshausbesuche vorgekommen sind. Die Gesellschaft muß beweisen, daß der Versicherungsnehmer das Bewußtsein der Unrichtigkeit seiner Angabe gehabt hat und daß hieraus seine Täuschungsabsicht zu folgern ist (der Vertrag bestimmte Anspruchsverwirkung, wenn falsche oder ungenügende Angaben in nachweislich betrügerischer Absicht gemacht seien). **c**) Wegen Heilung der Verletzung s. zu § 16 Ziff. III.

2. Angaben über Eigentumsverhältnisse. **a**) Vgl. Hagen, ZVersWiss. **07** 15 ff. unten zu § 68 I; vgl. auch zu § 68 II (Josef). **b**) α. **RG.** DVersZ. **3** 116, VersAnn. **07** 536, WVersZ. **41** 1985, VersRdsch. **07** 290, JW. **07** 525, R. **07** 991, VAPV. (Anh.) **6** 99 (vgl. hierzu Josef, SeuffBl. **08** 750). RG. erachtet eine Versicherung für gültig, bei der der in Gütertrennung lebende Ehemann das seiner Ehefrau gehörige Haus samt dem darin befindlichen, ihm gehörigen Inventare für eigene Rechnung und alles als sein Eigentum bezeichnend versichert und wobei die Police von der den Ehemann vertretenden Ehefrau mit dessen Namen unterzeichnet ist. — Ob ein schriftlicher Vertrag vorliege, könne dahingestellt bleiben, weil Schriftlichkeit für diesen Versicherungsvertrag weder gesetzlich noch vertraglich erforderlich sei. Die Police aber sei nicht ein von beiden Parteien vollzogener Versicherungsvertrag, sondern die einseitig vom Versicherer über den Versicherungsvertrag ausgestellte Urkunde. Ihr Inhalt sei also vollwirksam geworden. Die Unterschrift des Versicherungsnehmers sei nur zu Beweiszwecken erfordert. — In solchen Fällen pflege der Ehemann ohne Rücksicht auf das Güterrecht für die eheliche Gemeinschaft zu handeln, er konnte sich also im Sinne der ehelichen Gemeinschaft für das Versicherungsverhältnis als Eigentümer des Hauses ansehen und muß deshalb wegen der irrigen Angaben als entschuldigt gelten. β. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 615. In einem Falle, wo der Versicherungsnehmer hinsichtlich eines ihm verkauften Warenlagers an Ergänzungsstücken, die der Verkäufer anzuschaffen habe, nur insoweit Eigentum erwerben sollte, als der Wert dieser Ergänzungsstücke 3000 M. nicht übersteigen würde, weist das RG. darauf hin, daß für die Frage, ob der Versicherungsnehmer sich selbst unrichtig als Eigentümer des Warenlagers angegeben und dadurch den Versicherungsanspruch verwirkt habe, es nicht sowohl auf den zwingenden Beweis des Eigentums als darauf ankomme, ob es dem Versicherungsnehmer zum Verschulden und als Verletzung der Wahrheitspflicht zuzurechnen ist, wenn er sich als Eigentümer betrachtete und von einem abweichenden, für ihn vielleicht in seiner Tragweite gar nicht erkennbaren Rechtsverhältnisse dem Versicherer keine Anzeige machte. γ. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1028, VersAnn. **07** 68, ZVersWiss. **07** 98, LeipzZ. **07** 439, VAPV. (Anh.) **6** 77. Guter Glaube des Versicherungsnehmers (Einbruchsversicherung), der die versicherten Sachen schlechthin als sein Eigentum bezeichnet hat, obwohl sie etwa zur Hälfte Kommissionsgut waren, weil er die Auffassung, daß es nur auf die Zugehörigkeit der Waren zu seinem Geschäft ankomme, haben konnte. Deshalb Vollwirksamkeit des Vertrags, auch weil der abschließende Hauptbevollmächtigte das Vorhandensein

von Kommissionswaren kannte. Den Anspruch auf die Versicherungssumme kann nur der Versicherungsnehmer, obwohl er bloß Kommissionär ist, bzw. in seinem Konkurse der Konkursverwalter geltend machen, der Kommittent nur nach erfolgter Abtretung. δ. VAPV. (Anh.) 8 63 (Stettin). Keine falsche Beantwortung der Frage „Wem gehören die zu versichernden Waren?" wenn der Pfandgläubiger sich als den Gefragten bezeichnet („gehören" ist im Sprachgebrauche des Lebens, nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen). ε. LeipzZ. **08** 958 (Hamburg). Der Versicherungsnehmer hatte als ihm gehörig einen Automaten versichert, der ihm schon 3 Jahre lang von seiner Schwiegermutter geliehen war, die ihn ihrerseits auf Abzahlung gekauft und schon größere Abzahlungen geleistet hatte. Dies wird als entschuldbar und überdies als den Gepflogenheiten bei Feuerversicherungen entsprechend bezeichnet. **c)** Darüber, ob hinsichtlich der der Ehefrau gehörigen Sachen Versicherung für fremde Rechnung vorliegt, s. zu § 80 II. **d)** Vgl. auch zu § 54 II 1 und zu § 68.

3. Mitwirkung von Agenten. **a)** **RG.** JW. **09** 504, ZVersWes. **09** 526, WarnE. **09** 476, JTVersZ. **09** 257, WVersZ. **44** 177, ÖVersZ. **09** Beil. 284. Wenn zweifelfreie klare Fragen in dem vom Generalagenten ausgefüllten Antrage falsch beantwortet sind, der Versicherte aber dem Generalagenten die Wahrheit gesagt und der Generalagent auch das betreffende Leiden (Verkürzung eines Beines) bemerkt hat, so ist der Versicherte doch nur dann entschuldigt, wenn er glaubte, der Generalagent habe die wahrheitsgemäß gemachten Angaben in den Antrag aufgenommen und wenn er aus diesem Grunde die Prüfung des Antrags unterließ. **b)** **RG.** JW. **08** 410, WarnE. **08** 326, VerfAnn. **08** 469, WVersZ. **42** 1901, LeipzZ. **08** 791, R. **08** 350. Unwahre Verneinung der Antragsfrage nach früheren Unfällen ist, auch wenn der Agent den Antrag ausgefüllt hatte, nur unter besonderen Umständen entschuldbar. Der Versicherungsnehmer hat nicht zu prüfen, was für die Gesellschaft erheblich ist. Die Tatsache aber, daß der Antrag die Frage enthielt, machte die Frage erheblich und verpflichtete zur wahrheitsgemäßen Beantwortung. Wohl aber kann es den Versicherungsnehmer entschuldigen, wenn der frühere Unfall 27 Jahre zurückliegt und die früher verletzte Hand ihre volle Gebrauchsfähigkeit wiedererlangt hatte und keinerlei Unfallsfolgen mehr bemerkbar waren. **c)** **RG.** LeipzZ. **08** 462, WarnE. **08** 203, VersZ. **42** 1025, R. **08** 537. Der Versicherungsnehmer, der den vom Generalagenten ausgefüllten, die Frage nach anderweiter Versicherung verneinenden Antrag unterschrieben hat, ist entschuldigt, wenn er die mit ihm verhandelnde Person als Agenten ansehen konnte und wenn dieser ihm auf die Mitteilung, daß er bei der Feuersozietät versichert sei, nach Vorlegen der betreffenden Police erklärt hat, er brauche sich wegen dieser um nichts zu kümmern, seine Gesellschaft mache alles in Ordnung, er schicke die Papiere seiner Gesellschaft, sie werde der Sozietät kündigen. **d)** **RG.** DVersZ. **3** 27, WVersZ. **41** 1374. Die Verneinung ausdrücklich im Antrage gefragter Krampfadern wird durch die für den Versicherten (einen Kaufmann) ohne weiteres sich als unwahrscheinlich erweisende Angabe des Agenten, „es handle sich hauptsächlich um Bruchleiden, alles andere sei Nebensache", nicht entschuldigt, ebensowenig dadurch, daß der Versicherte die Antragsfragen nicht gelesen haben will. **e)** **RG.** **66** 275, JW. **07** 273, VerfAnn. **07** 289, **08** 165, WVersZ. **41** 1649, VersRdsch. **08** 178, VAPV. (Anh.) **6** 41, DJZ. **07** 597. Der Agent hat für einen lesens- und schreibensunkundigen Versicherungsnehmer die Frage nach früheren Brandschäden im Antrag, ohne hierüber den Versicherungsnehmer zu fragen, mit „Nein" beantwortet. Die Gesellschaft haftet in solchen Fällen nicht ohne weiteres für den Agenten; denn dieser ist nicht ihr Vertreter. Andererseits besteht für den lesens- und schreibensunkundigen Versicherungsnehmer keine Pflicht, sich den Antrag vorlesen zu lassen, da er annehmen kann, der Agent werde alle im Interesse des Versicherers erforderlichen Fragen stellen. Jedoch kann im einzelnen

Falle die Sache wegen besonderer Umstände für den Versicherungsnehmer ungünstiger liegen. **f)** **RG.** JW. **07** 183, DVersZ. **3** 22, VersRdsch. **07** 288, ZVers. Wes. **07** 124, VAPV. (Anh.) **6** 46, DJZ. **07** 425. Die Frage, ob die Körperbeschaffenheit von der normalen abweichend sei, hat der Unfallversicherungsnehmer, obwohl er an einer augenfälligen Rückgratsverkrümmung litt, verneint, nachdem auf seine Zweifelsäußerung hin der Agent ihm erklärt hatte, Leute wie er seien auch in der Versicherung, er dürfe die Frage verneinen. RG. hält die bedingungsgemäße Verwirkung für eingetreten, weil hier die Frage mit Wissen und Willen des Versicherungsnehmers falsch beantwortet worden sei und der Versicherungsnehmer sich unter allen Umständen sagen mußte, daß er dem Versicherer nicht mit Unwahrheiten dienen dürfe und daß der Agent, wenn er die Verneinung als erlaubt hinstellte, außerhalb des Rahmens seiner Belehrungs- und Auskunftspflicht handle. **g)** VAPV. (Anh.) **6** 62 (KG.). Der Versicherte hatte seine früheren Brandschäden dem Akquisiteur mitgeteilt, dieser hatte bei Ausfüllung des Antrags die betreffende Frage unbeantwortet gelassen. Die Ausfüllung ist dann ohne Wissen des Antragstellers und des Akquisiteurs durch eine Geschäftsstelle des Versicherers erfolgt. Der Antragsteller hat diese unrichtige Beantwortung nicht zu vertreten; der Versicherer hätte zunächst rückfragen müssen. **h)** VAPV. (Anh.) **6** 27 (Zweibrücken). K e i n e Anspruchsverwirkung, wegen unrichtiger Angaben über die Bauart (massiv statt halb Lehmfachwerk) in einem vom Versicherten in blanco unterschriebenen, von der Generalagentur ausgefüllten und vom Versicherten nicht nochmals geprüften Antragsformulare. **i)** Vgl. auch oben zu § 16 I 2, II 2 d, e und III 2 c; ferner zu § 43 und § 44.

4. S o n s t i g e F ä l l e (u n e n t s c h u l d b a r e V e r l e t z u n g). **a)** **RG.** VersZ. **44** 105, JTVersZ. **09** 233. Verwirkung des Unfallversicherungsanspruchs wegen wahrheitswidriger Vereninung einer Antragsfrage. **b)** **RG.** WVersZ. **43** 737. **c)** **RG.** WVersZ. **43** 273. Wissentlich unwahre Angaben im Lebensversicherungsvertrage. **c)** **RG.** ZVersWes. **08** 525, WVersZ. **42** 865. Verwirkung des Anspruchs wegen falscher, zur Irreführung geeigneter Angaben im Antrag über den Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers. **e)** VAPV. (Anh.) **7** 78 (KG.). Keine Entschuldigung anzunehmen, wenn der Versicherte die Antragsfrage nach überstandenen Krankheiten verneint hat, obwohl er eine Augenerkrankung erlitten hatte, die klinische Behandlung nötig machte. **f)** VAPV. (Anh.) **6** 92 (KG.). Anzeigepflicht ist verletzt bei Verschweigung hoher anderweitiger Unfallversicherungen trotz entsprechender Antragsfrage. **g)** S. wegen Verschweigung weiterer Versicherung auch zu § 16 II 1 e.

III. Ü b e r V e r z i c h t a u f G e l t e n d m a c h u n g d e r V e r l e t z u n g s. zu § 16 III.

IV. W e g e n d e s B e w e i s e s d e r V e r l e t z u n g vgl. § 16 IV.

V. Über die Frage, ob auch der Versicherungsnehmer sich auf die bedingungsgemäßen Folgen unwahrer Angaben berufen kann, vgl. zu § 6 Ziff. XIV.

§ 19. Vgl. oben zu § 16 unter I, II 2 d u. e, III 2 c, § 17 unter II 3.

§ 22. 1. M a r c u s, Privatversicherung 24. Die Rechte aus § 119 BGB. stehen dem Versicherer n i c h t zu.

2. **RG.** WVersZ. **42** 1685. Anfechtbarkeit der Unfallversicherung wegen arglistiger Täuschung über den Gesundheitszustand durch unrichtige Antragsausfüllung ist zulässig.

§ 23. L i t e r a t u r: M e y e r, Stempelpflicht der eine Gefahränderung beurkundenden Nachträge zu Versicherungspolicen im Geltungsbereiche des PrStempStG. vom 31. Juli 1895, LeipzZ. **09** 538. — Vgl. zu § 6 und das zu § 6 XV Gesagte.

I. V o r l i e g e n d e r G e f a h r e r h ö h u n g. 1. b e j a h e n d: **a)** **RG.** WVersZ. **42** 737, R. **08** Ziff. 634. Kein versicherungspflichtiger Unfall, wenn der Versicherte entgegen der Antragserklärung, daß er in keiner Weise und auch nicht zeitweilig an der Arbeit teilnehme, persönlich an einer Hobelmaschine tätig wird

und hierbei einen Unfall erleidet. **b)** **RG.** WVersZ. **42** 493. Verwirkung des Haftpflichtversicherungsanspruchs durch Unterlassung der Anzeige einer erheblichen Arbeitervermehrung. **c)** VAPV. (Anh.) 8 55 (KG.). Einstellung von (Feuerwehr- und Krankentransport-) Kraftwagen stellt nicht die Einführung eines neuen Betriebs oder eines neuen Betriebszweigs dar, wohl aber eine Gefahrerhöhung, die eine Entschädigungspflicht des Haftpflichtversicherers bezüglich dieser Kraftwagen ausschließt (ALR. II. 8 § 2117). **d)** **RG.** WarnE. **09** 518, R. **09** Ziff. 3226. Gefahrerhöhung durch Anschaffung eines Pferdes. Die Vereinbarung der Anzeigepflicht trifft auch den Fall des Kaufes auf Probe. **e)** Ebenso PraxPrV. **2** 261 (Hamm). Einfluß der Einstellung eines fremden Pferdes in den Stall des Haftpflichtversicherten auf das Versicherungsverhältnis (Verletzungen des fremden Pferdes durch ein Pferd des Versicherungsnehmers).

2. verneinend: **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 2615. Nicht notwendig liegt Gefahrerhöhung darin, daß ein selbständiger Installateur als Werkmeister in einen anderen Betrieb eintritt, selbst wenn die Gesellschaft Unfallversicherungen mit abhängigen Arbeitern nicht zu schließen pflegt. **b)** **RG.** VAPV. (Anh.) 7 79, LeipzZ. **09** 66, WVersZ. **43** 257, R. **08** 635. Die Pflicht, gefahrerhöhende Betriebsänderungen anzuzeigen, bezieht sich nicht auf ausnahmsweise vereinzelte Abweichungen vom Betriebe, zumal wenn deren Wiederholung nicht in Aussicht genommen und nicht vorherzusehen ist. **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 63. Keine Anspruchsverwirkung infolge nicht geschehener Gefahrerhöhungsanzeige, wenn ein gegen Unfall versicherter Fabrikant gelegentlich mit Hand anlegt und dadurch einen Unfall erleidet. **d)** **RG.** ZVersWes. **07** 529. Eine Gefahrerhöhung liegt nicht ohne weiteres darin, daß der Unfallversicherte außerhalb seines gewöhnlichen Arbeitsraums in einem fremden Betriebe tätig ist.

II. Zulassen der Gefahrerhöhung durch den Versicherten **RG.** R. **08** 603. Ein bedingungsgemäß das Ruhen der Versicherung herbeiführendes Zulassen der Vermehrung der Feuergefährlichkeit liegt dann nicht vor, wenn ohne Wissen des Vermieters der Mieter in einen Schweinestall ein Pferd einstellt und Heu einlagert.

III. Einwilligung in die Gefahrerhöhung seitens des Versicherers. 1. **RG.** JW. **09** 426, ZVersWes. **09** 376, VAPV. (Anh.) 8 92, W. VersZ. **43** 2057, R. **09** Ziff. 2046. Der Versicherte hatte unklar Wohnsitz- und Geschäftsänderung angezeigt, die Unfallversicherungsgesellschaft aber nur Wohnsitzänderung angenommen und bestätigt. Darin erblickt das RG. keine Erklärung der Gesellschaft, die infolge der Änderung der Beschäftigung an sich erloschene Versicherung fortzusetzen. Kannte die Gesellschaft aber die Beschäftigungsänderung und zog sie weiter die Prämie ein, so ist hierin eine Genehmigung zu erblicken, die trotz des Mangels der vorgeschriebenen Form wirksam ist.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 813, LeipzZ. **07** 355. Hat der Versicherte die gefahrerhöhenden Umstände der Unfallversicherung demselben Versicherer gelegentlich des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung mitgeteilt, so muß in der fortgesetzten Annahme und Quittierung der Unfallversicherungsbeiträge die bedingungsgemäße schriftliche Zustimmung zur Übernahme der Gefahrerhöhung erblickt werden.

IV. Minderjährigkeit. Geißler (s. zu § 1). Ist der Versicherungsnehmer minderjährig, so ist die Frage, ob ein ihm nachteiliges Verschulden vorliegt, analog den Bestimmungen im § 828 Abs. 2 BGB. zu beurteilen (34).

V. Beweis. **RG.** ZVersWes. **07** 529. Die Gesellschaft muß beweisen, daß ein Umstand gefahrerhöhend wirkt. Wegen der Beweispflicht für die Genehmigung des Versicherers s. unten zu § 27.

VI. Stempel. Meyer, LeipzZ. **09** 538. Stempelrechtlich ist jede Gefahränderung gleichbedeutend mit einer Aufhebung des ursprünglichen Vertrags. Nicht

dagegen, wenn trotzdem die Parteien durch Nachtrag beurkunden, daß der alte Vertrag allenthalben bestehen bleibe. Dies auch dann, wenn infolge der Gefahränderung (Translokation) die Versicherung bedingungsgemäß ruht (anders, wenn sie erlischt). Wenn es zweifelhaft ist, ob die Parteien die Gefahränderung als wesentlich aufgefaßt haben, so ist nach Lage der Umstände zu entscheiden (vgl. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 342).

VII. 1. Vgl. zu §§ 23 ff. auch Unfried, ZVersWiss. **09** 274 ff. oben zu § 6.

2. Wegen Sicherheitsübereignung s. zu § 69.

3. Wegen Änderungen zwischen Antragstellung und Policenaushändigung s. oben zu § 16 VI.

§ 24. Wiederherstellung des früheren Zustandes. **RG.** WVersZ. **42** 611. Wenn die Einbruchsversicherung bei Gefahrveränderungen bis zur Genehmigung bzw. bis zur Wiederherstellung ruht, so tritt sie in dem Falle wieder in Kraft, wenn bei einem Umbaue zwar nicht der ursprüngliche Zustand hergestellt, aber eine noch größere Sicherung geschaffen wird.

§ 25. I. 1. **RG.** LeipzZ. **07** 834, WVersZ. **43** 2137, **41** 2145, VersRdsch. **08** 31, ZVersWes. **07** 529. Wenn nach den Versicherungsbedingungen die Entschädigungspflicht des Unfallversicherers nach Ablauf einer gewissen Zeit nach dem Eintritt einer Veränderung ruht, so ist die Voraussetzung, unter der allein die Versicherung bedingungsgemäß als fortbestehend angesehen werden soll, durch den Eintritt der Gefahrerhöhung weggefallen. Denn nur gegen die nicht erhöhte Gefahr hat die Gesellschaft die Versicherung übernommen. Ob die Anzeige entschuldbar unterblieben ist, ist also unerheblich. Die Anzeige hat nur die Wirkung, daß die Gesellschaft Kenntnis erhält und darüber Entscheidung treffen kann, ob sie durch ihre Zustimmung zur Veränderung die Versicherung für die Zukunft wieder in Kraft setzen will.

2. Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **51** 813, LeipzZ. **07** 355.

3. Vgl. auch zu § 27 3 b.

II. 1. ZVersWes. **08** 80, HansGZ. **07** Hptbl. Nr. 127, WVersZ. **42** 550 (Hamburg). Wenn bedingungsgemäß die Gesellschaft bei Erhöhung des Risikos im Falle unterlassener Anzeige des Versicherten oder im Falle der Weigerung des Versicherten, die höhere Prämie zu zahlen, den Vertrag rückwirkend bis zur Zeit der Veränderung des Risikos für erloschen erklären kann, aber von diesem Rechte keinen Gebrauch macht, so steht nicht schon deshalb dem Versicherten das Recht zu, seinerseits vom Vertrage zurückzutreten. Unentschieden bleibt, ob dann das veränderte oder das neue Risiko versichert ist.

2. Vgl. zu § 6 XIV (Frage, ob auch der Versicherte sich auf Verwirkungsklauseln berufen kann).

III. Zu Abs. 3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 813, LeipzZ. **07** 355. Eine Vertragsbestimmung, daß die Unfallversicherung bei Eintritt gefahrerhöhender Umstände event. mit dem 15. Tage nach Eintritt der Veränderung ruht und erst mit schriftlicher Zustimmung des Versicherers zur Fortsetzung wieder in Kraft tritt, gilt auch für Unfälle, die nach Eintritt der Gefahränderung, aber ohne jeden Zusammenhang mit ihr erfolgen.

§ 27. 1. Unfried, ZVersWiss. **09** 294. Unter § 27 VVG. fällt auch die neu eintretende gesetzliche Verschärfung haftpflichtrechtlicher Bestimmungen (Automobilgesetz!).

2. Vgl. auch Unfried, ZVersWiss. **9** 274 ff. oben zu § 6.

3. a) **RG.** LeipzZ. **09** 701, JW. **09** 169, WVersZ. **43** 1289, R. **09** 3221. Die Bestimmung „Wenn in den Gesundheitsverhältnissen des (Unfall-) Versicherten Veränderungen eintreten . . ., so ist die Verbindlichkeit der Gesellschaft aus der Versicherung erloschen. Lehnt die Gesellschaft . . . eine Weiterversicherung ab, dann

wird die vorausgezahlte Prämie pro rata temporis ... zurückbezahlt" ist unklar, mindestens aber dahin einzuschränken, daß das Erlöschen nicht eintritt, wenn die Krankheit ohne Hinterlassung nachteiliger Folgen vorübergegangen ist. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 866, VersAnn. **09** 517, WVersZ. **43** 1897, R. **09** Ziff. 2313. Wenn bedingungsgemäß beim Eintritt einer schweren Krankheit des Unfallversicherten während der Versicherungsdauer die Verbindlichkeit der Gesellschaft erlischt, bis sie sich zur Fortsetzung bereit erklärt, so handelt es sich nicht um eine Verwirkungsklausel, sondern um die Wirkung einer Gefahrerhöhung. Es tritt die Versicherung (nach Maßgabe der Bedingungen) gegebenenfalls ohne jede Parteierklärung außer Kraft. Ob anzunehmen ist, daß bei Genesung die Versicherung auch ohne weiteres wieder in Kraft treten soll, ist Sache der Auslegung. Beweispflichtig für die Genesung ist der Versicherte. **c)** Vgl. zu letzterer Entscheidung oben zu § 25 I.

§ 29. Vgl. zu § 23 I 2.

§ 30. Vgl. zu § 54 II 2 c (teilweise Verletzung der Verpflichtung, versichertes Vieh nicht mit unversichertem in einem Stalle zu halten).

§ 32. Literatur: s. zu § 6 und das zu § 6 XV Gesagte.

I. 1. VAPV. (Anh.) **7** 104 (KG.). Können (bei Einbruchsversicherung) die im Antrage vom Versicherten eingegangenen Verpflichtungen nicht vollständig in die in der Police enthaltenen besonderen Bedingungen aufgenommen werden, so kann sich die Gesellschaft auf die Nichteinhaltung jener nicht aufgenommenen Verpflichtungen nicht berufen.

2. Im übrigen vgl. wegen Divergenz von Antrag und Police oben zu §§ 1 und 3.

3. **RG.** VAPV. (Anh.) **8** 103, WarnE. **09** 359, VersAnn. **09** 373, WVersZ. **43** 1756, JTVersZ. **09** 161, ÖVersZ. **09** Beil. 235, JW. **09** 325, R. **09** Ziff. 1788. Wenn dem (feuer)versicherten Landwirte bedingungsgemäß das Betreten der Räume mit offener Lampe oder ungeschütztem Lichte verboten ist, so verletzt er durch jeden Verstoß hiergegen seine vertragliche Verpflichtung, nicht nur dann, wenn sein Verhalten in unbilliger Weise das Risiko des Versicherers erhöht. Entsteht in naher zeitlicher Aufeinanderfolge mit solchem Verstoß ein Brand, so kann zwar nach Treu und Glauben der Versicherer Entschädigung dann nicht ablehnen, wenn der Verstoß den Brand nicht verursacht hat. Es liegt aber nahe, daß der vertragswidrig handelnde Versicherte beweisen muß, daß sein Verstoß den Brand nicht verursacht hat.

4. Wegen Haftung für Dritte s. auch zu § 6 (vgl. § 6 Ziff. XV) und zu §§ 16 ff., 61, 62.

II. Einzelne Versicherungszweige. 1. Einbruchsversicherung. **a)** **RG.** VersAnn. **07** 851, ZVersWes. **08** 99, R. **08** Ziff. 162. Wenn bei Beseitigung oder Verminderung der bedungenen Sicherungen die Einbruchsdiebstahlversicherung bis zur schriftlichen Genehmigung der Gesellschaft ruht, so fällt hierunter die Wegnahme der bedungenen Eisenjalousien während eines Umbaues. Kausalität zwischen Einbruch und Sicherungsminderung ist nicht nötig. **b)** KGBl. **08** 51 (KG.). Die Bestimmung, daß Edelsteine nur dann als gegen Einbruch versichert gelten, solange sie unter Verschluß sind, bezieht sich nur auf solche Edelsteine, die nicht Teile eines Schmuckes sind. Die Vorschrift aber, daß Schmucksachen unter Verschluß zu halten sind, wenn sie nicht im Gebrauche sind, schlägt dann nicht ein, wenn der Schmuck ständig getragen und nur für einen Nachmittag und die darauf folgende Nacht unverschlossen aufbewahrt wird; denn hierdurch wird der Gebrauch nicht unterbrochen. **c)** VAPV. (Anh.) **7** 33, WVersZ. **42** 1813, DVersZ. **4** 18 (KG.). Kein Versicherungsanspruch, wenn eine Einbruchsdiebstahlversicherung in ihrer Gültigkeit vertragsmäßig dadurch bedingt ist, daß die vorhandenen Sicherungen dauernd in gebrauchsfähigem Zustand erhalten und auch täglich nach Geschäftsschluß angewendet werden, und wenn trotzdem die Geldschrankschlüssel im gleichen Raume in einem Schreibtische verwahrt werden, wo sie der Dieb gefunden hat. Grobes Ver-

schulden liegt vor. **d)** VAPV. (Anh.) **8** 108 (Celle). Wenn bedingungsgemäß Bargeld bei Einbruchsversicherung nur dann versichert sein soll, falls es in der verschlossenen Wohnung unter besonderem Verschlusse gehalten wird, so muß das Geld durch diesen Verschluß den Augen des Diebes entzogen sein (Schrank, Schreibtisch) oder es muß der Verschluß durch seine Schwere oder besondere Befestigung der Mitnahme besondere Schwierigkeiten bieten. Nicht genügt also Aufbewahrung in einer leicht transportablen, offen dastehenden (verschlossenen) Geldkassette.

2. Feuerversicherung. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 66, ZVersWes. **09** 54, Vers. Ann. **08** 797, WVersZ. **43** 305. „Lagern" von feuergefährlichen Gegenständen nicht erblickt im Einbringen des mit dem Halten eines Schweines notwendig verbundenen Streumaterials. **b)** **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 27. Auslegung der Klausel, daß nur 4 l Benzin in besonders verschlossenem Raume vorrätig gehalten werden dürften und daß die Verarbeitung stets nur bei Tageslicht ... im Laboratorium ... erfolgen dürfe, dahin, daß auch die bloße Verarbeitung einer größeren Menge als 4 l Benzin in den versicherten Räumen verboten sei, die nicht in jenen Räumen lagert. **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 145. Auslegung der Bestimmung der Feuerversicherungs-Bedingungen, wonach der Gebrauch der Lokomobile bei heftigem und widrigem Winde verboten und an die Verletzung Verwirkung geknüpft ist, falls der Versicherte nicht beweist, daß das Feuer aus anderer Ursache entstanden ist. **d)** S. oben I 3.

3. Wasserschädenversicherung. **a)** VAPV. (Anh.) **7** 101 (Frankfurt). Zuwiderhandlungen gegen die in der Wasserleitungsschädensversicherung auferlegte Verpflichtung, in unbewohnten Gebäuden die Wasserleitung abgesperrt und entleert zu halten, werden in concreto als unentschuldbar angesehen. **b)** LeipzZ. **09** 714, JTVersZ. **09** 242 (Colmar). Wenn der gegen Wasserschäden Versicherte vertraglich verpflichtet ist, für völlige Entleerung der Wasserleitung bei leerstehenden Häusern zu sorgen, so haftet er gemäß § 278 BGB. für Verschulden Dritter, deren er sich zur Erfüllung dieser Pflicht bedient. S. a. BGB. § 278 Ziff. 6 e.

4. Viehversicherung. **a)** S. zu § 54 II 2 c (Zusammenstellung versicherter und unversicherter Viehstücke. **b)** S. zu § 54 II 2 a u. b (Nachversicherungspflicht).

5. Vgl. im übrigen das zu §§ 61, 169, 170, 181 Gesagte.

§ 33. Literatur: Josef, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers, GruchotsBeitr. **52** 268 ff. — Vgl. zu § 6 und das zu § 6 XV Gesagte.

I. Auslegungsfragen. 1. OLG. **17** 51 (Dresden). Auslegung der auf der Rückseite des Abonnementsausweises angegebenen Verpflichtungen des unfallversicherten Abonnenten zu fristgemäßer Unfallsanzeige und Berichterstattung dahin, daß die Einhaltung dieser Verpflichtungen Anspruchsvoraussetzung sein solle, mag auch an ihre Nichteinhaltung nicht ausdrücklich die Verwirkungsandrohung geknüpft sein.

2. VAPV. (Anh.) **8** 28 (München). Wenn vorgeschrieben ist, daß bei Unfällen binnen 8 Tagen, bei Todesfällen binnen 3 Tagen Anzeige an die Gesellschaft zu erstatten ist, so ist die Auslegung zulässig, und geboten, daß es einer besonderen Todesanzeige dann nicht bedarf, wenn die Gesellschaft bereits eine Anzeige vom Unfall erhalten hatte, in dessen Verlaufe dann der Tod eingetreten ist.

3. **RG.** R. **07** 713. Ist im Hinblick auf ein bestehendes Kommissionsverhältnis zugunsten der Kommittenten mit einem Dritten eine Kautionsversicherung gegen die Gefahr von Veruntreuungen des Kommissionärs abgeschlossen, so ist es nicht zu beanstanden, wenn unter Untreue jede Handlung verstanden wird, welche im gewöhnlichen Sprachgebrauche mit dem genannten Ausdrucke bezeichnet wird. Eine bloße Zahlungssäumnis kann aber als Untreue nicht angesehen werden. Hat daher der Kautionsempfänger sich bei Vermeidung der Anspruchsverwirkung verpflichtet,

dem Versicherer von einer entdeckten Untreue des Kommissionärs alsbald Mitteilung zu machen, so ist diese Verpflichtung bei bloßer Zahlungssäumnis nicht gegeben.

II. Verletzung der Anzeigepflicht. 1. Haftung für Dritte. a) Josef, Gruchots Beitr. **52** 268 ff. (285). a) Die dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer obliegenden Anzeigen sind Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 BGB., daher hat der Versicherungsnehmer, wenn er sich zur Bewirkung der Anzeige eines Dritten bedient, dessen Verschulden bei der Anzeige wie eigenes zu vertreten. Das gilt auch dann, wenn nach dem Gesetz oder den Versicherungsbedingungen bei Verletzung der Anzeigepflicht der Versicherer leistungsfrei wird, die Erfüllung der Anzeigepflicht also Voraussetzung der Erhaltung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag ist. Denn eine solche Festsetzung beseitigt nicht die Anzeigeverbindlichkeit des Versicherungsnehmers, sondern dient gegenteils zur Sicherung und Verstärkung der weiter bestehenden Verbindlichkeit. b) Trifft den Beauftragten an der Unterlassung der Anzeige kein Verschulden, so kann dennoch eine verschuldete Verletzung der Anzeigepflicht für den Versicherungsnehmer vorliegen, weil er die Überwachung des Beauftragten unterlassen hat. Unterbleibt die Anzeige durch Verschulden des Beauftragten, so hat der Versicherungsnehmer dieses Verschulden zu vertreten, auch wenn er den Beauftragten nicht willkürlich, sondern notgedrungen zuzog, und selbst wenn ihm dessen Überwachung unmöglich war. c) Die Verletzung der dem Versicherungsnehmer nach Gesetz oder Vertrag obliegenden Anzeigepflicht hat Rechtsnachteile für jenen nur zur Folge, wenn die Verletzung eine verschuldete ist. Jene Nachteile treten nicht ein, wenn das die Anzeige enthaltende Schreiben nach erfolgter Absendung im Gewahrsame der Beförderungsanstalt ohne deren Verschulden verloren geht, oder wenn der Versicherer außerstande ist, die Anzeige abzusenden, oder einen Dritten hiermit zu beauftragen. Zur Entschuldigung des Versicherungsnehmers wegen des Unterbleibens der Absendung oder der Beauftragung eines Dritten mit der Absendung kann auch schwere seelische Gedrücktheit, die namentlich infolge des Eintritts des Versicherungsfalls beim Anzeigepflichtigen sich einstellt, dienen. Hat der Anzeigepflichtige einen Dritten mit der Anzeige beauftragt, obwohl er dies, ohne sich dem Vorwurf eines Verschuldens auszusetzen, hätte unterlassen können, und ist die Anzeige durch Verschulden des Dritten unterblieben, so hat der Anzeigepflichtige dieses Verschulden nicht zu vertreten. d) Hat der Versicherungsnehmer dem Versicherten objektiv unwahre Mitteilungen gemacht, weil er selbst von seinen Angestellten über die wahre Sachlage getäuscht war, so hat er dies Verschulden seiner Angestellten nicht auf Grund des § 278 BGB. zu vertreten, da die Angestellten hier bei Erfüllung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Anzeigepflicht gar nicht handelnd aufgetreten sind. e) Prokuristen, Guts- und ähnlichen Verwaltern liegt die Anzeigepflicht deshalb ob, weil sie nach dem zwischen ihnen und dem Versicherungsnehmer bestehenden Vertretungsverhältnisse vollständig an des letzteren Stelle betreffs der Anzeigepflicht treten. Sie sind also nicht bloße Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 BGB. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 403, JW. **09** 168, WVersZ. **43** 1692, VAPV. (Anh.) **8** 51, R. **09** Ziff. 1220, 1221, 1222. Die Bestimmung, daß innerhalb bestimmter Frist nach dem Tode eine telegraphische Todesanzeige zu erfolgen hat, begründet nicht eine Verbindlichkeit des Unfallversicherten oder seiner Erben, sondern stellt nur eine Voraussetzung der Geltendmachung des Versicherungsanspruchs dar, mag sie sich auch in der Police unter der Rubrik „Pflichten des Versicherten" befinden. Deshalb greift die Bestimmung des § 278 BGB. nicht Platz. Es besteht also keine Haftung für Verschulden derjenigen Dritten, deren Hilfe zur Erstattung der Anzeige sich die Erben bedienen. Die Frage, ob, weil eine vertragsmäßige Anspruchsvoraussetzung gegeben ist, es auf ein Verschulden der Erben überhaupt ankommt, bleibt unentschieden. **c)** Unrichtige Anzeige. **α.** **RG.** WVersZ. **43** 1356. Der Versicherte haftet für Fälschungen der Rechnungsdaten bei An-

meldung von Brandschaden, die seine ihn im Geschäftsbetrieb und auch bei der Schadensanmeldung vertretende Ehefrau vornimmt, auch dann, wenn sie ohne sein Wissen und ohne seinen Willen geschehen. Sein Versicherungsanspruch wird hierdurch verwirkt (vgl. **RG. 51** 20, **58** 343). β. **RG.** LeipzZ. **07** 511. Der Versicherte muß die von seiner, in seinem Auftrage handelnden Ehefrau in einer von ihr mit seinem Namen unterschriebenen Schadensanzeige enthaltenen unwahren Erklärungen und deren Rechtsfolgen gegen sich gelten lassen, weil die Ehefrau als seine Vertreterin handelte. γ. VAPV. (Anh.) **7** 101 (LG. Cöln). Durch wahrheitswidrige Angaben des Zessionars bei der Schadensfeststellung werden nicht nur dessen Rechte, sondern auch die des Zedenten (Versicherten) verwirkt. **d**) Vgl. auch zu § 6, § 6 XIV, sowie zu § 182 und wegen Schadensanzeigen durch Agenten zu § 43.

2. Entschuldbare und unentschuldbare Versäumung. a) **RG.** JW. **09** 695, **RG. 71** 437, VersAnn. **09** 797, ZVersWes. **09** 576, R. **09** Ziff. 3484, 3485, DJZ. **09** 1442. Eingetreten ist der Unfall in dem Zeitpunkt, in welchem sich die im übrigen den Vertragsvoraussetzungen entsprechenden Tatumstände vollzogen haben, durch die der Körperschaden herbeigeführt worden ist, mag auch der Schaden als solcher und als Folge des Unfalls erst später dem Arzte sicher erkennbar werden. Eine andere Frage ist, ob der Beginn der Anzeigefrist so lange als ausgeschlossen angesehen werden muß, als der Anzeigepflichtige davon, daß eine unter die Versicherung fallende Körperverletzung vorliegt oder (bei Tod) von dem Unfallsereignisse selbst keine Kenntnis erhalten hat. Insoweit ist der Vertragswortlaut maßgebend. Ist bestimmt, daß die Anzeige „innerhalb 30 Tagen gerechnet vom Eintritte des Unfalls" erfolgen soll, so ist eine Auslegung, die diese Frist nicht vom Eintritte des Unfalls, sondern (wenigstens unter Umständen) von einem anderen Zeitpunkt ab rechnen will, mit dem Vertragswortlaut, auch bei Beachtung von § 133 BGB., schlechterdings nicht vereinbar. Wohl aber ist dem Anzeigepflichtigen der Nachweis gelassen, daß er entschuldigt sei. Das ist der Fall, wenn er z. B. die letzte Zeit der 30 Tage wegen seines Gesundheitszustandes zur Anfertigung der formularmäßigen Unfallanzeige außerstande gewesen ist. **b**) DVersZ. **3** 227, VAPV. (Anh.) **6** 93 (Cöln). Die verspätete Unfallanzeige eines beim Bajonettieren verletzten Soldaten wird als entschuldigt angesehen, weil die nach den Bedingungen erforderliche „absolute Unmöglichkeit" rechtzeitiger Erstattung nicht nur die Fälle physischer Unmöglichkeit, sondern auch die Fälle umfaßt, in denen es für den Verletzten unmöglich ist, den Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und Gesundheitsstörungen zu erkennen oder sich bewußt zu werden, daß das Ereignis überhaupt nachteilige Folgen für ihn haben werde (**RG.** JW. **06** 177). **c**) **RG.** VersAnn. **08** 825, WVersZ. **43** 517, R. **08** 616. Die Anzeigefrist beginnt erst mit der sicheren Kenntnis vom Unfalle (die Witwe des Verletzten hatte diesen zunächst nicht mit Sicherheit rekognoszieren können). **d**) **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 21. Die objektive Überschreitung der Unfallanmeldefrist kann subjektiv entschuldbar sein. Wenn sie auch von dem den Unfall bewirkenden Ereignis ab nach dem Statute läuft, so ist doch in Fällen, wo der Verletzte den betreffenden Vorgang (Hereinfliegen eines Fremdkörpers ins Auge während der Eisenbahnfahrt) zunächst als ganz bedeutungslos auffassen konnte und aufgefaßt hat, der Fristbeginn erst von dem Tage an zu rechnen, an dem der Verletzte sich bewußt wurde, daß es sich möglicherweise um einen schadenspflichtigen Unfall handle. **e**) **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 47, Vers. Rdsch. **07** 293. Trotz der Bestimmung, daß die Versäumung der Unfallmeldefrist Anspruchsverwirkung herbeiführt, gleichviel ob die Versäumung verschuldet war oder nicht und ob der Versicherte gewußt oder nur vermutet hat, daß die körperliche Beschädigung sich als ersatzfähiger Unfall charakterisieren werde, kann die Versäumnis entschuldbar sein. Sie ist aber nach dieser Satzungsbestimmung nicht entschuldbar,

wenn das betreffende Ereignis sich zwar erst hinterher als Unfall entwickelt hat, aber doch immerhin von vornherein schon derart war, daß der Betroffene bei verständiger, von einem besonnenen Menschen zu erwartender Erwägung aller Umstände sich sagen mußte, es handle sich möglicherweise um einen Unfall (Sturz auf den Kopf über den Kopf des Pferdes hinweg). Nicht ausgeschlossen ist eine abweichende Beurteilung bei einer infolge des Sturzes eingetretenen Gehirnerschütterung und dem dadurch hervorgerufenen Geisteszustande des Verletzten. **f)** **RG.** LeipzZ. **09** 404, WVersZ. **43** 1023, JTVersZ. **09** 105, R. **09** 964. Die Anzeigefristversäumung wird nicht dadurch entschuldigt, daß der Unfallversicherte nach den Äußerungen seines Arztes auf baldige Behebung der Unfallsfolgen hoffte. **g)** **RG.** JW. **08** 530, LeipzZ. **08** 697, **RG. 69** 175, VAPV. (Anh.) **7** 81, ZVersWes. **08** 397, 418, WVersZ. **42** 2241, DJZ. **08** 874, R. **08** 482. Nur besondere Umstände können die Versäumung der vorgeschriebenen telegraphischen Anzeige (innerhalb 24 Stunden nach dem Tode des Unfallversicherten) entschuldigen. Solche Umstände sind in der regelmäßig beim Tode des Hausvaters eintretenden Erregung und dem Andrange von Geschäften nicht zu erblicken. **h)** **RG.** WVersZ. **42** 785. Entschuldigung der nicht rechtzeitig erfolgten Unfallanzeige, wenn der Versicherte physisch (Verschlimmerung des Zustandes, erhebliche Schmerzen) nicht dazu imstande war, bei Beantwortung der zahlreichen in der formularmäßigen Anzeige enthaltenen Fragen genügend mitzuwirken, selbst wenn die Ehefrau geholfen hätte. **i)** Im übrigen s. vor §§ 179 ff. unter VIII, über Eintritt des Unfalls.

3. Sonstige Fälle unschädlicher Verletzung. **a)** **RG.** BayRpflZ. **08** 339, LeipzZ. **08** 708, WarnE. **08** 387, WVersZ. **42** 2114, R. **08** 577. Die Gesellschaft kann sich nicht auf Nichteinhaltung einer Vertragsbestimmung berufen, deren Innehaltung in concreto ganz bedeutungslos gewesen sein würde. Es war die vorgeschriebene telegraphische Todesanzeige überhaupt nicht, der ausführliche schriftliche Todesbericht aber nicht innerhalb der vorgeschriebenen 36 Stunden nach Ableben erstattet worden; die Gesellschaft hatte letztere aber noch so rechtzeitig erhalten, daß sie sich über die allein noch in Betracht kommende Frage, Anordnung einer Sektion, schlüssig machen konnte, die dann schließlich nach Ausgrabung auch erfolgt ist und ein klares Bild ergeben hat. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 403, JW. **09** 168, VAPV. (Anh.) **8** 51, WVersZ. **43** 1692, R. **09** 1220—1222. Wenn telegraphische Anzeige vorgeschrieben ist, die nicht telegraphische Anzeige aber noch so rechtzeitig bei der Gesellschaft eintrifft, daß der mit jener Vorschrift bezweckte Erfolg (rasche Herbeiführung einer Leichenöffnung) noch erreicht werden kann, so kann sich die Gesellschaft auf die fehlende Erfüllung der Anzeigeform nach §§ 157, 242 BGB. nicht berufen. **c)** **RG.** WVersZ. **42** 2114, BayRpflZ. **08** 331, LeipzZ. **08** 708, WarnE. **08** 287, R. **08** 577. Die Gesellschaft kann sich nicht auf Verspätung berufen, die auf einer unzweckmäßigen und deshalb vom Dritten nicht vorauszusehenden Geschäftseinrichtung der Gesellschaft beruht (eilige Eingaben müssen sofort an die zuständige Abteilung gelangen können). Maßgebend ist der Eingang bei der Gesellschaft, nicht der bei der zuständigen Abteilung. **d)** Wegen des Verhältnisses der zahlenden Gesellschaften zu den Rückversicherern vgl. LG. Hamburg, VAPV. (Anh.) **6** 72 ff.

4. Betrügerische Anzeigen (vgl. auch zu II 1 c). **a)** **RG. 66** 181, JW. **07** 488, VAPV. (Anh.) **7** 27, DVersZ. **3** 118, ZVersWes. **07** 367, VersAnn. **07** 630, **08** 29, WVersZ. **41** 1905, VersRdsch. **07** 289. Ist Vertragsverwirkung schon an wissentlich unwahre Angaben über den Schadensumfang geknüpft, so ist es unerheblich, ob der Versicherer diesen Angaben geglaubt hat, es genügt schon der Betrugsversuch. **b)** **RG.** JW. **08** 49, VAPV. (Anh.) **7** 27, DVersZ. **3** 280, ZVersWes. **08** 26, 340, WVersZ. **42** 1169, R. **08** Ziff. 629, 630. Wenn dem Versicherten gewissenhafte Anfertigung eines Verzeichnisses der vom Brande beschädigten

Sachen obliegt, so kann dies dahin ausgelegt werden, daß die Verwirkung nur bei wissentlich unwahren Angaben eintreten soll. Die Gesellschaft braucht nur nachzuweisen, daß die verzeichneten Sachen vor dem Brande nicht vorhanden waren oder daß sie noch nach dem Brande vorhanden sind und daß der Versicherte hiervon Kenntnis hatte. Die durch wissentlich unwahre Angaben eingetretene Anspruchsverwirkung wird nicht dadurch geheilt, daß der Versicherte vor Abschluß der Feststellungen den Täuschungsversuch eingesteht; anders natürlich bei Berichtigungen von Irrtümern. **c) RG.** LeipzZ. **07** 511. Wissentlich unwahre (für den Versicherer erhebliche, ob auch unerhebliche, dahingestellt) Angaben in der Schadensanmeldung können Verwirkung des Versicherungsanspruchs auch dann zur Folge haben, wenn sie in der irrigen Annahme erfolgt sind, daß nach der wirklichen Sachlage der Versicherungsfall nicht gegeben sei, während auch bei Angabe der Wahrheit ein entschädigungspflichtiger Unfall vorgelegen hätte. **d)** VAPV. (Anh.) **6** 23 (Colmar). Die Verwirkungsklausel richtet sich nicht gegen die Lüge an sich, sondern dagegen, daß der Möglichkeit einer Schädigung des Versicherers durch eine Lüge vorgebeugt werden soll (vgl. **ROHG. 9** 284). Also ist es unerheblich, wenn ein tatsächlich auch für die Fälle entgeltlicher Personenbeförderung Versicherter in der Haftpflichtschadenanzeige unrichtig angibt, der Verletzte sei unentgeltlich befördert, weil er irrig annimmt, daß bei entgeltlicher Beförderung kein Versicherungsanspruch bestehe. **e)** Wegen richterlichen Eides darüber, ob unwahre Brandschadensangaben betrügerischerweise gemacht sind, s. **RG.** JW. **09** 325, LeipzZ. **09** 865, WVersZ. **43** 1817, 1835.

III. Im übrigen vgl. wegen der Schadensanzeigepflicht zu §§ 92, 110, 121, 153, 171, 182.

IV. Vgl. zu § 34.

§ 34. Literatur: Fuld, Die Pflicht des Versicherten zur Gestattung des Exhumierung, DVersZ. **4** 109 ff. — Vgl. zu § 6 XV.

I. Auslegungsfragen. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 549, VersAnn. **08** 238, W. VersZ. **42** 1633, R. **08** 287. Wenn bedingungsgemäße Verwirkung eintritt, falls nicht innerhalb 3 Monaten nach der ersten Schadensanzeige oder nach einem späteren schriftlichen Berichte des Verletzten oder seines Arztes ein fernerer Bericht über den Zustand des Verletzten oder die Schadensrechnung erfolgt, so kann auch eine Zahlungsaufforderung des Verletzten an die Gesellschaft diesen Vertragsbestimmungen als „fernerer Bericht" genügen, wenn sie erkennbar die Mitteilung enthält, daß die Folgen des Unfalls noch nicht beseitigt seien.

2. **RG.** JW. **09** 324, DVersZ. **5** 77, JTVersZ. **09** 145, WVersZ. **43** 1789, ZVers. Wes. **09** 284, 503. Daß die bedingungsgemäße Pflicht, im Brandfalle den Warenbestand durch ordnungsmäßig geführte Bücher oder durch Rechnungen und Belege nachzuweisen, auch durch eine „Inventur" (Warenverzeichnis) erfüllt und daß diese Inventur als „Beleg" anzusehen sei, wird vom RG. nicht beanstandet.

II. Verletzung. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 549, VersAnn. **08** 238, WVersZ. **42** 1633, R. **08** 287. Der Versicherte, der die vorgeschriebenen Berichte über die Folgen seines Unfalls unterläßt, gilt als entschuldigt, wenn die Gesellschaft jede Entschädigung abgelehnt hatte.

2. R. **08** Ziff. 878 (Frankfurt). Nichtbeibringung monatlicher Krankheitsatteste ist entschuldigt durch die irrige Annahme, die Gesellschaft lege hierauf keinen Wert mehr, weil sie jede Entschädigung abgelehnt hatte.

III. Ausgrabung der Leiche. 1. Fuld, DVersZ. **4** 109 ff. Auch für das VVG. gilt der Grundsatz, daß auch beim Fehlen von Vertragsbestimmungen bei doloser schuldhafter Verweigerung der Exhumierung und Obduktion zugunsten des Versicherers sich die Beweislast umkehrt. Die bedingungslose Übernahme der Pflicht zur Gestattung von Exhumierung und Obduktion ist nicht zulässig. Treu

und Glauben und die guten Sitten bilden die Grenze. Überdies gilt allenthalben der Entschuldigungsgrundsatz von § 6 VVG. In Betracht kommen vielfach Imponderabilien (religiöser, ethischer Art), sie sind aber nicht in allen Fällen und stets nur insoweit verwertbar, als sie sich mit den zu schützenden Interessen Dritter und den herrschenden ethischen Anschauungen vertragen. Kein Anspruch auf Exhumierung usw. besteht dann, wenn ersichtlich keine Zweifel an der Ursächlichkeit des Todes bestehen, ferner dann, wenn die Gesellschaft Obduktion und Exhumierung aus irgendwelchen Gründen verzögert, in der Regel nur, wenn nach der Bestattung neue Momente zutage treten, die den Anspruch rechtfertigen.

2.] **RG.** LeipzZ. **07** 61. Die Verweigerung der Wiederausgrabung der Leiche (zu deren Gestattung eine vertragliche Verpflichtung nicht vorlag) kann höchstens dann bei der Beweisfrage gegen die Erben verwendet werden, wenn sie schuldhaft oder dolos zwecks Beweisabschneidung, nicht aber, wenn sie aus Gründen der Pietät und Religion erfolgt.

IV. VAPV. **7** 30. Fall der Unzulässigkeit einer Frage (letzter Schaden bei derselben Viehgattung) im Formulare zur Anmeldung eines (Vieh)Schadens.

V. Wegen der Haftung der versicherten Aktiengesellschaft für Verschulden ihres Direktors s. zu § 61.

VI. Vgl. allenthalben auch zu §§ 32, 33.

Dritter Titel. Prämie.

Vorbemerkung zu §§ 35 ff.: Auch hier handelt es sich im wesentlichen um eine Registrierung und Sichtung der Entscheidungsergebnisse. Sie sind auch nach neuem Rechte meistenteils verwertbar, wennschon wiederum Vorsicht anzuwenden ist wegen der zwingenden Vorschrift des § 42.

Literatur: Morell, Die Rechtsverhältnisse bei nicht erfolgender Prämienzahlung bezüglich der Unfallversicherung, ZVersWes. **09** 278 ff., 314 ff.

Vor §§ 35 ff. 1. Wegen Irrtum über die Höhe der Prämie s. oben zu § 1.

2. Wegen der Ermächtigung des Agenten zur Bewilligung von Prämienratenzahlungen s. zu § 38 Ziff. III 3, zur Annahme von Wechseln s. zu § 38 Ziff. III 5 b.

3. Über „Vorprämien" s. IDR. **5** 1104.

4. Über die Natur der Prämie bei VVaG. s. zu § 38 III 3.

5. Über einen Prämienbegünstigungsvertrag zwischen einer Gesellschaft und einem Verbande deutscher und österreichischer Eisenbahnbeamtenvereine s. LeipzZ. **09** 89 (Colmar).

§ 37. SächsAnn. **30** 162 (Dresden). Die Zeitungsabonnementsbedingungen besagten, daß Abonnent vor Unfallseintritt die Abonnements- bzw. Postquittung des laufenden und vorhergehenden Monats eigenhändig unterschrieben haben müsse, und daß es nicht Sache des Verlegers sei, für pünktliche Zahlung des Abonnementsbetrags zu sorgen. Das Inkasso ist durch die Austräger besorgt worden und zwar nach und nach in den ersten Tagen des Monats. Der Verunglückte war seit langem Abonnent. Am Monatsersten vor dem Unfalle war er umgezogen. Die Zeitung war ihm ohne weiteres auch in die neue Wohnung gebracht worden. Der Austräger hat aber erst am Tage nach dem am 3. des Monats erfolgten Unfalle die Abonnementsquittung gebracht und das Geld kassiert; damals war der Abonnent bereits verstorben. Das OLG. nimmt an, daß stillschweigend die Erneuerung des Abonnementsvertrags durch das weitere Zutragen und Annehmen der Zeitung erfolgt sei, unabhängig von Überbringung und Einlösung der Quittung, und führt aus, daß der Versicherungsanspruch bestehe, da nach Lage der Sache der Versicherte entschuldigt sei und die Berufung des Verlegers auf die oben angezogenen Abonnementsbestimmungen wider Treu und Glauben verstoßen würde.

§ 38. I. Verschuldensfrage. 1. Worms, ZVersWiss. **09** 534. Für § 38 Abs. 1 ist es unerheblich, ob die Zahlung verschuldet oder unverschuldet unterblieben ist oder ob die Gesellschaft eine Respektfrist gestellt hat oder die Police schon ausgehändigt war. Anders in den Fällen der Prämienstundung und der Abrede, daß die Prämie nach Beginn der Versicherung gezahlt werden kann, besonders bei den sog. Verbindlichkeitserklärungen (d. h. wenn auf alle Fälle der Versicherte vom bestimmten Moment ab als versichert gilt).

2. Geißler (s. zu § 1). Ist der Versicherungsnehmer minderjährig, so gilt für die Frage des Verzugs § 828 Abs. 2 BGB. Doch wird ein Verschulden des Minderjährigen dann anzunehmen sein, wenn er ein Erwerbsgeschäft betreibt, oder wenn der gesetzliche Vertreter den Vertrag genehmigt hat (41), ebenso dann, wenn der Minderjährige die Prämie mit Mitteln bezahlt, die ihm zur freien Verfügung überlassen waren (42). — Unter den gleichen Voraussetzungen ist eine Fristsetzung dem Minderjährigen gegenüber zuzulassen (44).

3. OLG. **14** 391, VAPV. (Anh.) **7** 39 (Frankfurt). Wenn der Bruder des Versicherten die 30 Tage nach dem 10. Juli fällige Prämie am 10. August der Gesellschaft vergeblich angeboten hat, nachdem der Generalagent am 23. Juli in einem Briefe den 10. August als letzten Zahlungstag bezeichnet hatte, so konnte der Versicherte sich auf die ihm vom Generalagenten gewordene, wennschon irrige Auslegung der Versicherungsbedingungen stützen und der Versicherer muß hierfür einstehen, selbst wenn der Generalagent nicht als sein Vertreter anzusehen ist. Auch verstößt die Berufung auf eine irrig infolge der falschen Belehrung zu spät erfolgte Zahlung gegen Treu und Glauben.

II. Einlösung der Police und Beginn der Versicherung. 1. Abhängigmachung des Versicherungsbeginns von der Einlösung. **a)** Weil, LeipzZ. **09** 848. Der Beginn der Versicherung kann nicht von Prämienzahlung vor oder bei Vertragsschluß abhängig gemacht werden. **b)** Marcus aaO. 20. Die Abrede, daß erst die Zahlung der ersten Prämie und die Aushändigung der Police den Vertrag perfiziere, berührt nur die Wirksamkeit, nicht den Abschluß des Vertrags. **c)** VAPV. **8** 161. Der Eintritt der Leistungspflicht kann von Zahlung der Prämie und auch der Nebenleistungen abhängig gemacht werden. **d)** Vgl. auch oben zu § 1 II 8 (Dresden).

2. Versicherungsfälle zwischen Einlösung und dem Tage des Versicherungsbeginns. **a)** Stöß, VersAnn. **08** 45, billigt eine Entscheidung (AG. u. LG.), worin der Versicherungsanspruch verneint wird für einen Unfall, der nach Einlösung der Police, aber vor dem darin als Beginn der Versicherung bezeichneten Tage eingetreten ist, auch insoweit, als die Unfallsfolgen noch über diesen letzteren Tag hinaus dauern. **b)** Schwarz, VersAnn. **07** 861, hält ebenfalls die Einlösung der Police für unerheblich, wenn ein früherer oder späterer Tag als Beginn der Versicherung in der Police angegeben ist, mag auch darin zugleich die Bestimmung enthalten sein, daß die Verpflichtung der Gesellschaft erst mit Einlösung der Police beginne. Er berichtet über eine entsprechende, nicht näher bezeichnete Entscheidung des KG. **c)** DVersZ. **3** 174, KGBl. **07** 118 (KG.). Wenn eine Police einen Anfangstag benennt, zugleich aber bestimmt, daß vor Einlösung der Police für die Gesellschaft eine Leistungspflicht nicht besteht, so hat die Gesellschaft doch für Schadensfälle aufzukommen, die zwischen dem benannten Anfangstag und dem Tage der späteren Einlösung liegen. **d)** VAPV. (Anh.) **8** 36 (KG.). Wenn bestimmt ist, daß die Entschädigungspflicht des Viehversicherers 8 Tage nach Einlösung des Versicherungsscheins beginne, so genießt auch derjenige Versicherungsfall Versicherungsschutz, dessen Ursache bereits in der Zeit vor Ablauf der 8 Tage vorhanden war. **e)** VAPV. (Anh.) **8** 21 (Breslau). Die Bestimmung, daß die Entschädigungspflicht der Gesellschaft in Ermangelung anderer Vereinbarungen erst mit

Einlösung der Police beginne, hat den Sinn, daß Unfälle, die vor der Einlösung erfolgen, nicht zur Entschädigung berechtigen. **f)** Über Schäden zwischen Antragstellung und Annahme des Antrags s. oben zu § 4 II 4. **g)** Über den Beginn der Versicherung s. zu § 7.

III. Arten der Prämienzahlung. 1. Verlagsweise Zahlung durch Agenten. Worms, ZVersWiss. **09** 535. Die Zahlung gilt als erfolgt, wenn der Agent sie verlagsweise besorgt oder sie als erfolgt der Gesellschaft angezeigt und sie mit ihr verrechnet hat, selbst wenn Zahlung tatsächlich nicht erfolgt war.

2. Ratenvereinbarung mit Agenten. **RG.** LeipzZ. **08** 867, WarnE. **08** 390, WVersZ. **42** 2194, VersRdsch. **09** 227, R. **08** Ziff. 3901. Wenn Prämienratenzahlungen einer besonderen Übereinkunft mit der Direktion der Gesellschaft bedürfen, so ist ein Agent oder Generalagent zu einer solchen Vereinbarung nicht ermächtigt.

3. Aufrechnung. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 867, WarnE. **08** 390, WVersZ. **42** 2194, VersRdsch. **09** 227, R. **08** Ziff. 3904. Prämienzahlung durch Aufrechnung ist mangels entgegenstehender Vereinbarung zulässig. Sind aber mit der nicht fristgemäßen Prämienzahlung Nachteile verknüpft, so muß die Aufrechnungserklärung vor Fristablauf erfolgen. Die Rückwirkung des § 380 BGB. kommt nicht in Betracht. Die Aufrechnung muß einem legitimierten Vertreter gegenüber erfolgen. Nicht ohne weiteres empfangsberechtigt ist ein Agent oder ein Generalagent, auch wenn er Inkassovollmacht hat. **b)** Vgl. auch JDR. **5** 1113 (§ 26 Ziff. 1).

4. Zurückbehaltungsrecht. VAPV. (Anh.) **7** 42 (Frankfurt). Bei VVaG. hat die Prämie die Natur eines Vorschusses. Sie stellt daher eine Vorleistung dar und es ist deshalb (und nach dem Inhalte der Versicherungsbedingungen) die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen geltend gemachter Entschädigungsansprüche ausgeschlossen. Daher hat in concreto die nach dem Versicherungsfall unterbliebene Prämienzahlung den Versicherungsanspruch verwirkt.

5. Wechsel. VAPV. (Anh.) **8** 100 (KG.). Zahlung der Prämie durch einen Wechsel ist ungewöhnlich. Der Agent, auf den wegen seiner Reisetätigkeit nach § 16 VAG. die §§ 87, 55, 54, HGB. Anwendung finden, ist daher mangels besonderer Vollmacht zur Annahme eines Wechsels an Zahlungsstatt nicht ermächtigt. Wird daher ein Wechsel ohne solche Vollmacht gegeben, so wirkt die Hingabe als Zahlung erst mit der Genehmigung durch die Gesellschaft (wie des Subdirektors ꝛc.). Erst von dieser Genehmigung ab ist die Police i. S. der Bedingungen, wonach 8 Tage nach Einlösung die Entschädigungspflicht beginnt, als eingelöst zu betrachten.

6. Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. VAPV. (Anh.) **7** 93 (KG.). Wenn der Versicherte auf das ihn verurteilende Erkenntnis hin zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung die zur Einlösung der Police erforderliche Summe an die Gesellschaft zahlt, gleichzeitig aber gegen jenes Urteil unter Bestreiten des Bestandes der Versicherung Berufung einlegt, so gilt, wenn später die Berufung zurückgewiesen wird, mit jener Zahlung die Police als eingelöst und damit die Versicherung als begonnen.

§ 39. I. Zahlungsfrist. 1. Beginn. **a)** *Könige, LeipzZ. **08** 421. Die §§ 39, 42 geben keine Vorschrift über den Beginn der Nachfrist; sie bestimmen also nicht, ob die Frist ihren Lauf mit dem Zugehen der Erklärung des Versicherers oder schon mit Aufgabe zur Post nimmt. Darüber bestimmt § 130 BGB., daß das Zugehen entscheidet; aber die Parteien können das Gegenteil vereinbaren. Der § 10 VVG. steht nicht entgegen. Das Aufsichtsamt will trotzdem das Zugehen als zwingende Vorschrift vorschreiben. Gegen ein solches Gebot in seiner Allgemeinheit sprechen die Interessen des Versicherers wie der Versicherten, das beweisen auch die Gesetzgebungen des Auslandes. **b)** Vgl. auch zu § 7 I 3 VAG.

2. Respektsfrist. Gerhard, ZVersWiss. **07** 290. Eine etwaige vereinbarte Respektsfrist ist in die Frist des § 39 VVG. nicht einzurechnen.

3. Form der Mahnung. VAPV. (Anh.) **7** 5 (KG.). Wenn Mahnung mittels eingeschriebenen Briefes zwecks Inlaufsetzung der mit Verwirkungsfolgen verknüpften Zahlungsfrist vorgeschrieben ist, so liegt Mahnung nicht vor, wenn der eingeschriebene Brief zurückgeht, weil ohne Verschulden des Versicherten postalisch empfangsberechtigte Personen beim Versicherten nicht angetroffen waren. Auch wird die Mahnung mittels eingeschriebenen Briefes nicht durch Zahlungsbefehlszustellung ersetzt, die durch Niederlegung beim Gemeindevorsteher erfolgt. Mit Rücksicht auf die tiefeingreifenden Wirkungen der Säumnis ist vielmehr zu verlangen, daß allenthalben die vorgeschriebene Mahnung wirklich zur Kenntnis des Versicherungsnehmers gelangt ist; fingierte Benachrichtigungen genügen daher nicht.

II. Duldung verspäteter Zahlungen. 1. **RG.** DVersZ. **4** 192 ff. Auch bei fortdauernder Übung verspäteter Zahlung bleibt die Bestimmung bestehen, daß bei nicht rechtzeitiger Zahlung die Versicherung bis zur weiteren Zahlung als außer Kraft getreten zu gelten hat. Das Urteil des **RG.** DVersZ. **1** 120, betrifft einen anderen Fall, weil dort durch den Zahlungsverzug nicht nur Ruhen der Versicherung, sondern ein völliges Erlöschen des Versicherungsvertrags, also auch des Anspruchs des Versicherers auf die Prämienzahlungen eintrat, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft.

2. **RG.** ZVersWes. **09** 28, WVersZ. **43** 113, WarnE. **08** 474, VAPV. (Anh.) **7** 88, R. **08** 551. Der Umstand, daß der Versicherer früher die verspätet erfolgten Zahlungen anstandslos angenommen hatte, ist rechtlich von verschiedener Erheblichkeit, je nachdem an den Zahlungsverzug das Erlöschen der Versicherung oder nur deren einstweiliges Ruhen bis zur Zahlung der rückständig gelassenen Prämie vertragsmäßig geknüpft ist. Im ersteren Falle (JW. **05** 403) zeigt das frühere Verhalten der Gesellschaft, daß sie von der Verwirkungsklausel keinen Gebrauch machen wolle. Im anderen Falle ist aber die Gesellschaft nicht gehindert, sich darauf zu berufen, daß zur Zeit des Schadensfalls die Versicherung einstweilen außer Kraft gesetzt gewesen sei.

3. **RG.** WVersZ. **44** 513. Wenn trotz der Vorschrift, daß bei nicht innerhalb der Nachfrist erfolgender Zahlung die Versicherung erlöschen solle, vom Prokuristen der Gesellschaft Abholung der Prämie zugesagt und diese Zusage auch nach Ablauf der Nachfrist auf telephonische Mahnung des Versicherten wiederholt worden ist und wenn dann auch der Kassenbote versprochen hat, wiederzukommen, so ist zu prüfen, ob die Gesellschaft, wenn sie trotz alledem Erlöschen behauptet, nicht gegen Treu und Glauben verstößt.— Die Annahme rückständiger Prämien nach eingetretenem Versicherungsfall und nach Ablauf der Nachfrist wird aber nur dann als Verzicht auf jenen Einwand (pactum de non excipiendo) aufgefaßt werden können, wenn die Gesellschaft bei Zahlung vom Versicherungsfalle Kenntnis hatte. Unter der gleichen Voraussetzung kann ein solcher Verzicht in der Erklärung gefunden werden, daß die Zahlung erfolgen werde, wenn die erforderlichen Sterbepapiere eingereicht würden.

4. VAPV. (Anh.) **7** 66 (KG.). Verzicht auf Verwirkung infolge nicht rechtzeitiger Prämienzahlung ist anzunehmen, wenn die Gesellschaft erst 6 Wochen nach Fälligkeit um Zahlung mahnt und dann nach Ablauf der Respektfrist nicht, wie die Bedingungen es vorsehen, mitteilt, daß die Versicherung erloschen sei, sondern einfach nachmals um Einsendung der Prämie ersucht.

5. DVersZ. **4** 16, VAPV. (Anh.) **7** 7 (Colmar). Wenn unter stillschweigender Duldung der Direktion der Generalagent fortgesetzt die Prämie erst 2—4 Wochen nach Ablauf der Respektfrist angenommen hat, so läßt dieses Verhalten nach Treu und Glauben nur den Schluß zu, daß zufolge beiderseitiger Übereinstimmung die Zahlung der Prämie vom Eingang der entsprechenden Aufforderung des General-

agenten abhängig sein solle und daß sie noch alsbald hierauf, wenn auch erheblich nach Ablauf der Respektfrist erfolgen konnte, ohne daß für die Zwischenzeit ein Ruhen der Versicherung eintrat (vgl. **RG.** JW. **05** 403).

6. Über Annahme verspäteter Zahlung durch den Generalbevollmächtigten der Gesellschaft s. auch JDR. **5** 1139.

III. Teilverzug. VAPV. (Anh.) 8 61 (Hamm). Mangels genügender Klarheit der diesbezüglichen Bestimmungen wird verneint, dav die Viehversicherung bezüglich aller, auf mehrere Policen versicherter Tiere ruht, wenn Prämienverzug nur hinsichtlich einer Police eintritt.

IV. Benachrichtigung von der Nichtzahlung. 1. **RG.** Bay. RpflZ. **08** 378, VAPV. (Anh.) **7** 77, VersAnn. **08** 693, R. **08** 507. Die Versicherungsgesellschaft wird demjenigen, dem der Versicherte mit ihrer Zustimmung die Rechte aus der Police verpfändet hat, nicht schon dadurch schadensersatzpflichtig, daß sie den Pfandgläubiger nicht von dem Prämienrückstande des Versicherten und dem infolgedessen vertragsmäßig drohenden (später eingetretenen) Erlöschen des verpfändeten Versicherungsanspruchs benachrichtigt.

2. Vgl. zu § 103 Ziff. 1.

V. Wegen der Frage des Verschuldens s. zu § 38 I.

VI. Zu §§ 38, 39 vgl. auch Unfried, ZVersWiss. **9** 296 ff.

§ 40. Seuffert, LeipzZ. **09** 99. § 40 Abs. 3 VVG. gilt auch für diejenigen Versicherungen, auf die § 13 Satz 1 VVG. nicht zutrifft, die vielmehr durch die Konkurseröffnung erlöschen.

§ 42. S. oben zu § 39 I 1 a.

Vierter Titel. Versicherungsagenten.

Vorbemerkung zu §§ 43 ff.: Der Versicherungsagent mit seinen Verzweigungen, den Generalagenten und (Reichs- bzw. Landes-)Hauptbevollmächtigten einerseits und den Inspektoren andererseits, ist von jeher in den verschiedensten rechtlichen Gestaltungen rechtlich interessant erschienen, besonders auf dem Gebiete des Privatrechts. Hier hat seine Stellung zur Gesellschaft und andererseits zum Versicherungsnehmer mannigfache Zweifelsfragen gezeitigt, die in einer Reihe auch künftig wertvoller Urteile sich widerspiegeln. Leider fehlt noch eine Monographie, die das ganze Gebiet erschöpfend behandelt, eine dankbare, aber nicht einfache Aufgabe.

Literatur: Depène, Der Dienstvertrag der Versicherungsbeamten und die guten Sitten, GewG. **13** 30. — Immerwahr, Der Versicherungsantrag und die Versicherungsagenten, GesuR. **09** 60 ff. — Levetzow, Die Frage der Kostengarantie in Versicherungsprozessen, LeipzZ. **09** 381 ff. — Rohrbeck, Die Vertretereigenschaft des Vermittelungsagenten im Versicherungsgewerbe. Wien 1908.

Vor §§ 43 ff. I. Dienstverhältnis des Agenten. 1. Über Pflichtpensumverträge s. JDR. **5** 1131.

2. Verträge mit Provisionsgarantie. a) Für die Zulässigkeit der Abmachung, daß die Provisionsgarantie im Falle der Kündigung wegfallen soll: α. Depène, GewG. **13** 30. Nicht gegen § 138 BGB. verstößt die Bestimmung der Dienstverträge, daß der Angestellte von der Zeit ab, zu der er gekündigt hat, nur noch die wirklich verdienten Provisionen, aber nicht mehr die monatliche Garantiesumme erhalten soll. β. Ebenso PraxPrV. **1** 172 (KfmG. Berlin). γ. Ebenso VAPV. (Anh.) **6** 87 (KfmG. Berlin). b) Gegen die Zulässigkeit dieser Abrede, weil gegen § 138 BGB. verstoßend, α. VAPV. (Anh.) **6** 85 (LG. Danzig). β. VAPV. (Anh.) 8 84 (KfmG. Frankfurt a. M.). γ. Ebenso tritt für die Nichtigkeit der Abkommen, daß nach erfolgter Kündigung der Provisionsangestellte die garantierte monatliche Mindestsumme nicht mehr beziehen soll, der Antrag von Mitgliedern

der deutsch-nat. Beisitzerschaft des Kaufmannsgerichts von Groß-Berlin ein (vgl. Jahrb. des KfmG. Berlin **2** (1910) 388 ff.).

3. Provision, Inkasso, Regulierung. **a)** PraxPrV. **2** 179 (Nürnberg). Der Agent, der den ursprünglichen Vertrag vermittelt hatte, kann Provision nicht verlangen, wenn der alte Vertrag nicht schlechthin verlängert wird, sondern neue Abmachungen ohne Mitwirkung des Agenten getroffen werden. — Die Gesellschaft hat keine Verpflichtung, den Gelegenheitsagenten zu den Verhandlungen über Erneuerung des alten Vertrags hinzuzuziehen. **b)** VersAnn. **08** 25. Die HK. Berlin hat festgestellt, daß kein allgemeiner Handelsbrauch besteht, daß in der Lebens-, Unfall-, Haftpflicht- und Volksversicherung die Tätigkeit der Unteragenten bei Schadensregulierung als durch die Inkassoprovision abgegolten anzusehen sei. **c)** Korr. d. Ält. **08** 202. Es besteht kein Handelsbrauch, daß ein Vermittler von Versicherungsgeschäften, dem direkter Verkehr zugesichert ist, für die Dauer der laufenden Versicherungen befugt wäre, selbst zu kassieren und zu regulieren. Auf jeden Fall fällt dieses Recht weg mit dem Wegfalle der Geschäftsverbindung zwischen Vermittler und Gesellschaft. **d)** Ebendort. Es besteht kein feststehender Handelsbrauch, daß eine mit Abschluß oder Vermittlung von Fracht- und Kasko-Versicherungen beauftragte Person die eingegangenen Versicherungsgelder sofort und unter Abzug der Provision bar und ohne Aufrechnungsbefugnis an die Gesellschaft abzuliefern habe.

II. Stellung des Generalagenten. 1. Zweigniederlassung? **a)** VersAnn. **09** 94 ff., 109 ff., ZVersWes. **09** 73, DVersZ. **5** 94 ff., 109 ff. (KG.). Generalagentur einer Versicherungsaktiengesellschaft ist keine Zweigniederlassung i. S. des HGB. (entgegen der Auffassung der Handelskammer Hannover). **b)** Vgl. JDR. **5** 1087.

2. Handelsagent oder Handlungsgehilfe? **a)** PraxPrV. **1** 174 (KG.). Ob der Generalagent selbständiger Handelsagent und damit firmenpflichtig oder ob er nur unselbständiger Handlungsgehilfe ist, ist nach Maßgabe der betreffenden Verträge zu beurteilen. **b)** VAPV. (Anh.) **8** 102 (PrOVG.). Beitragspflicht der Feuerversicherungsgesellschaft zur Handelskammer im Bezirke der Generalagentur wird bejaht, weil ihr Generalagent nach Maßgabe des zwischen ihm und der Gesellschaft geschlossenen Vertrags nur als Beamter, nicht aber als selbständiger Handelsagent anzusehen sei.

3. Prozessuale Stellung. **a)** **RG.** R. **08** 542. Die Policenbestimmung, daß Klagen auch bei dem Gericht am Sitze der Generalagentur erhoben werden dürfen, legitimiert den Generalagenten nicht zum Zustellungsempfange nach § 173 ZPO. (soweit er nicht Hauptbevollmächtigter i. S. von § 36 PrVAG. ist). **b)** Bay. RpflZ. **08** 250, SeuffA. **63** 227 (Zweibrücken). Generalagent kann als Generalbevollmächtigter der Gesellschaft jedenfalls insoweit, als deren Angelegenheiten das Gebiet des Zivilprozesses berühren, vertretungsbefugt und demzufolge als Zustellungsempfänger (§ 173 ZPO.) auch dann anzusehen sein, wenn die Vollmachtsurkunde die Empfangnahme von Zustellungen von Pfändungsbeschlüssen nicht ausdrücklich erwähnt. **c)** LeipzZ. **07** 676, R. **07** 907 (vgl. auch 714) (Colmar). Daraus, daß nach dem Versicherungsvertrage Streitigkeiten vor das für den Sitz der Generalagentur zuständige Gericht gebracht werden können, folgt nicht, daß auch die Zustellung der Klage gegen die Gesellschaft an den Generalagenten erfolgen dürfe. **d)** LeipzZ. **07** 676, R. **07** 714 (vgl. 907) (Colmar). Eine Entschädigungsklage eines Versicherten gegen die Gesellschaft, die ihren Sitz im Auslande hat, kann ihrem im Inlande wohnenden Generalagenten nicht wirksam zugestellt werden, wenn er weder Generalbevollmächtigter der Gesellschaft, noch von ihr im voraus zu ihrer Verteidigung gegen die Klage ermächtigt worden ist. **e)** Im übrigen vgl. zu § 48.

4. Konkurrenzklausel. PraxPrV. **2** 187 (Celle). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Generalagent, dem seine Gesellschaft gekündigt hatte,

Listen über die Versicherten, die er sich zusammengestellt hat, benutzt, um diese Kunden zu veranlassen, ihre Verträge zu kündigen und neue Verträge mit der Gesellschaft zu schließen, die der Generalagent jetzt vertritt. Gegen dieses Vorgehen des Generalagenten ist seine frühere Gesellschaft nur dann geschützt, wenn sie eine entsprechende Konkurrenzklausel mit dem Generalagenten vereinbart hatte.

5. Haftung für Mißbrauch von Stempeln und Formularen. WVersZ. **42** 1330, R. **08** Ziff. 970 (Frankfurt). Keine Verpflichtung des Versicherungsgeneralagenten, Policenformulare und Stempel zwecks Mißbrauchsverhütung vor den Angestellten zu verschließen. Keine Haftung des Generalagenten und der Gesellschaft für Schäden, die Bureauangestellte mit Hilfe der Formulare und Stempel Dritten zufügen.

III. Kostengarantie. Levetzow, LeipzZ. **09** 381 ff. Die für den Fall, daß der Versicherte die Prämien oder die für den Fall unterbliebener ärztlicher Untersuchung vereinbarte Vertragsstrafe nicht zahlt und daher Prozesse nötig werden, von einem Agenten übernommene Kostengarantie ist nur dahin zu verstehen, daß der Agent die Kosten dann zu ersetzen hat, wenn diese von dem unterliegenden Versicherungsnehmer nicht erlangt werden können oder die Klage infolge inkorrekten Versicherungsantrags abgewiesen wird.

IV. Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. Wegen der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Klagen der Angestellten von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit vgl. zu § 16 VAG.

V. Über den Hauptbevollmächtigten s. JDR. **5** 1139 (Handelsagent oder Handlungsgehilfe?) und 1140 (Zweigniederlassung?).

VI. Über Agenten s. auch JDR. **5** 1087.

§ 43. Ziff. 1. Mitwirkung beim Vertragsabschlusse. I. Antragsausfüllung. 1. Immerwahr aaO. Schreibt der Agent den Antrag selbst, so ist der Versicherungsnehmer bei unrichtigen Antworten haftbar, wenn er den Antrag nicht durchliest oder bei Lesensunkunde ihn sich nicht vorlesen läßt, es sei denn, daß es sich um Verhältnisse handelt, über die der Agent ebensogut wie er selbst Auskunft geben kann. — Der Versicherte kann sich den nachteiligen Folgen unrichtiger Antworten dann nicht entziehen, wenn die Person, die mitgewirkt hat, nicht wirklicher Agent, sondern nur Gelegenheitsvermittler war.

2. Wegen der Ausfüllung des Antrags durch Agenten s. auch oben zu § 16 I 2 u. 4.

3. Wegen der Bedeutung der Entgegennahme des Antrags durch den Agenten (§§ 145 ff. BGB. und § 81 VVG.) s. zu § 1 II 6.

II. Bedingungsauslegung. Mündliche Zusagen. 1. Immerwahr aaO. Bei einigermaßen begründeten Zweifeln über Sinn und Tragweite von Antragsfragen, Bedingungen usw. darf der Versicherungsnehmer dem (nicht arglistig handelnden) Agenten trauen.

2. Marcus, Privatversicherung 32/33. Keine Vertragshaftung des Versicherers für die von den Agenten bei Gelegenheit der den Vertrag vorbereitenden Verhandlungen gemachten arglistigen oder fahrlässigen Angaben. Nur §§ 831 und 123 BGB. sind anwendbar (vgl. übrigens **RG. 61** 211—214).

3. **RG.** LeipzZ. **09** 945, VAPV. (Anh.) 8 96, VersAnn. **09** 631, WVersZ. **43** 1961. Zur Klarstellung des Sinnes der Vertragsbedingungen ist der Agent berufen, und er kann ohne weiteres und mit bindender Wirkung für die Gesellschaft diese klarstellenden Erklärungen abgeben (vgl. **RG. 46** 184 ff.). Das trifft zu, wenn der Agent erklärt hat, daß in die vom Versicherten „als Eigentümer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs" genommene Haftpflichtversicherung einige wenige Gelegenheitsfuhren miteingeschlossen seien.

4. VAPV. (Anh.) **7** 47 (KG.). Wenn ein Agent verspricht, die Gesellschaft werde auf die Police ein Darlehen gewähren und wenn der Versicherungsantrag nur unter der Bedingung der Darlehnsgewährung gestellt wird, so ist die Gesellschaft an diese Bedingung auch dann gebunden, wenn sie nicht schriftlich niedergelegt ist und wenn ihr der Agent keine Mitteilung gemacht hat. Wollte sie bei Annahme des Antrags jene Bedingung nicht, dann lag Dissens vor, da ein einheitlicher Antrag anzunehmen ist. — Es muß die Gesellschaft den Antrag so gelten lassen, wie er ihrem Agenten gegenüber gemacht war. Der Agent handelte im Rahmen seines Auftrags, wenn er auch zu Abreden der gedachten Art keine Ermächtigung hatte.

5. VAPV. (Anh.) **8** 87 (KG.). Keine Haftung der Versicherungsgesellschaft nach § 31 oder § 831 BGB. für Zusagen des Agenten, die im Widerspruche mit den üblichen Geschäftsbedingungen stehen und in der Police nicht bestätigt wurden (Anspruch auf Rückzahlung der Prämien nach dreijähriger Versicherung). Denn insoweit handelt der Agent nicht *in Ausführung* der ihm übertragenen Verrichtung (Sammlung von Versicherungsanträgen nach Maßgabe der Formularbedingungen), sondern nur *bei Gelegenheit* dieser Verrichtung.

6. Vgl. auch oben zu § 1 III 2 b (Zustandekommen des Vertrags *mit* Buchführungsklausel durch Verschulden des Agenten).

7. Wegen *mündlicher Abreden überhaupt* s. oben zu § 3 I.

8. Wegen *falscher Belehrung* s. auch oben zu § 6 XIII, § 12 III 5, § 17 II 3 und sonst mehrfach.

III. *Betrügerisches Handeln.* 1. *Für Anwendbarkeit von § 123 Abs. 1 BGB.* a) *Immerwahr*, GesuR. **09** 60 ff. Der Agent ist *nicht Vertreter* der Gesellschaft. Dennoch ist Betrugsanfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB. zulässig. Die Gesellschaft haftet, weil der Agent *Vertrauensmann* ist. **b)** OLG. **17** 45, SeuffA. **63** 449, VAPV. (Anh.) **8** 40 (Cassel). Betrugsanfechtung eines Viehversicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung durch Agenten über den Umfang der Versicherung (Einschluß auch „kleiner Krankheiten") ist zulässig. Der Agent ist nicht Dritter (§ 123 Abs. 2 BGB.), sondern Vertrauensmann, Interessenvertreter der Gesellschaft. Diese muß seinen Betrug gegen sich gelten lassen (JW. **04** 332). Unerheblich, daß der Versicherte im Vertrag erklärt, er unterwerfe sich den allgemeinen Bedingungen. Unerheblich, daß der Agent nach den allgemeinen Bedingungen von diesen abweichende Vereinbarungen nicht treffen kann. Fahrlässiges Handeln des Versicherten ist rechtlich nicht erheblich (**RG.** R. **04** Ziff. 2583. **c)** VAPV. (Anh.) **7** 47 (KG.). Soweit der Agent den Versicherten arglistig täuscht, muß die Gesellschaft sein Verhalten gegen sich gelten lassen, wie wenn er ihr Vertreter wäre. Denn der Agent ist kein Dritter i. S. von § 123 BGB., sondern Vertrauensmann, Interessenvertreter der Gesellschaft (**RG.** JW. **04** 232). **d)** Ebenso OLG. Hamm s. oben zu § 11 II 1 b.

2. *Für Anwendbarkeit von § 123 Abs. 2 BGB.* SeuffA. **63** 19 (Hamburg). Die Gesellschaft ist nicht für Erklärungen verantwortlich, die der Agent in offenbarem Widerspruche mit den dem anderen Teile bekannt gegebenen klaren Versicherungsbedingungen abgibt. Der Agent ist im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB. im Verhältnisse zur Gesellschaft als Dritter anzusehen.

3. *Kennen und Kennenmüssen des Versicherungsnehmers.* a) LeipzZ. **07** 844, DVersZ. **3** 176 (Hamburg). Die Gesellschaft muß arglistige Täuschung ihres Agenten selbst dann gegen sich gelten lassen, wenn der Versicherungsnehmer die Bedingungen kennen mußte oder kannte (Angabe des Agenten, daß Nachprämien nicht erhoben würden). **b)** Ebenso LeipzZ. **07** 683 (LG. Leipzig). **c)** VAPV. (Anh.) **7** 67, R. **08** Ziff. 1286 (Hamburg). Anfechtbarkeit wegen angeblicher Täuschung durch den Agenten verneint, weil der Antragsinhalt augenfällig die Unrichtigkeit der Agentenangaben für den Versicherten ergab.

4. LeipzZ. **09** 412 ff. (LG. Neiße). Für die Anfechtbarkeit (§§ 123, 119 BGB.) eines Versicherungsvertrags ist es als unerheblich anzusehen, daß dem Versicherten nichts von dem für den Fall der Unterlassung der ärztlichen Untersuchung im Antrage vorgesehenen Reugelde gesagt war und daß die Agenten ihm wahrheitswidrig erklärt haben, sein Freund — von dessen Entschluß er den seinen abhängig machen wollte — habe schon den Vertrag abgeschlossen.

5. Wegen Irrtumsanfechtung infolge täuschenden Verhaltens des Agenten s. auch DVersZ. **2** 315 (Stuttgart).

IV. Wegen der Ermächtigung der Agenten zum Abschlusse der in den Versicherungsanträgen enthaltenen Strafvereinbarungen vgl. oben zu § 1 II 8 l (Kiel); s. auch oben zu III 4.

V. Über die Zeit des Zustandekommens des Vertrags bei Mitwirkung der Agenten s. oben zu § 1 II 5.

VI. Marcus, Privatversicherung 32, verweist auf die bisherigen Entscheidungen des **ROHG. 6** 422, **7** 371, 423, **8** 55, **9** 380, **16** 104, **17** 20 und **RG. 10** 195, **22** 201—207, **39** 177, 297, **46** 184 ff., sämtlich die Rechtsstellung der Agenten betreffend.

Ziff. 2. Entgegennahme von Erklärungen. I. Irrtumsanfechtung gegenüber dem Agenten. VersAnn. **08** 110, SeuffBl. **08** 254 (Hamburg). Der Versicherte kann die Irrtumsanfechtung dem Agenten gegenüber auch dann erklären, wenn dieser zur Entgegennahme nicht ermächtigt ist. Er dient dann als Bote und die Erklärung ihm gegenüber gilt als Absendung i. S. von § 121 Satz 2 BGB.

II. Schadensanzeige durch Agenten. WVersZ. **42** 161 (Marienwerder). Säumnis des vom Unfallversicherten mit der Schadensanzeige beauftragten Agenten der Gesellschaft hat der Versicherte zu vertreten. Der Agent ist insoweit nur Vertreter oder Bote des Versicherten. Diesen trifft eigenes Verschulden, wenn er es an der nötigen Kontrolle fehlen läßt (vgl. **RG. 50** 295).

III. Belehrung durch Agenten usw. s. oben zu § 43 Ziff. 1 II.

Ziff. 3. Policenaushändigung. Wegen der Tätigkeit der Agenten bei Aushändigung der Police (und beim Inkasso) s. zu §§ 38, 39.

Ziff. 4. Inkasso. 1. Wegen Ermächtigung, Wechsel als Prämienzahlung anzunehmen, s. oben zu § 38.

2. Wegen der Ermächtigung des Agenten zur Entgegennahme von Aufrechnungserklärungen gegenüber der Prämienforderung s. oben zu § 38 III 3.

3. Wegen der Frage der Ermächtigung des Agenten zum Verzicht auf das Recht auf Abtretung der Regreßansprüche s. zu § 67 II 2 c.

§ 44. Vgl. zu § 76 I 2.

§ 47. Wegen Zulassung abweichender Bedingungen vgl. VAPV. **8** 156.

§ 48. 1. Hallbauer, R. **08** 727 ff. Der Agentengerichtsstand gilt auch für bei Inkrafttreten des VVG. bestehende Verträge. Er kann durch Vereinbarung (auch nach Versicherungsfall) nicht ausgeschlossen werden, ist aber kein ausschließlicher Gerichtsstand. — Mehrfache Agentengerichtsstände sind möglich (Wechsel von Wohnort und Niederlassung während der Vermittlungs- oder Abschlußtätigkeit; gleichzeitige oder sukzessive Tätigkeit mehrerer Agenten). Kläger: nicht nur der Versicherungsnehmer, sondern auch der Versicherer (§§ 75, 151), der Hypothekarier usw. (§§ 99 ff., 106), Singularsukzessor, Erwerber der versicherten Sachen oder des versicherten Unternehmens. — Beklagter: Versicherer, Schuldübernehmer (§ 414 BGB.), nicht Bürge. — Klagen: alle auf Grund behaupteten Bestehens eines Versicherungsvertrags auf Verurteilung oder Feststellung gerichteten, soweit die Ansprüche durch das Versicherungsverhältnis erzeugt, nicht bloß veranlaßt (zu viel gezahlte Prämie, Vergleich, Policendarlehen) sind.

2. Marcus, Privatversicherung 31. § 48 schafft kein ausschließliches, sondern nur ein nicht ausschließbares Forum.

3. PosMSchr. **08** 142 (Posen). a) Wenn an die Doppelversicherung die Folge geknüpft ist, daß der Versicherte seine Rechte aus dem Vertrage verlieren solle, so bleibt hiervon die im Vertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung unberührt. b) Wenn ein Gerichtsstand für „alle aus dem Versicherungsvertrag entstehenden Streitigkeiten" vereinbart ist, so fällt hierunter auch die condictio einer angeblich zu Unrecht gezahlten Versicherungssumme.

4. Wegen der prozessualen Stellung der Generalagenten s. vor §§ 43 ff. unter II 3.

5. Wegen Zuständigkeitsvereinbarungen bei Versicherung für fremde Rechnung s. zu § 79 Ziff. 2.

6. Wegen der Rückwirkung von § 48 s. zu EGVVG. Art. IV.

Zweiter Abschnitt. Schadensversicherung.

Erster Titel. Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung.

I. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung zu §§ 49—68: Besondere Ausbeute gaben nur §§ 61, 64, 67 u. 68. Hierbei handelt es sich im wesentlichen um die Frage der schuldhaften Verursachung des Versicherungsfalls (§ 61), worüber Josef und Georgii sich eingehend geäußert haben. Das Schiedsgutachten (§§ 64 ff.) ist von jeher Gegenstand mannigfacher Entscheidungen gewesen, die zum Teil zu der ähnlichen Vorschrift des § 184 Aufnahme gefunden haben. Grundfragen des ganzen Versicherungsrechts, die sich auf das Versicherungsinteresse beziehen, sind von verschiedenen Seiten zu § 68 behandelt, es wird hierzu besonders auf die Aufsätze von Finger und Hagen verwiesen.

Literatur: Körte, Die Voraussetzungen des Schadensversicherungsvertrags. Diss. Berlin 1908. — Im übrigen s. zu den einzelnen Paragraphen.

Vor §§ 50 ff. I. Körte: Schadensversicherungsvertrag ist ein Vertrag, kraft dessen die eine Partei sich gegen Zahlung eines bestimmten Entgelts zu einer Vermögensleistung verpflichtet unter der Voraussetzung, daß der Vertragsgegner durch ein bestimmtes Ereignis einen Vermögensschaden erleiden werde (7), sei es, daß dieser durch einen tatsächlichen Vorgang der Außenwelt eintritt — reine Schadensversicherung — sei es durch rechtliche Vorgänge — Haftpflicht-, Hypotheken-, Insolvenz-, Kreditversicherung — (10). Versicherbares Interesse einer Person an einer Sache ist der Betrag des wirtschaftlichen Wertes der Sache, der rechtlich mit der Person des Interessenten verknüpft ist, d. h. der wirtschaftliche Wert der Rechtsbeziehung der Person zur Sache (12), so daß das Interesse nicht nur eine wirtschaftliche Beziehung (so Ehrenberg, Lehmann, Manes, Hagen, Gierke u. a.), sondern auch eine rechtliche darstellt (13). — Das formale Eigentum im Falle des Versendungskaufes (§ 447 BGB.) ist kein versicherbares Interesse, weil wirtschaftlich die Ware nicht mehr dem Verkäufer gehört — aM. Hagen, ZVersWiss. **07** 23. — Dem Eigentümerinteresse stehen die sog. „Konkurrenzinteressen" anderer dinglich Berechtigten gegenüber. Alle dinglichen Rechte erzeugen solche Konkurrenzinteressen mit Ausnahme der Grunddienstbarkeit (18). Der dinglich Berechtigte tritt in das Eigentümerinteresse bis zu dem Betrage ein, zu dem sein dingliches Recht den Betrag des Gutes erreicht; er kann vom Versicherer fordern, daß der Eigentümer die Versicherungssumme nur unter derselben rechtlichen Belastung erhält; jede Versicherung des Eigentümerinteresses muß ohne weiteres auch die Konkurrenzinteressen umfassen und auch diesen sämtlich zugute kommen (23). — Der obligatorisch Berechtigte hat

kein Konkurrenzinteresse (24), wohl aber ein Quasikonkurrenzinteresse (25). Soweit seine Rechte und Verbindlichkeiten reichen, hat er ein selbständig versicherbares Interesse am Gute; soweit er faktisch einen Vermögensschaden durch den Untergang des Gutes erleidet (sei es auch indirekt), ist er dem Versicherer gegenüber forderungsberechtigt. Hat der Eigentümer versichert, so kann er nach § 281 BGB. entsprechende Abtretung des Versicherungsanspruchs fordern (26).

II. Im übrigen s. wegen des Interesses zu § 68.

§ 50. **RG. 64** 208, VAPV. (Anh.) **6** 30. Wenn bei einer Kreditversicherung bestimmt ist, daß der Versicherer zu einem gewissen Abzuge berechtigt sei, wenn bei der Regulierung die endgültige, dem Versicherten aus dem Konkurse des Schuldners zufallende Quote noch nicht feststehe, so kommt es nicht sowohl darauf an, daß die Sachlage irgendwo und irgendwann geklärt werden kann, als darauf, daß sie den über die Höhe der zu zahlenden Versicherungssumme verhandelnden Beteiligten zur Zeit und am Orte der Verhandlungen erkennbar oder nicht erkennbar ist, daß es also für diese ungewiß ist, ob nicht doch noch eine Konkursdividende zu erwarten sei.

§ 51. Literatur: Krause, Die Überversicherung im Privatversicherungsrechte. Leipz. Diss., Glauchau, Pickenhahn, 1908. — Loewenfeld, Der Sachwert im Versicherungsvertrage, AssekJahrb. **29** 99 ff. — Prange, Die Theorie des Versicherungswerts (in der Feuerversicherung). Teil II. Die Praxis der Versicherungswertermittlung. Jena 1907. — Wiechmann, Die Über- und Doppelversicherung nach VVG. Diss. Göttingen 1908, Huth (s. zu §§ 58 ff.). — Vgl. auch zu § 68 und zu §§ 86 ff.

I. 1. Krause behandelt unter Berücksichtigung der verschiedensten Rechtsgebiete eingehend die juristische Natur und das Wesen der Überversicherung (Versicherungswert, -Interesse, -Summe, Verhältnis von Wert und Interesse zur Summe) sowie das Recht der Überversicherung im einzelnen, hierzu die einfache Überversicherung, die Doppelversicherung, Ristorno, Übersetzung der Taxe bei taxierter Police, die Endemannsche Theorie, sowie die Behandlung der Wettversicherungen.

2. Wiechmann, s. zu §§ 58 ff.

II. 1. Zwingendes Recht. Schneider, BayRpflZ. **08** 327. § 51 Abs. 1 VVG. ist zwingendes Recht.

2. Überversicherung bei Personenversicherung. a) **RG.** LeipzZ. **08** 867, JW. **08** 346/47, VAPV. (Anh.) **7** 52, ZVersWes. **08** 489, WVersZ. **42** 1919, VersRdsch. **09** 57, R. **08** 348, 349. Auf Lebens- und Unfallversicherungen ist der Begriff der Überversicherung nicht anwendbar. Die Höhe der Versicherungssumme steht im freien Belieben des Versicherungsnehmers. Aber möglicherweise liegt in der Verheimlichung weiterer Versicherungen arglistige Täuschung. b) Vgl. das Berufungsurteil in VAPV. (Anh.) **6** 92. c) Vgl. auch zu §§ 58 ff. unter III.

III. Preußisches Recht. 1. R. **07** 786 (KG.). Die Vorschrift des § 1 PrG. v. 7. Februar 1837, wonach kein Gegenstand des Mobiliarvermögens gegen Feuersgefahr höher versichert werden darf, als nach dem gemeinen Werte zur Zeit der Versicherungsnahme, verfolgt den öffentlich-rechtlichen Zweck, Brandstiftungen zu verhüten, ist zwingend und kann durch übereinstimmende Willenserklärung von Versicherer und Versicherten nicht illusorisch gemacht werden.

2. R. **08** 252 (KG.). Überversicherung ist nach preuß. Rechte verboten; § 20 PrG. v. 8. Mai 1837 ist noch in Kraft.

IV. Vgl. zu § 68 besonders wegen des Begriffs des „versicherten Interesses".

V. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

§ 52. DVersZ. **3** 78 ff. (LG. Posen). Unmaßgeblichkeit der Zwangsvergleichsquote im Konkurse des Versicherten für die Feststellung des Wertes

der versicherten Maschinen; die entgegengesetzte Annahme der Sachverständigen bei Schadensschätzung ist belanglos.

§ 53. Gewinnversicherung. 1. LeipzZ. **07** 444, DVersZ. **3** 79 (München). Die deutschrechtliche Verkehrsübung bringt es nach §§ 157, 242 BGB. mit sich, daß der seine Sache versichernde Eigentümer nur sein unmittelbares Eigentümerinteresse hieran und nicht auch sein Unternehmerinteresse versichert. Es ist also nur der allgemeine Sachwert zu ersetzen und nicht auch der Entgang des Gewinns, den er mit der Sache hätte erzielen können, ebensowenig auch der sonstige Schaden, den er außer Zerstörung und Beschädigung der Sache erleidet. Dies gilt auch für Maschinenversicherung. Die Kosten eines Ersatzbetriebs sind daher (im allgemeinen) nicht zu ersetzen.

2. Körte. Nach § 53 VVG. ist eine selbständige Versicherung des Gewinninteresses nicht zulässig, vielmehr kann sie nur neben der des Sachschadens erfolgen (29). — Der Gewinn kann versicherungsrechtlich nur dann berücksichtigt werden, wenn zwischen dem den Gewinn entsprechenden wirtschaftlichen Werte und dem Rechtssubjekte eine Rechtsbeziehung bestand, vermöge deren der Gewinn dem Subjekte zufallen mußte.

3. Vgl. auch zu § 89.

§ 54. Literatur: Könige, Ist die Kollektivversicherung einheitlicher Vertrag oder besteht sie aus einer Reihe selbständiger Versicherungsverträge? LeipzZ. **07** 136 ff.

I. Kollektiv- (Komplex-) Versicherung. Könige, LeipzZ. **07** 136 ff. gegen **RG.** (Straff.) **37** 357. Die Kollektivversicherung (Versicherung einzelner Stücke zu einem abgesonderten Gesamtbetrag oder für eine einheitliche Summe) ist ein einheitlicher Vertrag und besteht nicht aus einer Reihe selbständiger Versicherungsverträge, mag der einheitlich abgeschlossene Vertrag einzelne oder mehrere Sachen nach Gattungen oder Klassen oder einen Inbegriff von Sachen zum Gegenstande haben. Stets liegt eine juristische Einheit vor, soweit nicht im Einzelfall eine abweichender Wille nachweisbar ist.

II. Einbruch. 1. LeipzZ. **09** 876, SeuffA. **64** 441, VAPV. (Anh.) **8** 104, R. **09** Ziff. 2179 (Hamburg). Die Klausel einer Einbruchsdiebstahlversicherung „Bargeld und Banknoten unter Verschluß bis zu 500 M." umfaßt auch Geld, das dem Versicherten nicht gehört, sondern von ihm als Hausverwalter der Bank, in deren Grundstück er wohnte, einkassiert war. Denn das versicherte Interesse braucht sich nicht mit einem unmittelbaren Rechte des Versicherten (Eigentümer usw.) zu decken, es genügen auch obligatorische Beziehungen, es sei denn, daß das Gegenteil klar vereinbart ist. Überdies mußte die Gesellschaft mit solchem Inkasso rechnen im Hinblick auf die Stellung des Versicherten. Auch hat ihr Agent erklärt gehabt, daß auch das vom Versicherten aufbewahrte Geld der Bank mitversichert sei; letztere Erklärung wirkt gegen die Gesellschaft wie eine Auskunft (SeuffA. **59** 205), auch wenn Agent nicht Vertreter war.

2. DVersZ. **2** 317, VAPV. **5** 128 (KG.). Die Einbruchsversicherung einer Fahrradschlosserei und -handlung (Einrichtung, Utensilien, fertige und in Arbeit befindliche Räder aller Art) muß mangels ausdrücklicher Einschränkung dahin ausgelegt werden, daß auch fremde, in Arbeit befindliche Sachen mitversichert sind, weil Fahrradschlosserei als Reparaturwerkstätte für fremde Fahrräder aufzufassen ist.

3. Viehversicherung. a) Nachversicherungspflicht. α. **RG.** VAPV. (Anh.) **7** 94, VersRdsch. **09** 227, WarnE. **08** 390, LeipzZ. **08** 867, WVersZ. **42** 2194, R. **08** Ziff. 3906. Wenn bei Viehversicherung unter Verwirkungsandrohung die Nachversicherung von weiteren beim Versicherten eingestellten gleichartigen Tieren angeordnet ist, so besteht weder für die Gesellschaft noch für den Versicherten ein Zurückhaltungsrecht. Letzterer kann nicht wegen Ansprüche aus früheren Versicherungsfällen die Nachversicherung, ersterer nicht wegen der nicht erfolgten Nach-

versicherung die Befriedigung der erwachsenen Versicherungsansprüche zurückhalten. ß. VAPV. (Anh.) **6** 61 (LG. Mühlhausen). Nachversicherungspflicht hinsichtlich eines auf Probe gekauften Tieres beginnt mit Ablauf der Probezeit. **b)** R. **09** Ziff. 3223 (Naumburg). Die Bestimmung, daß die Versicherung bezüglich des versicherten Viehbestandes außer Kraft trete, wenn versicherte Tiere mit nichtversicherten gleiche Stallung erhielten, ist nur auf die Tiere zu beschränken, die von einem Verstoße gegen obige Vorschrift getroffen sind.

§ 57. 1. Marcus, Privatversicherung 35. Die bloße Taxierung zum Zwecke der Ermittelung von Prämie und Ersatzsumme stellt noch nicht die Vereinbarung einer Taxe dar.

2. Wiechmann (s. zu §§ 58 ff.). Ist der Versicherungswert taxiert, die Taxe aber nicht für alle Versicherungen vereinbart oder die gleiche, so kann für den einen Versicherer Doppelversicherung vorliegen, für den anderen nicht (20).

§§ 58 ff. Literatur: Moldenhauer, Beiträge zur Lehre von der Doppelversicherung, LeipzZ. **09** 42 ff. — Wiechmann, Die Über- und Doppelversicherung nach VVG. Diss. Göttingen 1908. [W. behandelt in einer Einleitung (9 ff.) den Versicherungswert und das Versicherungsinteresse, sodann (12 ff.) die Überversicherung (die allgemein maßgebenden Gesichtspunkte, die Regelung im HGB. und im VVG.) und endlich (20 ff.) die Doppelversicherung, ihren Begriff, ihre Entstehung und ihre Regelung im VVG.]

I. Vorliegen derselben Gefahr. 1. Moldenhauer, LeipzZ. **09** 42 ff. Verf. führt an zwei Fällen aus, daß es nicht immer leicht sei, festzustellen, ob eine Doppelversicherung vorliegt, und daß selbst bei vorliegender Doppelversicherung geprüft werden muß, ob ausdrückliche oder stillschweigende, lediglich aus der Natur des Vertrags sich ergebende Vereinbarungen über eine Abänderung der gesetzlichen Vorschriften getroffen sind. Demgemäß nimmt er in einem Falle, wo ein Automobil in einer fremden Garage durch Feuer beschädigt wird und wo der Automobil- und der Garagenbesitzer je nur insoweit, als nicht eine anderweite Versicherung eingreife, versichert waren, an, daß keine Doppelversicherung vorliegt, sondern daß nach der Parteiabsicht der Versicherer des Automobilbesitzers haftet, der andere Versicherer aber nur dann und insoweit, als die andere Versicherung unwirksam oder unzulänglich ist. Im anderen Falle, wo drei Versicherer je 100 000 M. des mit 300 000 M. angenommenen Versicherungswerts versichert haben und wo sich herausstellt, daß der Versicherungswert nur 200 000 M. beträgt, entscheidet Verf. dahin, daß ebenfalls keine Doppelversicherung, sondern nur die Vereinbarung einer ratierlichen Haftung unerachtet des Wertes vorliegt.

2. Wiechmann. Die Begriffsbestimmung des § 59 Abs. 1 VVG. setzt als selbstverständlich voraus, daß beide Versicherungen auf dieselbe Zeit genommen sein müssen. Keine Doppelversicherung liegt vor, wenn beide Versicherungen sich in ihrer Gültigkeit ablösen (Verzicht auf die Rechte aus der ersten bei Abschluß der zweiten; Vereinbarung des Erlöschens der ersten bei Abschluß der zweiten) (20). Gleichgültig ist, ob die Versicherungen gleichzeitig oder nacheinander geschlossen werden. Ebenso ist es, wenn nur das versicherte Interesse ganz oder teilweise dasselbe ist, unerheblich, ob die gleichen Personen Versicherungsnehmer sind (21). Doppelversicherung liegt vor, wenn ein Automobil einmal nur gegen Feuer, dann aber auch noch gegen gewisse besondere Betriebsunfälle, darunter auch durch Kurzschluß und Explosion entstandene, versichert ist; vgl. WVersZ. **42** Nr. 25 (22).

3. Gegen die Ausführungen Moldenhauers wendet sich Tarnke, VersAnn. **09** 89 ff., wennschon mehr in der Begründung, als im Ergebnisse. Die von Moldenhauer anscheinend ins Auge gefaßten Entscheidungen (LG. und OLG., beide nicht näher bezeichnet) sind abgedruckt in der WVersZ. **42** 369 ff. Das LG. hatte abgewiesen, das OLG. dagegen verurteilt und ausgeführt, es liege eine

Doppelversicherung nicht vor (Brandschaden am Automobile, der unter die Feuer- und unter die Automobilversicherung fällt).

4. Über die Frage, ob Doppelversicherung vorliegt beim Zusammentreffen von Haftpflicht- und Kasko-Versicherung, vgl. a) **RG.** LeipzZ. **08** 240, WVersZ. **42** 705. **b**) LeipzZ. **07** 149 (Hamburg).

II. Anwendbarkeit auf Haftpflichtversicherung. Unfried, ZVersWiss. **09** 289. § 59 VVG. ist auf Haftpflichtversicherung nicht anwendbar, weil der „Versicherungswert" hier fehlt (aM. Hager-Behrend § 59 Anm. 1).

III. Verschweigen mehrfacher Versicherung. 1. Vgl. zu § 6 XIII 3, § 16 II 1 b und § 51.

2. Wiechmann. Bei Verletzung der Anzeigepflicht ist dem Versicherer hieraus erwachsende Schaden zu ersetzen. Auch stehen dem Versicherer die Rechte aus §§ 16 ff. VVG. dann zu, wenn die in §§ 26 ff. aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. In dem nachträglichen Abschluß einer anderweiten Versicherung als solchen ist aber keine Gefahrerhöhung zu erblicken, sie kann es aber sein, ebenso wie das Bestehen einer weiteren Versicherung ein erheblicher Umstand im Sinne von §§ 16 ff. sein kann. Vertraglich können andere Folgen der Anzeigeverletzung vereinbart werden. Sie dürfen aber nicht im Widerspruche mit § 6 VVG. stehen (28, 29).

IV. Preußisches Recht. VAPV. (Anh.) **6** 99, ZVersWes. **08** 111 (Breslau). Weder aus § 2 PrMobilFeuerversG. v. 8. Mai 1837, noch aus sonstigen Bestimmungen folgt, daß Doppelversicherung ohne weiteres die Nichtigkeit des betreffenden Vertrags bewirkt.

V. Wegen der Rückwirkung von § 59 Abs. 2 und 3 s. EGVVG. Art. IV.

§ 59. 1. Wiechmann. Es ist unrichtig, die Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über die Gesamtschuld auf die Doppelversicherung zu behaupten (36 ff.). Ob § 424 BGB. anwendbar ist, hängt von der konkreten Sachlage ab. Aus § 58 VVG. ist zu schließen, daß die Versicherer verpflichtet sind, einander von geleisteten Zahlungen Mitteilung zu machen (40). Das im VVG. aufgestellte Gesamtschuldverhältnis ist aber dispositiver Natur (49), doch gilt natürlich die abweichende Regelung nur zwischen denen, die sie treffen (52 ff.). — Nicht nach § 77 VVG., sondern nach § 426 BGB. geht bei der Doppelversicherung der entsprechende Anspruch des Versicherten gegen die übrigen Versicherer auf den zahlenden Versicherer über. § 67 meint nur Ansprüche gegen Nichtversicherer, er hat nur wirkliche Schadensersatzansprüche im Auge (43).

2. Krause (43). § 59 Abs. 1 VVG. ist dispositiv. Es kann also im Vertrage vereinbart werden, daß die mehreren Versicherer nur pro rata haften.

3. Im übrigen s. zu §§ 58 ff.

§ 61. Literatur: Georgii, Vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles in guter Absicht. Aufopferung für fremde Interessen, LeipzZ. **07** 538 ff., 777 ff., 883 ff. — Hierzu Schneider, Österreichische Revue. Jahrg. 1907 Nr. 18. — Josef, Die schuldhafte Verursachung des Brandes durch Vertreter des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **07** 483 ff.

I. Vorsatz. 1. Unfried, ZVersWiss. **09** 299. Vorsatz liegt vor, wenn der Versicherte die für das Ereignis ursächliche Handlung in dem Bewußtsein vornahm, daß sie notwendig einen schädigenden Erfolg haben werde (so auch Georgii, LeipzZ. **07** Ziff. 2, Gerhard-Manes § 61 Anm. 2, Schneider 46, Josef § 61 Anm. 2). Nicht richtig ist es (so Hager-Behrend § 152), daß der Vorsatz nur auf Herbeiführung der Tatsache, für die der Versicherte verantwortlich ist, nicht aber darauf gerichtet sein müsse, daß jemand zu Schaden komme (Unfall infolge Nichtstreuens bei Glätte).

2. Georgii, LeipzZ. **07** 538 ff., 777 ff., 883 ff. Schneider verneint die Anwendung von §§ 61, 181 VVG. für die unter dem Drucke eines Notstandes oder einer Amtspflicht vorgenommenen Handlungen und billigt in diesen Fällen den Versicherungsanspruch zu. Georgii tritt dem entgegen. Er definiert den in §§ 61, 181 VVG. erforderten Vorsatz dahin, daß eine besondere Willensrichtung auf diesen Erfolg, d. h. auf den Eintritt des den Schadensfall darstellenden Ereignisses vorliegen müsse, das Bewußtsein, daß die Handlung notwendig den schädlichen Erfolg haben müsse (541). Er scheidet hierdurch eine Anzahl von Fällen, die Schneider anführt, aus, weil dort in Wahrheit nur Fahrlässigkeit vorliege. Im übrigen hält er § 157 BGB. nicht für anwendbar und schließt daher in den anderen Fällen (Kapitän sprengt Schiff und sich in die Luft; einer von 3 Seeleuten im Rettungsboote muß sich ins Meer stürzen) einen Versicherungsanspruch aus, weil der Grund des Selbstmordes unerheblich sei und irgenwelche auslegungsbedürftige Unklarheit der Bestimmungen nicht vorliege (544 ff.). Die Vorschläge Schneiders stellten eine Ausnahmebestimmung gegen die Privatversicherungsanstalten dar. De lege ferenda könnte höchstens ein selbständiger Anspruch gegen den, dem die guten Absichten gelten, gebilligt werden oder aber eine alle Verhältnisse (insbesondere auf die Arbeiterversicherung usw.) gleichmäßig treffende Rechtsnorm (782/783). Für einzelne Fälle weist Verf. dann nach, daß schon de lege lata teils private teils öffentlichrechtliche Ansprüche bestehen bzw. daß de lege ferenda solche zu gewähren seien (883 ff.).

3. Geißler (s. zu § 1). Für die Frage, ob ein minderjähriger Versicherungsnehmer den Versicherungsfall schuldhaft herbeigeführt hat, ist § 828 Abs. 2 BGB. analog anzuwenden (53).

II. Fahrlässigkeit. 1. Unfall. **RG.** R. **08** Ziff. 631, WVersZ. **42** 1300. Auslegung des eigenen groben Verschuldens als „besonders schwere, unverzeihliche Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" (in concreto verneint beim Nichtachtgeben auf Straßenbahnwagen seitens des Unfallversicherten).

2. Einbruch. a) **RG.** LeipzZ. **07** 598, VAPV. (Anh.) **6** 104, DVersZ. **3** 231, WVersZ. **41** 1473. Ein grobes Verschulden des gegen Einbruchsdiebstahl Versicherten ist anzunehmen, wenn er ein wertvolles Schmuckstück in einem verschlossenen, aber nur mit einem gewöhnlichen Schlosse versehenen Damenschreibtische liegen läßt, während er mit seiner Familie auf längere Zeit verreist und die Wohnung nur unter der Aufsicht von Dienstboten zurückläßt, in dieser Zeit auch Handwerker in der Wohnung beschäftigt sind. b) **RG.** LeipzZ. **09** 79, ZVersWes. **08** 568, WVersZ. **43** 241, R. **08** 3907. Kein Anspruch auf Einbruchsdiebstahlentschädigung, weil grobes Verschulden des Versicherten vorliegt und daher bedingungsgemäß Entschädigung ausgeschlossen ist, wenn während einer Reise ein wertvoller Schmuck im verschlossenen Schreibtisch aufbewahrt wird, obwohl Handwerker während dieser Zeit stundenlang unbeobachtet in der Wohnung tätig waren und der Versicherte dies wußte.

3. Im übrigen vgl. die Entscheidungen oben zu § 32.

III. Haftung für Dritte. 1. Josef, LeipzZ. **07** 483 ff. (vgl. hierzu Schneider, JheringsJ. **53** 32/33). Aus dem Rechtswesen des Versicherungsvertrags folgt nicht (aM. **RG. 37** 149, **51** 20, GruchotsBeitr. **47** 991), daß der Versicherer leistungsfrei wird, wenn der Brand von einem Vertreter des Versicherungsnehmers verschuldet ist. Zwar wird der Umfang der vom Versicherer zu tragenden Gefahr durch die Änderung der Besitz- und Obhutsverhältnisse geändert; allein das Weiterbestehen des beim Vertragsschlusse bestehenden Besitz- und Obhutsverhältnisses gilt nicht als stillschweigend ausbedungen, und der Versicherungsnehmer will gerade mitgeschützt sein gegen das Verschulden derer, denen er (z. B. Guts- und Hausverwalter) seine Habe anvertrauen muß. Zudem ist der Begriff eines Vertreters in der Obhut ein völlig unbestimmter und schon hiernach nicht verwertbar. Die

Haftung des Versicherungsnehmers für Verschulden seiner Vertreter läßt sich auch nicht aus § 278 BGB. herleiten, da der Versicherungsnehmer keine „Verbindlichkeit" gegen den Versicherer hat, sich der schuldhaften Verursachung des Brandes zu enthalten. Ist die Habe eines Mündels (Minderjähriger, Entmündigter) versichert, so ist dieser und nicht der Vormund Versicherungsnehmer, so daß der Versicherer nur leistungsfrei ist, wenn der Mündel, nicht aber wenn der Vormund den Brand verursacht. Die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Mündels kommt hier nicht in Betracht, da die Verursachung des Brandes kein Rechtsgeschäft ist, sondern eine Rechtshandlung ist mit der Folge der Verwirkung von Rechten. Diese Verwirkung tritt nach § 276 Abs. 1 Satz 3 BGB. nur in derselben Weise ein wie nach §§ 827, 828 BGB. die Schadensersatzpflicht aus den vom Mündel gegen Dritte begangenen unerlaubten Handlungen. — Gehören die versicherten Sachen zu einer Konkursmasse oder zu einem Nachlaß oder ist das unter Zwangsverwaltung stehende Grundstück versichert, so wird der Versicherer leistungsfrei, wenn der Brand vom Erben, vom Gemeinschuldner, vom schuldnerischen Eigentümer verursacht ist, während das Verschulden der Vertreter (Konkurszwangsverwalter, Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker) nicht in Betracht kommt.

3. **RG.** VersAnn. **07** 769, WVersZ. **42** 374. Wenn von der Versicherung derjenige Einbruch ausgeschlossen ist, der vom Versicherten vorsätzlich oder durch eigene grobe Verschuldung herbeigeführt ist, so ist hierunter nur das e i g e n e Verschulden des Versicherten selbst zu verstehen, worunter aber auch der Fall zu rechnen ist, daß der Versicherte grobfahrlässig Nachlässigkeiten seiner Angestellten verschuldet hat (schlechte Aufbewahrung des Kassenschlüssels, von dem der Einbrecher sich offenbar einen Nachschlüssel hergestellt hat; Herumliegenlassen des Schlüssels in dem vom Geschäfte völlig getrennten Privatkontor ist nicht als grobes Verschulden zu betrachten).

4. **RG. 66** 181 ff., JW. **07** 488, DVersZ. **3** 118/119 ff., VAPV. (Anh.) **7** 27, VersRdsch. **07** 289, VersAnn. **08** 29, **07** 630, ZVersWes. **07** 367, WVersZ. **41** 1905. Der Versicherungsanspruch einer versicherten Aktiengesellschaft ist verwirkt, wenn auch nur ihr sie vertretender D i r e k t o r gegen die Vertragsbestimmungen verstößt, wenn e r den Brand angelegt, böswillig Rettung unterlassen und Belege, Beweise und Verzeichnisse nicht beigebracht hat.

5. VAPV. (Anh.) **7** 60, DVersZ. **4** 59 (KG.). Ein (vertretungsberechtigter) offener H a n d e l s g e s e l l s c h a f t e r hatte der bedingungsgemäßen Verpflichtung zur Rettung und Sicherung bei Brandfällen zuwidergehandelt und noch versucht, die Feuerschäden zu vermehren. Die Klage auf die Versicherungssumme wurde abgewiesen, weil die Gesellschaft das Verhalten gegen sich gelten lassen müsse. Denn dieser habe in Vertretung der Gesellschaft Verfügungen getroffen (Niederreißung von Gebäuden). Auch greife § 278 BGB. ein; die Verpflichtung zur Rettung und Sicherung für eine Verbindlichkeit aus dem Versicherungsvertrage, nicht bloß Anspruchsbedingung. Wäre sie aber auch nur letzteres, so hafte die Gesellschaft dennoch, weil der Gesellschafter zur Bewirkung der Sicherungs- und Rettungsanordnungen berufen sei, seine Unterlassung also gegen die Gesellschaft wirke.

6. Vgl. zu § 6 und die Bemerkung unter § 6 XV.

IV. Wegen der H a f t p f l i c h t v e r s i c h e r u n g vgl. zu § 152, wegen der U n f a l l v e r s i c h e r u n g s. zu § 181, und wegen S e l b s t m o r d e s und T ö t u n g s. zu §§ 169, 170.

V. Wegen des A u s s c h l u s s e s v o n v o r n h e r e i n b e a b s i c h t i g t e r S c h ä d e n s. zu § 114.

VI. Wegen der Herbeiführung des Versicherungsfalls durch den H y p o t h e k e n g l ä u b i g e r s. zu § 99 Ziff. 3 u. 4 und wegen der seitens des H y p o t h e k e n s c h u l d n e r s s. zu § 101 Ziff. 1 u. 2.

§ 62. 1. Über Weisungen des Versicherers bei Haftpflichtversicherung s. Unfried, ZVersWiss. **9** 306 ff.

2. Im übrigen vgl. zu § 61 III (besonders unter 3 u. 5) und Josef oben zu § 6 IV.

§ 64. Literatur: Schneider, Bemerkungen zum VVG. III. Das Schiedsgutachterverfahren nach § 64 VVG., LeipzZ. **09** 902 ff. — v. Marck, Die Obmannstaxe in der Hagelversicherung als Schiedsspruch, ZVersWiss. **09** 239. — Vgl. zu § 184.

I. Abschätzungsklauseln. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 157, WVersZ. **42** 1969. Auslegung der Bestimmung, daß der Betrag des Schadens durch ein Abschätzungsverfahren festgesetzt werde, dahin, daß sie sich nicht nur auf den Wert, sondern auch auf die Menge der verbrannten Sachen beziehe, ist nicht rechtsirrig.

2. OLG. **17** 47 (Hamburg). Auslegung der Feuerversicherungsbedingungen dahin, daß auch bei Totalschaden das Abschätzungsverfahren durch Sachverständige Platz greifen soll.

II. Unverbindlichkeit der Schätzung. Verhältnis von § 64 VVG. zu §§ 317 ff. BGB. 1. Schneider, LeipzZ. **09** 902 ff. Maßgebend ist nur der Vertrag dafür, ob §§ 317 u. 318 BGB. anwendbar sind. Ohne weiteres steht nur der Anfechtungsgrund des § 64 VVG. fest. Insbesondere ist es nicht ohne ausdrückliche Vertragsbestimmung möglich, die von der Gegenpartei bedingungsgemäß benannten Schiedsgutachter wegen Befangenheit abzulehnen (falsch: Josef, Komm. 141; Hager-Behrend 192, Gerhard-Manes 304).

2. a) **RG.** VersAnn. **09** 799, WVersZ. **44** 81, JWVersZ. **09** 209, R. **09** Ziff. 2714. Wenn der Feuerschaden in einem bedingungsgemäßen Verfahren von Sachverständigen festgesetzt ist, der Versicherte das Ergebnis als richtig anerkannt und gegen Auszahlung der betreffenden Summe auf alle weiteren Ansprüche verzichtet hat, so ist, weil nach den Bedingungen die Abschätzung mit verbindlicher Kraft für beide Parteien erfolgt, der Verzicht nicht ohne Rechtsgrund abgegeben, § 812 Abs. 2 BGB. also nicht anwendbar und nur Betrugsanfechtung, nicht aber lediglich Berufung auf offenbare Unbilligkeit der Abschätzung möglich. **b)** Über Verzichte und Vergleiche s. im übrigen zu § 11 II.

3. **RG.** JW. **09** 325, LeipzZ. **09** 865, WVersZ. **43** 1817, 1835. Brandschadensschätzungsgutachten sind nach § 319 BGB. anfechtbar. Die offenbare Unbilligkeit muß nicht schon aus der Abschätzung selbst erhellen. Sie wird aber nicht ohne weiteres dargetan durch große Differenz des Schätzungsergebnisses mit den Ergebnissen von Sachverständigengutachten; es ist der Grund der Differenz näher zu prüfen. (S. a. BGB. § 319 Ziff. b).

4. **RG.** LeipzZ. **09** 77, VAPV. (Anh.) 8 37, WVersZ. **43** 433. Offenbare Unbilligkeit der Schadensschätzung i. S. von § 319 BGB. ist eine dem Blicke eines erfahrenen und sachkundigen und unbefangenen Beobachters sich sofort aufdrängende Unrichtigkeit. Die Art der Besichtigung muß dem Schätzer im allgemeinen überlassen werden. Eine ins einzelne gehende Nachprüfung würde leicht ins uferlose führen. Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit der Schätzer ist nicht gleichbedeutend mit offenbarer Unbilligkeit.

5. **RG.** WVersZ. **43** 1211, R. **09** Ziff. 483. Anfechtbarkeit der Schadensberechnung der Gutachterkommission (bzw. des Obmanns) wegen offenbarer Unbilligkeit, obwohl bedingungsgemäß das Gutachten „mit verbindlicher Kraft und unter Ausschluß des Rechtswegs" ergehen soll. Aber nicht schon deshalb, weil der Schätzer Aufklärungsmittel zu benutzen unterlassen hat, die ihm nicht zu Gebote standen.

6. SeuffA. **65** 7 (Dresden). Bei der der Sachverständigenkommission zugewiesenen Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfange die Erwerbsunfähigkeit Folge eines Unfalls sei, handelt es sich nicht um die Entscheidung des Rechts-

streits, auch nicht um Bestimmung des Gegenstandes der Leistung im Sinne des § 319 BGB., sondern um die Feststellung eines für die Bemessung der Rente und die Entscheidung über die Rente maßgebende Bedeutung besitzenden tatsächlichen Zustandes (vgl. RG. in JW. **09** 199). — Im übrigen nimmt das OLG. im Anschluß an OLG. **16** 368 (Kiel) an, daß eine drei gliedrige Kommission im Zweifel nur nach Stimmen mehrheit entscheiden soll, daß also Einstimmigkeit nicht nötig ist. — Die Parteien können Unanfechtbarkeit des Kommissionsspruchs vereinbaren. Dahingestellt bleibt, ob und wann dies auch möglich ist für den Fall argliſtiger Entscheidung. In concreto wird (z. T. gegen **RG.** **6** 201, **10** 131, **24** 359, SächsA. **91** 661) diese Frage bejaht.

III. Verfahren. (Abs. 2.) 1. Hallbauer, R. **08** 732. Die Beschwerde richtet sich bei § 64 Abs. 2 nach dem FGG. (§ 164).

2. Wegen Ablehnung von Schätzungsgutachtern s. oben zu II 1.

IV. Vgl. im übrigen zu § 184.

V. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

VI. v. Mark, ZVersWiss. **09** 239 ff. Die Hagelversicherung zeigt 3 Instanzen der Taxen: die einfache oder Vergleichstaxe, die formelle oder Arbitratorentaxe und endlich die Obmanns- oder Revisionstaxe. Verf. erwägt die Frage, ob man die letztere Taxe aus dem Rahmen des § 64 VVG. herausheben und sie zum Schiedsspruch im Sinne der ZPO. machen soll, und kommt dazu, die Frage zu verneinen.

§ 67. Literatur: Marcus, Zum Rechte des Rückgriffs des Versicherers auf den Schadensstifter, insbesondere bei der Unfallversicherung, HoldheimsMSchr. **07** 295 ff.— Ritter, Cessio legis im Versicherungsrechte, LeipzZ. **07** 250 ff.

I. Die cessio legis des § 67. 1. Schneider, BayRpflZ. **08** 327. § 67 VVG. enthält zwingendes Recht.

2. Unfried, ZVersWiss. **09** 328. Der Übergang vollzieht sich mit Auszahlung der Entschädigung seitens des Haftpflichtversicherers (ebenso Gerhard-Manes, Schneider, Hager-Behrend, je zu § 67).

3. Ritter, LeipzZ. **07** 250 ff. Verf. wendet sich unter Vorschlag anderweiter Formulierung gegen den inzwischen zum Gesetze gewordenen § 67 VVG. im Anschluß an Erörterung zu § 804 HGB.

4. Marcus, HoldheimsMSchr. **07** 295 ff. Verf. sucht das Rückgriffsrecht theoretisch zu begründen, bedauert, daß kein dem § 67 VVG. entsprechender Satz auch für die Unfallversicherung gilt, hält aber eine dem § 67 entsprechende vertragliche Regelung in den Versicherungsbedingungen für zulässig.

5. Mattes, R. **07** 566 ff., spricht sich gegen das Fehlen einer dem § 67 entsprechenden Vorschrift bei der Unfallversicherung aus.

6. Wegen des Verhältnisses von § 67 zur Doppelversicherung s. Wiechmann oben zu § 59.

II. Pactum de cedendo. 1. Haftpflichtversicherung. **a)** HansGZ. **08** Beil. 167, WVersZ. **42** 2287, R. **08** 287 (Hamburg). Wenn der Haftpflichtversicherer dem beschädigten Dritten allen Schaden ersetzt hat, so ist der Versicherte nicht mehr geschädigt und kann daher die gegenstandslos gewordenen Regreßansprüche gegenüber dem Schädiger nicht mehr an die Gesellschaft abtreten. Die Haftpflichtversicherungsgesellschaft kann nicht mehr auf Grund abgetretener Ansprüche des Verletzten gegen den Schädiger klagen, wenn der Verletzte von ihr befriedigt ist und in der Quittung auf alle Ansprüche gegen den versicherten Schädiger verzichtet hat. **b)** Vgl. zu § 149 II 3.

2. Unfallversicherung. **a)** Über die Unanwendbarkeit von § 67 VVG. s. oben zu I 4 u. 5. **b)** **RG.** BadRpr. **09** 203, VersRdsch. **09** 226, R. **09** Ziff. 593, 596. Wenn die den Unfallversicherten bedingungsgemäß treffende Pflicht zur Abtretung seiner Schadensersatzansprüche gegenüber Dritten wegen § 850 Ziff. 3 ZPO. nicht

möglich ist, so ist durch Auslegung festzustellen, wie dem Vertragswillen anders als durch Abtretung entsprochen werden kann. Wenn die Gesellschaft bedingungsgemäß nur gegen Abtretung aller Ansprüche zu zahlen hat, so kann sie doch nur insoweit Abtretung fordern, als sie selbst dem Versicherten den Schaden vergütet. Auch ist nicht abzutreten der Anspruch auf Schmerzensgeld. c) **RG.** WVersZ. **43** 1801. Der mit vorgeschriebener Quittung, wonach der Unfallversicherte gegen Zahlung der Versicherungssumme sich für abgefunden erklärt, versehene Bevollmächtigte der Gesellschaft ist nicht ermächtigt, namens der Gesellschaft auf das Recht zu verzichten, vom Versicherten Abtretung seiner Regreßansprüche fordern zu dürfen.

III. Haftung des Schädigers gegenüber dem Versicherer. 1. SächsRpflA. **09** 168 (LG. Chemnitz). Die Entscheidung legt dar, daß ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch des Versicherers gegen den Schadensurheber weder aus §§ 823 ff. noch aus § 826 BGB. zu konstruieren sei, und geht dann im besonderen auf den § 143 SächsG. betr. die Landesbrandversicherungsanstalt, Fassung vom 15. Oktober 1886, ein. Hierin wird der gegen §§ 265, 306, 308, 311 StGB. Delinquierende jedes Versicherungsanspruchs verlustig und zum Schadensersatze gegenüber der Brandversicherungsanstalt verpflichtet erklärt. Diese Bestimmung ist nach Artt. 55, 75 EGBGB. nach dem 1. Januar 1900 nur insoweit aufrechterhalten geblieben, als sie das Verhältnis zwischen der Anstalt und den delinquierenden Versicherten regelt, nicht aber, soweit hiernach der Anstalt unmittelbare Schadensersatzansprüche gegen Dritte zustehen sollen.

2. Wegen Unfall (Tod) durch Zweikampf s. auch Fuld, AssekJahrb. **28** 51 ff. — Vgl. zu §§ 61, 169, 181 VVG.

§ 68. Literatur: Finger, Rücktritt von Versicherungsverträgen bei veränderten Umständen, LeipzZ. **08** 148 ff. — Hagen, Der versicherungsrechtliche Interesse-Begriff, ZVersWiss. **07** 15 ff. (viel Rechtsprechung verwertet). — Josef, Auflösend bedingte Versicherungsverträge und der nachträgliche Wegfall des versicherten Interesses, LeipzZ. **08** 581 ff. — Derselbe, Erörterungen zum Begriffe des versicherten Interesses, SeuffBl. **08** 743 ff. — Körte, Die Voraussetzungen des Schadensversicherungsvertrags, insbesondere der Begriff des Interesses. Diss. Schumacher, Berlin 1908. — Vgl. auch Josef, AssekJahrb. **31** 37 ff. oben zu § 2. — Ferner Josef, ZVersWiss. **09** 244 ff. unten zu § 69. — Vgl. auch zu §§ 51, 53 und vor §§ 50 ff. (Körte, Voraussetzungen des Schadensversicherungsvertrags, insbesondere der Begriff des Interesses).

I. Hagen, ZVersWiss. **07** 15 ff. Interesse ist die Beziehung, kraft deren jemand durch eine gewisse Tatsache einen Vermögensschaden erleidet (15). Fehlt Vereinbarung über das Interesse, dann ist der Vertrag mangels Willenseinigung nicht zustande gekommen (19). Bei der Frage im Antrage nach dem Eigentume des Versicherungsnehmers an den zu versichernden Sachen ist das „Eigentum" nicht streng technisch-juristisch zu fassen; es kann damit eine Einschränkung der Versicherungssachen oder die Festlegung eines Gefahrumstandes gemeint sein, im allgemeinen handelt es sich aber nur um die Vereinbarung des zu versichernden Interesses. Soweit jetzt nicht § 85 VVG. einschlägt, ist immer zu prüfen, ob nach den Anschauungen des täglichen Lebens und den Umständen des Falles, nicht nach dem formalen Werte, eine Verletzung der Wahrheitspflicht anzunehmen ist (19, 20). Für den Fall der Nichtigkeit des Versicherungsvertrags wegen Unzulässigkeit des gewollten Interesses bestehen keine besonderen versicherungsrechtlichen Vorschriften. Es sind §§ 134, 817 BGB. anwendbar (21). Verf. erörtert dann im einzelnen unter vortrefflicher Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung das Interesse der Eigentümer (23), Pfandgläubiger, Kommissionäre und obligatorisch Berechtigten (24), Vorschüsse (26), Unfälle Dritter (26) und endlich das Interesse bei der Versicherung für fremde Rechnung (27 ff.).

II. Josef, SeuffBl. **08** 743 ff. Verf. erörtert 1. das Eigentümerinteresse, 2. das Interesse des Nichteigentümers, der aber an Erhaltung der fremden Sache

wirtschaftlich interessiert ist (Gläubiger, Pächter usw.), 3. die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten in ihrer Wirkung auf den Versicherungsvertrag, desgleichen Scheidung, Tod, Konkurs, 4. Zeit des Vorhandenseins des Interesses.

III. Marcus, Privatversicherung 12. Bei Schadensversicherung kann der Versicherungsnehmer nur sein eigenes Interesse oder das eines Dritten, letzteres jedoch nur zu dessen Gunsten, versichern. Andernfalls liegt Wertassekuranz oder Spiel vor.

IV. Finger, LeipzZ. **08** 148 ff. Gegenstand der Versicherung ist die Sache, bzw. das Interesse an ihrer Erhaltung; fällt sie weg, so muß die Versicherung aufhören, jedoch haftet der Versicherte für die Prämie der beim Untergange laufenden Periode.

V. Josef, LeipzZ. **08** 581 ff. Ist ein Versicherungsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so endigt die Wirkung des Vertrags nach § 158 Abs. 2 BGB. mit dem Eintritte der Bedingung. Folglich kann der Versicherungsnehmer, wenn er die Prämie mit Rücksicht auf den ungewissen Endpunkt der Versicherung für ein Jahr zum Voraus gezahlt hat, den gezahlten Betrag anteilig, d. h. für den Teil des Jahres, der nach dem Eintritt der auflösenden Bedingung liegt, zurückfordern. Der Grundsatz der sog. „Unteilbarkeit" der Prämie, daß also, falls das versicherte Interesse wegfällt, nachdem die Gefahr für den Versicherer bereits zu laufen begonnen hatte, dieser dennoch den Anspruch auf die volle Prämie hat, steht obiger Folgerung nicht entgegen, da die Parteien von vornherein die vorzeitige Beendigung des Versicherungsvertrags durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und hiermit die Änderung der Prämienzahlungspflicht ins Auge gefaßt haben (vgl. hierzu **RG. 21** 329, von dessen Betrachtung Verf. ausgeht).

VI. Wiechmann (s. vor §§ 58 ff.). Versicherungswert ist der Wert des (von dem einen oder anderen Interessenten) versicherten jeweiligen Wertes des Interesses, der sich jeden Augenblick ändern kann (10). Anders nach § 795 HGB. und § 139 VVG.

VII. Körte s. vor §§ 50 ff.

VIII. Entscheidungen. 1. VAPV. (Anh.) **6** 106, DVersZ. **3** 232 (LG. I Berlin). Wenn die Glasversicherung bedingungsgemäß bei Auszug des Versicherten ruht, die Gesellschaft aber zur Fortsetzung berechtigt ist und die Fortsetzung eintritt, wenn nicht schriftlich Aufhebung erklärt wird, so geht die Versicherung weiter, auch wenn der Nachfolger im Besitz (Mieter) anderweiter Glasversicherung ist. — Ein Handelsbrauch, wonach mit dem Auszuge die Glasversicherung erlischt, besteht nicht (gegen dieses Urteil Körner, DVersZ. **3** 232).

2. VAPV. (Anh.) **6** 79 (AG. Berlin-Mitte). Kein Handelsbrauch, daß die Glasversicherung mit dem Wechsel der Geschäftsräume erlischt. Prämienweiterforderung nicht unsittlich.

3. NaumburgAK. **09** 65 (LG. Halle). Durch die infolge Ladenumbaues erfolgte Ersetzung der versicherten Glasscheibe durch eine andere ist nach § 323 BGB. der Anspruch der Gesellschaft auf die Prämie erloschen.

4. Wegen Glasversicherung s. auch zu § 69 II 2 b.

5. Vgl. auch zu § 53 u. § 77 II 2.

IX. Wegen der Anwendbarkeit des § 68 bei der Haftpflichtversicherung s. zu § 151. Wegen der Bezeichnungen des Interesses im Antrage s. oben zu § 16 II 2. Wegen Besitzwechsels bei der Haftpflichtversicherung s. zu § 151 III. Wegen des Erlöschens des Interesses zwischen Antrag und Antragsannahme s. oben zu § 1 II 4.

X. Vgl. im übrigen zu § 69.

II. Veräußerung der versicherten Sache.

Vorbemerkung zu §§ 69—73: Am lebhaftesten war hier der Streit über das Verhältnis von ALR. II. 8 § 2163 zu § 5 der Verbandsfeuerversicherungsbedingungen. Die Entscheidungen entbehren auch für die Zukunft für viele Versicherungen nicht des Interesses. Ihre Wiedergabe war daher geboten.

Literatur: Gentebrück, Eigentümerwechsel bei der Feuerversicherung, VersRdsch. **08** 167. — Hallbauer, Sicherheitsübereignung und Feuerversicherung, R. **09** 688 ff. (s. auch JTVersZ. **09** 341 ff.). — Die Rechtsprechung in der Frage des Überganges der Versicherung beim Eigentumswechsel, WVersZ. **43** 1513 ff. — Josef, Der Brandfall zwischen Auflassung, Übergabe und Eigentumseintragung, ZVersWiss. **09** 244.

§ 69. I. §§ 69 ff. 1. Hallbauer, R. **09** 688 ff. (s. auch JTVersZ. **08** 341 ff.). Die Sicherheitsübereignung ist echte Veräußerung sowohl im Sinne der an die Veräußerung das Ruhen der Entschädigungspflicht knüpfenden bisherigen Bestimmungen wie auch im Sinne von § 69 VVG. (689, 690) und von § 71 VVG. (691), soweit die Sachen bei der Sicherheitsübereignung bereits versichert waren. War letzteres nicht der Fall, dann wird der Sicherungseigentümer zweckmäßig selbst als Versicherungsnehmer auftreten (692), Versicherung für fremde (des Übereigners) Rechnung ist für ihn gefährlich (693). Wenn der Sicherungseigner die Sache dem Übereigner zwecks Verwertung entzieht, so liegt hierin keine Veräußerung i. S. der §§ 69 ff. VVG., wohl aber kann dann § 25 VVG. einschlagen (694). Die Versicherungssumme ist zum Ersatze des betroffenen Gegenstandes zu verwenden, wenn zur Zeit des Versicherungsfalls der Übereigner zum Besitz und zur Benutzung der Sache noch berechtigt ist (694). Andernfalls gebührt die Versicherungssumme dem Sicherungseigentümer (695).

2. *Reichel, Schuldmitübernahme 125 ff. Abs. 1 begründet eine gesetzliche Zession der Rechte, verbunden mit gesetzlicher Nachübernahme der Schulden: Abs. 2 substituiert der gesetzlichen Nachübernahme eine gesetzliche Mitübernahme (kumulative Schuldübernahme).

3. Wegen der Anwendbarkeit der §§ 69 ff. auf die Haftpflichtversicherung s. zu § 151.

4. Finger, LeipzZ. **08** 148 ff. (153). Bei der Versicherung der Sache gegen eine Gefahr ist die Möglichkeit des Eintritts der Gefahr bei dem Versicherten wesentlicher Vertragsinhalt. Fällt die Möglichkeit infolge der Veräußerung der Sache weg, so tritt Unmöglichkeit der Leistung des Versicherers an den Versicherten ein, die der Versicherte gemäß § 324 Abs. 1 BGB. zu vertreten hat, so daß der Versicherer den Anspruch auf die Gegenleistung, die Prämie, behält. Da der Grundsatz von der Unteilbarkeit der Prämie nicht auf die ganze Versicherungszeit auszudehnen ist, sondern nur für die Versicherungsperiode gilt, haftet der Veräußerer nur für die Periode, welche zur Zeit der Veräußerung läuft und wird im übrigen frei.

5. Josef, ZVersWiss. **09** 244 ff. Falsch ist das Urt. OLG. Rostock, OLG. **17** 46 [s. u. bei III Ziff. 2 a β zu αα]. Sich widersprechend sind hinsichtlich der Frage, wem der Versicherungsanspruch zusteht, bei Brandfall nach Übergabe aber vor Auflassung, **RG.** BolzePr. **20** No. 538 u. **RG.** VAPV. **3** 39. § 69 VVG. ist nicht anwendbar, wenn der Eigentumsübergang noch nicht erfolgt, sondern nur der Besitz übertragen ist. Die bloße Tatsache der Übergabe und Gefahrtragung beseitigt nicht den Versicherungsanspruch des Verkäufers und verleiht dem Käufer keine Ansprüche gegen den Versicherer. Nicht erlischt hierdurch das Interesse des Versicherungsnehmers (Verkäufers). Denn in dem Besitzübertragungsvertrage liegt zugleich das stillschweigende Abkommen, daß, wenn das verkaufte Haus (Zubehör) abbrennt, bevor noch der Käufer als Eigentümer eingetragen ist, der Verkäufer die Versicherungssumme vom Versicherer erheben und an den Käufer abführen soll. Und dieser Tatbestand stellt das versicherte Interesse des Verkäufers dar. Es tritt also für die Zeit zwischen

Übergabe und Eigentumseintragung kraft stillschweigender Abrede dieselbe Rechtslage ein, die kraft Gesetzes (§ 69) für die Zeit nach der Eigentumsübertragung eintritt. Doch gilt diese Regelung vor Eigentumsübergang nur im Verhältnisse vom Verkäufer zum Käufer.

6. Vgl. Ludewig, DVersZ. **3** 218, 219.

II. Handelsbrauch. Korr. d. Ält. **08** 47. In Berlin hat sich der Handelsgebrauch ausgebildet, daß der auf mehrere Jahre unter Vorausbezahlung der Prämie abgeschlossene Feuerversicherungsvertrag für den Fall, daß der Versicherte im 1. Jahre stirbt, auf Antrag des Erben auf den Todestag als aufgelöst gilt und die im voraus gezahlten Prämien unter Abzug der Jahresprämie für das laufende Versicherungsjahr und unter Fortfall etwaiger Diskonte und Freijahre zurückzuerstatten sind, falls die versicherten Gegenstände unter verschiedene, zum Teil auswärts wohnende Erben verteilt werden.

III. Bisheriges Recht. 1. § 5 der Feuerversicherungsverbandsbedingungen und ALR. II. 8 § 2163. a) Für die Ansicht, daß § 5 den § 2163 aufhebt: α. **RG.** ZVersWes. **08** 478, R. **08** Ziff. 163. Wenn bedingungsgemäß bei Eigentumswechsel die Feuerversicherung erst nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen auf den neuen Eigentümer übergeht (§ 2163 ALR. II. 8), so ist bis dahin der neue Eigentümer nicht versichert. Tritt in dieser Rechtslage ein Brandschaden ein und läßt sich die Gesellschaft in Verhandlungen über Ermittlung des Schadens ein, so kann darin noch nicht ohne weiteres ein die Ersatzverbindlichkeit begründender Rechtsakt gefunden werden, da jene Ermittlungen regelmäßig möglichst schleunig erfolgen müssen. β. VAPV. (Anh.) **6** 63 (KG.). § 2163 ALR. II. 8 ist durch § 5 der Feuerversicherungsverbandsbedingungen vertraglich außer Kraft gesetzt: es bedarf in solchen Fällen also bei Eigentumsveränderungen des Abschlusses eines neuen Vertrags (verwiesen wird auf **ROHG.** v. 26. 11. 78 in Käßner, Rechts- und Verwaltungsgrundsätze in Feuerversicherungsangelegenheiten (1885) 35; **RG. 32** 307). γ. ZVersWes. **08** 111, VAPV. (Anh.) **6** 99 (Breslau). § 2163 ALR. III. 8 ist dispositiv und wird durch § 5 Ziff. 4 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen abgeändert. Bis zur Genehmigung der Gesellschaft geht daher das alte Versicherungsverhältnis auf den Erwerber der Sache nicht über. Da nun § 2163 durch § 5 Ziff. 4 geändert ist, bedarf es überdies nach § 305 BGB. der Zustimmung des Erwerbers. δ. NaumburgAK. **08** 34 (Naumburg). Durch eine Bestimmung, daß beim Eigentumswechsel die Entschädigungspflicht zunächst ruhen solle, wird der Erwerber nicht gebunden; er kann vielmehr anderweit versichern. Denn durch § 5 Ziff. 4 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, die jene Vorschrift enthält, ist § 2163 ALR. II. 8 ausgeschaltet. ε. PraxPrV. **2** 225 (LG. I Berlin). § 2163 ALR. II. 8 und § 5 der allg. Feuerversicherungsbedingungen können nicht nebeneinander bestehen. Erstere Vorschrift ist durch letztere aufgehoben. Also ist Neubegründung des Versicherungsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Erwerber nötig. ζ. PosMSchr. **09** 83 (LG. Graudenz). § 2163 ALR. II. 8 ist durch § 5 der Feuerversicherungsbedingungen aufgehoben; die Gesellschaft kann also vom Rechtsnachfolger die Prämien nur verlangen, wenn mit ihm eine neuer Vertrag zustande kommt. **b)** Gegen die Ansicht, daß § 5 der Bedingungen den § 2163 aufhebt: α. WVersZ. **43** 1513 ff. führt aus: Die Frage, ob die Vorschrift des § 2163 ALR. II. 8 durch § 5 Ziff. 4 der üblichen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen außer Kraft gesetzt wird, ob also hierdurch die Bindung des Erwerbers aufgehoben sein soll, wird αα) zu Unrecht bejaht v. KG. 20. 3. 06, WVersZ. **40** No. 102; VAPV. (Anh.) **6** 63; Breslau 13. 6. 07, VAPV. (Anh.) **6** 99; Naumburg 10. 3. 08, NaumburgAK. **08** 34. Dagegen wird sie ββ) zu Recht verneint v. **RG.** v. 26. 11. 97, v. 4. 6. 04, VAPV. (Anh.) **5** 115; Naumburg v. 13. 1. 98, Marienwerder v. 24. 4. 00, KG. v. 21. 10. 02; Düssel-

dorf v. 23. 9. 07 u. Königsberg v. 5. 12. 08, VAPV. (Anh.) **7** 95 ff.; Hamm v. 19. 1. 09, WVersZ. **43** 961. β. VAPV. (Anh.) **7** 95 (Düsseldorf). γ. VAPV. (Anh.) **7** 96, Pos. MSchr. **08** 105 (Königsberg). δ. PraxPrV. **2** 229 (AG. Erfurt). ε. ZVersWes. **07** 367 (LG. Posen). § 2163 ALR. II. 8 wird durch § 5 der Feuerversicherungsbedingungen nicht aufgehoben. § 5 gibt dem Versicherer nur ein Rücktrittsrecht mit der Maßgabe, daß seine Entschädigungspflicht bis zur Genehmigung ruhen soll. Der Erwerber ist an den Vertrag gebunden. Die Ansicht des KG. ist nicht richtig. ζ. VAPV. (Anh.) **6** 67 (LG. Straßburg). Durch § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen ist nur das Ruhen der Entschädigungspflicht der Gesellschaft im Falle des Eigentumswechsels festgesetzt, nicht aber folgt daraus, daß der Versicherungsnehmer die weitere Zahlung der Prämie verweigern könne. **c)** S o n d e r f a l l. α. PraxPrV. **2** 224 (KG.). Wenn bedingungsgemäß bei Eigentumsänderungen die Entschädigungspflicht der Gesellschaft dem Erwerber gegenüber bis zur Erteilung schriftlicher Genehmigung der Eigentumsänderung ruht, so ist derjenige, der das Grundstück vom Ersteher erwirbt, an den Versicherungsvertrag dann nicht gebunden, wenn die schriftliche Genehmigung dem Ersteher während der Zeit seines Eigentums nicht erteilt worden war. Die Nichterteilung ist als Versagung anzusehen. Dem späteren Erwerber gegenüber kann die Genehmigung nicht mehr wirksam erklärt werden. Es widerstreitet der Verkehrssitte, ein Versicherungsverhältnis als fortbestehend anzusehen, an welches der Versicherte (Ersteher) während der Dauer seines Eigentums gebunden war, während der Gesellschaft keine Entschädigungspflicht oblag. β. Vgl. hierzu unten zu II 2 c. **d)** Darüber, ob § 2163 im Falle des Besitzwechsels bei H a f t p f l i c h t v e r s i c h e r u n g analog anwendbar ist, s. zu § 151 III 2.

2. S o n s t i g e F r a g e n. a) F e u e r v e r s i c h e r u n g. α. **RG.** VersAnn. **09** 799, WVersZ. **44** 81, JTVersZ. **09** 209, R. **09** Ziff. 2713, 2714. Ruht bei Eigentumsänderung die Entschädigungspflicht der Gesellschaft bis zur schriftlichen Genehmigung, dauert sie aber bei Immobilien noch 1 Monat nach diesem Zeitpunkte fort, so ist die Auslegung zulässig, daß bei einem während dieses Monats eintretenden Brandschaden nicht der frühere, sondern der n e u e Eigentümer der Entschädigungsberechtigte sei. β. αα. OLG. **17** 46 (Rostock). Mit Verkauf und Übergabe des versicherten Grundstücks verliert der Eigentümer die Gefahr (§ 446 BGB.), damit aber auch das wirtschaftliche Interesse. Mit diesem Augenblicke erlischt daher die Versicherung, auch wenn Auflassung und Eigentumsübergang noch nicht erfolgt war. Unerheblich ist, daß in den Bedingungen bestimmt war, die Versicherung solle bei Eigentumswechsel bis zur schriftlichen Genehmigung der Veränderung ruhen (Brand vor Auflassung und nachdem der Käufer vergeblich um Veränderungsgenehmigung gebeten hatte. Die Klage des Käufers aus abgetretenem Rechte wird abgewiesen). ββ. H i e r g e g e n J o s e f, ZVersWiss. **09** 244 f. oben zu I Ziff. 5. **b)** G l a s v e r s i c h e r u n g. α. LeipzZ. **07** 235 (KG.). Die Bestimmung — daß bei G l a s v e r s i c h e r u n g bei Wechsel des Eigentums an den Gläsern oder bei Änderung der Rechte des Versicherten auf dieselben Anzeige zu machen sei und daß bis zur schriftlichen Genehmigung der Veränderung seitens der Gesellschaft oder bis zur Wiederherstellung des früheren Zustandes die Entschädigungspflicht der Gesellschaft ruhe, die Gesellschaft aber berechtigt sei, die Versicherung, falls sie sie nicht fortsetzen will, aufzukündigen — ist (auch schon weil unklar) g e g e n die Gesellschaft dahin auszulegen, daß die Gesellschaft zur Fortsetzung des Vertrags mit dem a l t e n Versicherten kein Recht, sondern nur die Wahl hat, den Vertrag mit dem neuen Erwerber fortzusetzen oder ihn aufzukündigen. β. Im übrigen s. wegen Glasversicherung oben zu § 68 VI.

IV. Wegen V e r ä u ß e r u n g v o n v e r s i c h e r t e m V i e h s. zu § 128.

V. Wegen d e s B e s i t z w e c h s e l s b e i d e r H a f t p f l i c h t v e r s i c h e r u n g s. zu § 151 III.

VI. Wegen der Rückwirkung von §§ 69—73 s. EGVVG. zu Art. IV.

§ 71. **RG.** ZVersWes. **07** 268. Wenn an die bloße Tatsache der Eigentumsveränderung das Aufhören der Entschädigungspflicht bis zur Genehmigung geknüpft ist, so kommt es darauf, ob die Nichtanzeige der Veränderung entschuldbar ist, nicht an.

§ 73. I. ALR. II. 8 § 2163. 1. PrazPrV. **2** 224 (KG.). § 2163 ALR. II. 8 findet auch bei zwangsweisen Versteigerungen Anwendung (vgl. **ROHG. 5** 1 ff., aM. DJZ. **06** 874).

2. Ebenso PrazPrV. **2** 231 (LG. Graudenz).

II. Wegen Sicherheitsübereignung s. oben zu § 69 I.

III. Versicherung für fremde Rechnung.

Vormerkung zu §§ 74—80: Das höchst interessante Kapitel der Versicherung für fremde Rechnung hat für den Berichtszeitraum wenig Ausbeute geliefert.

Literatur: Stolle, Die Versicherung für fremde Rechnung nach dem Entwurfe eines VVG. (Diss. Gött. 1907). — Im übrigen s. die Literatur zu § 80.

Vor §§ 74 ff. Stolle behandelt die juristische Natur (3 ff.) und die Voraussetzungen (16 ff.) der Versicherung für fremde Rechnung sowie ferner das Verhältnis des Versicherungsnehmers und Versicherten zum Versicherer (29 ff.) und das des Versicherungsnehmers zum Versicherten (58 ff.) — Die Versicherung für fremde Rechnung ist nach ihm eine Zwischenbildung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung, insofern der Versicherungsnehmer im eigenen Namen abschließt und alle Pflichten übernimmt, andererseits aber alle Rechte dem Versicherten zustehen, und der Versicherungsnehmer insoweit nur als Stellvertreter handelt (6). Sie ist kein Vertrag auf Leistung an Dritte (8) und kein besonderer Fall mittelbarer Stellvertretung (9 ff.), der Versicherte muß stets der Interessent sein (12 ff.) — An sich besteht die Pflicht, anzuzeigen, daß für fremde Rechnung versichert werde (16 ff.); sie wird aber durch § 80 VVG. in Wirklichkeit beseitigt (22). Die Wirksamkeit der Versicherung hängt weder vom Bestehen eines Auftrags des Versicherten noch von der Anzeige des Fehlens eines solchen Auftrages ab (26); der Versicherte erwirbt die Rechte aus dem Vertrage auch dann, wenn gegen sein Verbot der Abschluß erfolgt ist (23). Nicht nötig ist, daß der Versicherte bereits bei Abschluß ein versicherbares Interesse gehabt haben muß; vielmehr genügt es, wenn dieses nachträglich entsteht; es kann also nicht nur das Interesse einer individuell bestimmten dritten Person versichert werden (28, 29). — Das Außenverhältnis charakterisiert sich dahin: 1. Die Rechte aus dem Vertrage stehen dem Versicherten unmittelbar zu; er ist zur Verfügung über sie und zur Annahme der Zahlung im eigenen Namen berechtigt. 2. Die Pflichten liegen grundsätzlich dem Versicherungsnehmer ob. 3. Nicht nur die Handlungen des Versicherungsnehmers, sondern auch die des Versicherten sind auf den Inhalt des Vertrags von Einfluß (30 ff.). — Die Verletzung der Anzeigepflicht (§§ 16 ff. VVG.) seitens des Versicherungsnehmers schadet dem Versicherten selbst dann, wenn der Versicherte seinerseits alle erforderlichen Mitteilungen dem Versicherer hatte zugehen lassen (50). — Das Innenverhältnis (Versicherungsnehmer und Versicherter) beurteilt sich entweder nach den Grundsätzen über Auftrag oder nach denen über Geschäftsführung ohne Auftrag, was im einzelnen ausgeführt wird (58 ff.).

§ 74. 1. Marcus, Privatversicherung 20. Veranlassung zum Abschlusse von Versicherungen für fremde Rechnung besteht außer in den von der Begründung 61 aufgezählten Fällen auch in den Fällen der §§ 687, 1045 BGB. Nicht nötig ist es, daß der Versicherungsnehmer bei der Versicherung für fremde Rechnung dem Versicherer (sofern nicht §§ 16 ff. in Betracht kommen) anzeigt, daß er fremdes In-

teresse versichere; auch braucht er nicht vom Versicherten beauftragt zu sein, und letzterer braucht den Vertrag nicht genehmigt zu haben.

2. LeipzZ. **07** 926, PraxPrV. **2** 237 (Hamburg). Daß der bedingungsgemäß erforderliche Auftrag zur Versicherung für fremde Rechnung fehlt, braucht nicht angezeigt zu werden, wenn aus der Art, wie das Risiko beschrieben ist, sich ergibt, daß die Versicherung als mit der Klausel „mit oder ohne Auftrag" geschlossen zu betrachten ist.

3. LeipzZ. **07** 442 (Königsberg). Die Bestimmung des ALR. II. 8 §§ 1945, 1948, daß zur Versicherungsnahme für fremde Rechnung Spezialvollmacht erforderlich sei (ALR. I. 13 §§ 98 ff.), gilt seit 1. Januar 1900 nicht mehr.

4. Wegen der Rechte Dritter bei der Mobiliarfeuerversicherung s. Ludewig, DVersZ. **3** 161 ff., 205 ff. s. unten zu §§ 99 ff.

5. Wegen der Frage, inwieweit bei Versicherung für fremde Rechnung das Absonderungsrecht des § 157 VVG. gegeben ist, s. zu § 157 I 2 u. 4.

§ 75. 1. Marcus, Privatversicherung 18. Im Falle des § 75 Abs. 2 ist der Versicherungsschein Dispositionspapier.

2. Im übrigen s. wegen des Versicherungsscheins oben zu §§ 3 u. 4.

§ 79. 1. Unfried, ZVersWiss. **09** 278. Die im Schadensfalle dem Versicherer obliegenden Verpflichtungen treffen bei Versicherung für fremde Rechnung den Versicherten unter allen Umständen, den Versicherungsnehmer aber nur dann, wenn er für den Versicherten den Versicherer in Anspruch nimmt. Es genügt aber die Erfüllung durch einen von beiden (zweifelnd Schneider, Komm. 432; für Auskunftspflicht des Versicherten Hager-Behrend § 79 Anm. 1; Verpflichtungen liegen beiden ob: Gerhard-Manes, § 79 Anm. 7).

2. Haftpflicht. a) **RG.** WVersZ. **42** 1603, WarnE. **08** 268, R. **08** 349, 350. Wenn bei einem Haftpflichtversicherungsvertrage die Angestellten und Beauftragten des Versicherungsnehmers auch ohne besonderen Vertragsabschluß ebenfalls als Versicherungsnehmer zu gelten haben, und wenn weiter bestimmt ist, daß für Streitfälle das Gericht im Bezirke des Versicherungsnehmers zuständig sei, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß für die Klage eines Versicherungsnehmers, der den Vertrag nicht geschlossen hat, dessen Gerichtsstand maßgebend ist. **b)** Vgl. zu § 151 I 4 a, II u. zu § 179 1. **c)** Darüber, wer in solchen Fällen die Anzeige vom Versicherungsfall zu erstatten hat, vgl. unten zu § 182 Ziff. 2.

3. Wegen des Auftrags zur Versicherungsnahme s. oben zu § 74.

§ 80. Literatur: Josef, Versicherung von Kundenwaren durch Handwerker, DJZ. **09** 701 u. VersAnn. **09** 632 ff.

I. Kundenwaren. 1. Josef, VersAnn. **09** 632 ff., DJZ. **09** 701. Versicherung von Kundenwaren durch Handwerker ist Versicherung für fremde Rechnung gemäß § 80 Abs. 2 VVG.; es sind also §§ 74 ff. VVG. anwendbar. Die Entscheidung des OLG. Colmar, LeipzZ. **2** 399 (s. u.), ist nicht richtig.

2. LeipzZ. **08** 399 (Colmar). Wenn ein Schneider alle Stoffe, die er während der Dauer des Versicherungsvertrags von allen seinen Kunden zur Bearbeitung erhalten wird, gegen Feuer versichert, so ist nicht anzunehmen, daß die Vertragschließenden die Rechte aus der Versicherung nicht dem Versicherungsnehmer (Schneider), sondern den beständig wechselnden, der Gesellschaft unbekannten Eigentümern der Stoffe habe zuwenden wollen. Das mitbetroffene Korpsbekleidungsamt kann also keine Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen. — (Vgl. hierzu und hiergegen Josef, s. oben.)

3. Vgl. zu § 54 II 2.

II. Eigentum der Ehefrau. 1. OLG. **17** 47, LeipzZ. **08** 475 (Cassel). Auch wenn ein Teil der feuerversicherten Sachen Eigentum der Ehefrau ist, wird nur der Mann aus dem Vertrage verpflichtet und berechtigt, wenn er weder aus-

drücklich noch stillschweigend zu erkennen gegeben hat, daß er für seine Frau handeln wolle.

2. PosMSchr. **07** 21 (Posen). Wenn der Ehemann nur dem Agenten gegenüber erklärt, daß die Versicherungsgegenstände seiner Ehefrau gehören und daß er nur als Vertreter seiner Ehefrau die (neue) Versicherung abschließen wolle, so kommt auf diese Erklärung dann nichts an, wenn die Police den Ehemann als Versicherungsnehmer bezeichnet: es hat dann nur der Ehemann ein Recht auf die Versicherungssumme.

3. Vgl. übrigens zu § 17 II 2.

Zweiter Titel. Feuerversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 81 ff.: An zwei Elementarereignisse knüpfen sich besonders viele Entscheidungen, an die Explosion in der Roburitfabrik Witten (vgl. zu § 82) und an das Erdbeben von San Franzisko (§ 84). Letzteres hat auch mannigfache Artikel hervorgerufen, die ebenso wie die Urteile die Frage der Auslegung der Erdbebenklauseln wie die prozessuale Frage betreffen, ob in Kalifornien nach dem Gesetz, das dort mit Rücksicht auf die Versicherungsansprüche auf Grund des Erdbebens erlassen ist, die Gegenseitigkeit als verbürgt angesehen werden kann. Im übrigen sind die hypothekenrechtlichen Bestimmungen des VVG. (§§ 99 ff.) wiederholt behandelt worden.

Literatur: Domizlaff, Der jetzige und der demnächstige Feuerversicherungsvertrag. Groß-Lichterfelde, Wallmann, 1908. — Derselbe, Der Feuerversicherungsvertrag nach künftigem deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechte, ZVersWiss. **09** 53 ff. (vergleichende Darstellung des deutschen und schweizerischen Gesetzes und des österreichischen Entwurfes). — Derselbe, Übersicht über die landesrechtl., die Feuerversicherung betreffenden Vorschrifen, die nach Inkrafttreten des PrVAG. und des VVG. Geltung haben (Heft 13 der Veröff. des Deutsch. V. f. VersWiss.). Berlin, Mittler, 1907. — Derselbe, Die allgemeinen Versicherungsbedingungen für Feuerversicherungen nebst Zusatzbedingungen für Landwirtschaft, mit Erläuterungen. Lankwitz-Groß-Lichterfelde, Wallmann, 1909. — Friedrich, Versicherungsdauer, Prämienauszahlung und Kündigung beim Feuerversicherungsvertrage, DVersZ. **4** 41 ff. — Derselbe, Unterjährige Feuerversicherungen, DVerZ. **5** 89 ff. — Hüttner, Recht der Feuerversicherung. Leipzig, Roßberg, 1908. — Josef, Neuere Streitfragen aus dem Gebiete der Feuerversicherung, BadRpr. **08** Nr. 9 bis 11. — Meyer, Die Besteuerung von Feuerversicherungen im preußischen und französischen Rechte, LeipzZ. **09** 54 ff. — Im übrigen s. die Literatur zu den einzelnen Paragraphen.

Vor §§ 81 ff. 1. VAPV. 8 266 gibt neue, dem VVG. angepaßte allgemeine Versicherungsverbandsbedingungen für Feuerversicherung nebst Zusatzbedingungen für die Landwirtschaft wieder, die (vgl. 277) aber nur bedingt vom APV. genehmigt sind.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 937. Feuerschaden an den an Land befindlichen Ausrüstungsgegenständen einer in Reparatur befindlichen Raddampffähre fällt nicht unter die für sie genommene Seekaskoversicherung.

3. Vgl. auch zu § 121 VAV.

§ 81. 1. Wegen der Rückwirkung des § 81 s. EGVVG. Art. IV.

2. Wegen des Zustandekommens des Vertrags und des Fristenlaufs bei Entgegennahme des Antrags durch Agenten s. zu § 1 II 6.

§ 82. I. Roburitexplosion Witten. 1. **RG.** VAPV. (Anh.) **7** 26, LeipzZ. **08** 170, VersAnn. **07** 802, WVersZ. **42** 337, VersRdsch. **08** 32, R. **08** Ziff. 159. Wenn die Versicherung gegen Feuer einschließlich der Folgen der Explosion von Leuchtgas oder der auf dem Grundstücke vorhandenen Dampfkessel genommen ist, so besteht für die Gesellschaft keine Haftung für Schäden, die an den versicherten Gegenständen durch Explosionen hervorgerufen sind, die in der benachbarten Roburitfabrik Witten infolge eines Brandes erfolgten.

2. VAPV. (Anh.) 8 39 (Hamm). Ablehnung des Anspruchs auf Entschädigung wegen eines durch Brand der Roburitfabrik Annen b. Witten und dadurch bewirkte Explosionen entstandenen Schadens. Nach dem Statute sollen Schäden, die durch andere Explosionen als Leuchtgasexplosionen entstehen, nur dann einen Versicherungsanspruch geben, wenn ein solches Ereignis Feuer verursacht hat, die Schäden also Brandschäden sind. Hiernach wird in concreto der Versicherungsanspruch verneint, weil das Haus des Klägers nicht in Brand geraten ist. Dahingestellt bleibt, ob überhaupt jeder Schaden auszuscheiden ist, der nicht unmittelbar durch den die Explosion bewirkenden Brand verursacht wird.

3. Urteil des LG. Düsseldorf abgedruckt in VersAnn. **07** 512 ff. u. DVersZ. **3** 75 ff., ebenso das des LG. Bochum in VersAnn. **07** 588, ferner das die Berufung gegen das LG. Düsseldorf zurückweisende Urteil des OLG. Düsseldorf in VersAnn. **07** 642 ff. (sämtlich den Versicherungsanspruch wegen Schäden abweisend, die in der Nachbarschaft infolge der durch Feuer hervorgerufenen Explosion entstanden waren).

4. PraxPrV. 2 26 (AG. Frankfurt a. M.). Wenn bei Glasversicherung Schäden, die durch Brand und dessen begleitende Umstände, als Löschrettungsmaßregeln sowie durch Blitz und Explosion entstehen, ausgeschlossen sind, so trifft diese Bestimmung nicht auf solche Fälle zu, wo infolge einer in anderen Räumen (Roburitfabrik Witten) und Gebäuden erfolgenden Explosion infolge des Luftdrucks versicherte Scheiben zerspringen.

II. Schäden durch Brand von Kohlenunterirdischen. SächsAnn. **30** 524 ff. (Dresden). Wenn die Gesellschaft (Kgl. Sächs. Landesbrandversicherungsanstalt) „gegen Schäden, welche durch Feuer, ohne Unterschied der Entstehungsursache" herbeigeführt worden sind, versichert (§ 2 SächsG. v. 15. Oktober 1886), so fallen hierunter alle Schäden, die mittelbar oder unmittelbar auf Feuer zurückzuführen sind, also auch der Fall, daß durch den Betrieb eines Ziegeleibrennofens unterirdische Braunkohlenflöze in Brand geraten und das Erdreich sich hierdurch senkt und den Ofen beschädigt.

III. Bagatellschäden. 1. FTVersZ. **09** 354. Das APV. billigt in einer (abgedruckten) Antwort auf die Beschwerde eines Versicherten das Bestreben der Versicherer, die sich bedenklich mehrenden Anzeigen von Bagatellschäden (z. B. Beschädigung der Tischdecke durch den herabgefallenen heißen Splitter des Gaszylinders) zurückzuweisen; denn Aufgabe der Feuerversicherung sei es nicht, derartige Bagatellschäden zu ersetzen, sondern nur solche Schäden, die durch elementare Brandereignisse verursacht sind.

2. ➠ Die Frage der Bagatellschäden wird in den Fachzeitschriften im Berichtszeitraum in einer größeren Anzahl von Aufsätzen behandelt, deren Einzelaufzählung unterbleiben kann. — Red. ⟵

IV. Beweislast. Tarncke, VersAnn. **08** 117 ff., **07** 581 ff., 668 ff., 697 ff. Der Versicherte muß in allen Fällen beweisen, daß der Schaden auf Brand und nicht auf (bedingungsgemäß ausgeschlossene) Explosion zurückzuführen ist (ebenso WVersZ. **08** Nr. 56).

§ 83. Literatur: Haftet der Feuerversicherer auch für den Schaden, der an einem Gebäude dadurch entsteht, daß ein behördliches Verbot die Wiederbenutzung von Brandresten unmöglich macht? ZVersWiss. **09** 511 ff. — Schadensersatz bei unversicherten Gegenständen, ZVersWes. **08** 131 ff.

I. Verbotene Wiederbenutzung der Gebäudereste. 1. **RG.** LeipzZ. **09** 559, JW. **09** 132, ZVersWes. **09** 511, VAPV. (Anh.) 8 64, WVersZ. **43** 1137, VersRdsch. **09** 192, R. **09** Ziff. 764. Wenn der Wiederaufbau des abgebrannten Gebäudes polizeilich verboten ist, so ist von dem Schaden nur der Materialwert der stehengebliebenen Bauwerksteile abzuziehen, nicht aber der höhere Wert, den sie im

Falle des Wiederaufbaues haben und mit dem sie nach den Bedingungen in diesem Falle in Ansatz zu bringen sein würden.

2. Hierzu ZVersWes. **09** 511 ff. Nach bisherigem Rechte haftet der Feuerversicherer nicht für den Schaden, der an einem Gebäude dadurch entsteht, daß ein behördliches Verbot die Wiederbenutzung von Brandresten unmöglich macht. Wohl aber besteht eine solche Haftung nach § 83 VVG.

II. Schäden an unversicherten Gegenständen. 1. ZVerWes. **08** 131 ff. § 83 trifft nur Schäden, die an versicherten Gegenständen entstehen und zwar an solchen des Versicherungsnehmers. Schäden, die beim Löschen usw. an Sachen Dritter entstehen, fallen weder dem Versicherer noch der Feuerwehr zur Last, wohl aber haftet vielleicht die Gemeinde kraft öffentlichen Rechtes. Es besteht eine Lücke, die nach Art. 109 EGBGB. vom Landesrecht ausgefüllt werden kann. Dieses gesetzgeberische Eingreifen ist um so nötiger, als, wie verschiedene mitgeteilte Entscheidungen zeigen, die Ansichten der Gerichte sehr auseinandergehen.

2. ZVersWes. **08** 150 (LG. Hamburg). Die Feuerwehr haftet nach §§ 904, 823 BGB. für Schäden, die beim Löschen an unversicherten Sachen Dritter entstehen.

3. VAPV. **8** 171. Die Gesellschaft haftet für Beschädigungen an Treppen und Fenstern, die anläßlich eines Brandes durch das Ausräumen der bei ihr versicherten Mobilien entstanden sind.

4. SächsAnn. **31** 187 (Dresden). Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs für eine Schädenklage gegen eine Gemeinde wegen Mißbrauches ihrer Amtsgewalt durch die Berufsfeuerwehr (Haftung für Schäden, die die Feuerwehr beim Löschen eines Brandes zugefügt hat); die materielle Frage selbst bleibt unentschieden.

III. Vergütungsanspruch des Hilfeleistenden. 1. RheinA. **106** 136 (Düsseldorf). Kein Anspruch des bei Bränden Hilfeleistenden auf Entschädigung für seine Dienste gegenüber der Gemeinde (Rheinland).

2. AM. PraxPrV. **2** 214 (Karlsruhe). Derjenige (Eigentümer eines Hafenbugsierdampfers), der einen bei einem Versicherten ausgebrochenen Brand löscht, kann von diesem Versicherten nach §§ 677 ff. BGB. Ersatz seiner Aufwendungen selbst dann fordern, wenn er gemäß obrigkeitlicher Anordnung (in der Hafenordnung festgesetzter Löschpflicht) handelt.

§ 84. Literatur: Drumm, Beweislast bei der Erdbebenklausel in den deutschen Versicherungsbedingungen, ZVersWes. **7** 374 ff. — Kißkalt, Die Vollstreckbarkeit kalifornischer Urteile in Deutschland, LeipzZ. **07** 689 ff. — Kohnke, Bedeutung des Erdbebens von San Franzisko für die Feuerversicherungstechnik, ZVersWiss. **08** 1 ff. — Laband, Ein Nachspiel zur Katastrophe von San Franzisko, DJZ. **07** 871. — Marcuse, Die Erdbebenklausel bei Feuerversicherungsverträgen, LeipzZ. **07** 404 ff. — Derselbe, Die Vollstreckbarkeit amerikanischer Urteile in Deutschland, LeipzZ. **08** 220 ff. — Wach, Die Erdbebenklausel bei Feuerversicherungsverträgen, LeipzZ. **07** 477. — v. Witzleben, Die Erdbebenklausel in den Feuerversicherungsverträgen, ZVersWiss. **07** 378 ff. — Eine Zusammenstellung der Arten von Erdbebenklauseln und ihrer Häufigkeit s. VersAnn. **07** 625 ff., 637 ff. und 640 ff. — Über die durch das Erdbeben in San Franzisko ausgelösten Streitfragen und die Stellungnahme des APV. hierzu s. VAPV. **6** 93 ff.

I. Auslegung von Erdbebenklauseln. 1. Marcuse, LeipzZ. **07** 404 ff. Verf. bespricht im Anschluß an das Erdbeben in San Franzisko die Erdbebenklauseln zweier Gesellschaften und führt aus, daß sie sowohl wie auch die der 3 anderen in Frage kommenden Gesellschaften unklar seien und daß diese Unklarheit zu Lasten der Versicherer gehe; es sei in ihnen die Haftung für Brandschäden durch Erdbeben nicht klar aufgenommen. Auch Art. 2628 KalifornGB. komme den Gesellschaften nicht zustatten. Ebenso träfe alle Beweislast die Gesellschaften, sowohl die, daß die Brandschäden durch das Erdbeben entstanden seien (fast unmöglich zu führen) wie auch nach jenem Art. 2628, der noch weitergehe, daß ohne das Erdbeben die Brandschäden nicht eingetreten sein würden.

2. Wach, LeipzZ. **07** 477 ff. Verf. wendet sich gegen Marcuse, dessen Deduktion von Anfang bis zu Ende fehlerhaft sei, und führt aus, daß sowohl in den deutschen Feuerversicherungsverbandsbestimmungen wie in den von Marcuse angezogenen amerikanischen Bedingungen die Haftung der Gesellschaften für Brandschäden infolge Erdbebens klar ausgeschlossen sei.

3. VAPV. **6** 93 ff. Das LG. Hamburg hat verneint, daß in den Bedingungen der Norddeutschen Feuerversicherungsgesellschaft der Wille, Feuerschäden, die direkt oder indirekt Folge eines Erdbebens sind, von der Versicherung auszuschließen, genügenden Ausdruck gefunden habe (Urteil abgedruckt im VAPV. [Anh.] **6** 68 ff., vgl. auch VAPV. **6** 97 ff.).

II. Beweislast. 1. Drumm, ZVersWiss. **07** 374 ff. Bei der Erdbebenklausel in den Feuerversicherungsbedingungen genügt es, wenn die Gesellschaft dartut, daß die Versicherungsobjekte innerhalb des Areals verbrannt sind, welches von dem auf das Erdbeben zurückzuführenden Feuer heimgesucht worden ist. Hat das Feuer ein Gebäude außerhalb des Konflagrationsbezirks vernichtet, so ist es Sache der Gesellschaft, den behaupteten Zusammenhang zwischen Erdbeben und Feuer darzutun. Anlangend Schäden außerhalb des Konflagrationsbezirks, von denen die Gesellschaft behauptet, daß sie ihren Umfang nur der Zerstörung der Löschmittel verdanken, wird der Beweis seitens der Gesellschaft genügen, daß unter normalen Verhältnissen ohne die Zerstörung der Löschmittel durch das Erdbeben das Feuer mit aller Wahrscheinlichkeit gleich oder doch bald nach seiner Entstehung unterdrückt worden wäre. glaubt der Kläger Umstände anführen zu können, welche geeignet sind, darzutun, daß das Feuer auch ohne Erdbeben die versicherten Gegenstände vernichtet hätte, so hat er sie zu beweisen.

2. Vgl. auch WVersZ. **41** 2193 u. 2305.

III. Das kalifornische Gesetz vom 11. März 1907. 1. Laband, DJZ. **07** 871. Da das englisch-amerikanische Recht ausländischen Urteilen nicht die Gegenseitigkeit verbürgt, so war die Vollstreckung der amerikanischen Urteile, die die deutschen Versicherungsgesellschaften entgegen der sog. Erdbebenklausel verurteilten, in Deutschland nicht möglich. Das kalifornische Ges. v. 11. März 1907 verbürgt nun zwar die Gegenseitigkeit. Es ist aber ein Gelegenheitsgesetz speziell für die Erdbebenprozesse. Daher kann zweifelhaft sein, ob die Gegenseitigkeit wirklich als dauernd verbürgt und gesichert angesehen werden kann.

2. Marcuse, LeipzZ. **08** 220 ff., spricht sich dafür aus, daß durch das kalifornische Ges. v. 12. März 1907 die Gegenseitigkeit als verbürgt angesehen werden müsse, unter Bekämpfung der Ausführungen von Kißkalt, LeipzZ. **07** No. 10, der sich seinerseits gegen Marcuse wendet (LeipzZ. **08** 295).

3. Vgl. VAPV. **8** 188 ff.

4. Gegen Marcuse auch VersAnn. **07** 469 ff.

5. **RG.** LeipzZ. **09** 393, JW. **09** 278, VersAnn. **09** 265, WVersZ. **43** 1406. Durch das kalifornische Ges. v. 11. März 1907 ist die Gegenseitigkeit nicht als verbürgt anzusehen. Denn nach der irrevisiblen Auslegung des OLG. soll hiernach der kalifornische Richter auch die sachliche Zuständigkeit des deutschen Gerichts prüfen können. Auch kann ein kalifornisches Urteil (und folglich auch ein deutsches) aus Gründen angefochten werden, die über die Restitutionsgründe der ZPO. hinausgehen.

6. ZVersWes. **08** 311, 325, VersAnn. **08** 521 ff., 550 ff., WVersZ. **42** 1701 ff., 1726 ff., 1788 ff. (LG. Straßburg). Vollstreckungsklage kalifornischer Versicherter gegen eine deutsche Gesellschaft („Rhein und Mosel") wird abgewiesen, weil die Gegenseitigkeit in Kalifornien nicht als verbürgt anzusehen sei, jedenfalls insoweit nicht, als die kalifornischen Urteile vor Inkrafttreten des kalifornischen Ges. v. 11. März 1907 erlassen sind (sehr eingehende Begründung).

IV. Wegen der Haftung des Rückversicherers bei Ersatzverpflichtungen des Erstversicherers infolge unzureichender Erdbebenklausel vgl. zu § 186.

§ 85. Außenversicherung. 1. LeipzZ. **09** 574, R. **09** Ziff. 1719 (Hamburg). Wenn die außerhalb des Hauses befindlichen Gegenstände nur dann mit als gegen Feuer versichert gelten, wenn es sich um Effekten und Gewerbegegenstände handelt, die sich auf der Reise oder bei Verweilen in Bädern oder Sommerfrischen in Hotels oder Privatwohnungen in Europa befinden, so trifft diese Voraussetzung nicht zu bei Effekten und Garderobegegenständen, die ein Kapitän während der Ausübung seines Berufs an Bord seines Schiffes mit sich führt.

2. KGBl. **08** 108 (AG. Berlin-Mitte). Die Klausel, daß auf dem Hausboden nur 5 pCt. der deklarierten Gesamtsumme als versichert gelten, bezieht sich auf alle zur Zeit des Brandes auf dem Boden befindlichen Sachen, gleichgültig, zu welcher Deklarationsposition diese gehören und ob sie ständig oder nur vorübergehend auf dem Boden sind.

§§ 86 ff. Literatur: Hoppe, Der Versicherungswert in der Feuerversicherung, ZVersWiss. **07** 535 ff., 597 (sehr eingehende Erörterungen versicherungswirtschaftlicher Art). — Prange, Die Theorie des Versicherungswerts in der Feuerversicherung. II. Teil, 2. Buch: Die Ermittlung des Versicherungswerts von Waren. 3. Buch: Die Ermittlung des Versicherungswerts von beweglichen Ertrags- und Gebrauchsgegenständen. Jena 1907, Fischer. — Schüller, Der Versicherungswert und die Versicherung entgehenden Gewinns bei der Feuerversicherung, DVersZ. **4** 114 ff.

Vgl. zu § 51 u. § 68.

§ 87. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

§ 89. Wegen der Rückwirkung von § 89 Abs. 2 s. EGVVG. Art. IV.

§ 92. Wegen Brandschadensanzeigen vgl. oben zu § 33 II 4.

§ 94. Vgl. § 11 I.

§ 96. DVersZ. **4** 287 (LG. I Berlin). Wenn (bei einer Wasserschädenversicherung) dem Versicherten und dem Versicherer das Recht zusteht, nach jedem Schadensfalle binnen bestimmter Frist „die Versicherung durch einfache schriftliche Erklärung aufzuheben", so ist in einem Schreiben, worin der Versicherte nach einem Schadensfalle schreibt „Kündige Ihnen hiermit die Versicherung" eine solche sofortige Kündigung als gewollt zu erblicken, nicht aber eine Kündigung für den vertragsmäßig festgelegten, mehrere Jahre später liegenden Ablaufstermin der Versicherung.

§ 97. Literatur: Zur Frage der sog. Wiederherstellungsklausel, ZVersWes. **08** 423 ff. — Vgl. auch zu § 83.

1. ZVersWes. **08** 423 ff. Verf. legt die geschichtliche Entwickelung der sog. Wiederherstellungsklausel dar und plädiert dafür, daß sie nicht zu streng und z. B. nicht auf den Fall ausgedehnt werden könne, wenn infolge polizeilichen Verbots eine gleichartige Wiederherstellung nicht möglich sei.

2. **RG.** VersAnn. **08** 86, ZVersWes. **08** 88, WVersZ. **42** 760. Wenn bestimmt ist, daß der Feuerversicherer nur, wenn und soweit Wiederherstellung erfolgt, entschädigungspflichtig, andernfalls aber nur zum Ersatze des Materialwerts verbunden sein soll, so muß doch nach Treu und Glauben als vereinbart angesehen werden, daß der Versicherer von der Wiederherstellungsklausel dann keinen Gebrauch machen darf, wenn die Polizei die Wiederherstellung gleichartiger Gebäude an Stelle der abgebrannten versagt.

3. VAPV. (Anh.) **6** 73 (Marienwerder). Es besteht Anspruch auf Entschädigung trotz bedingungswidriger Wiederherstellung der abgebrannten Gebäude in gänzlich anderer Weise, wenn die baupolizeiliche Genehmigung zur Wiederherstellung in der gleichen Gestalt versagt worden wäre. Auch für die Wiederherstellungsklausel muß analog den Verwirkungsklauseln der Exkulpationsbeweis zulässig sein.

4. Darüber, ob § 97 zwingendes Recht enthält, s. zu § 99 Ziff. 1.

§ 98. I. Hallbauer, R. **08** 692 ff. § 98 findet auch auf bei Inkrafttreten des VVG. bestehende Verträge Anwendung. — Teilweise Wiederherstellung bewirkt nicht etwa teilweise Pfändbarkeit. Nach Wiederherstellung kann jeder pfänden. — Das Gericht wird auch vor Wiederherstellung im allgemeinen den Pfändungsbeschluß erlassen müssen, insbesondere auf die Behauptung hin, daß es sich um eine Bauforderung usw. handle. Das Gericht wird im allgemeinen nicht übersehen können, inwieweit nach dem Versicherungsvertrage die Entschädigung zur Wiederherstellung zu verwenden ist. Deshalb ist es Sache des Schuldners und der privilegierten Gläubiger, ihre Rechte geltend zu machen. — Erwerber eines Grundstücks ist nicht der bloß obligatorisch aus einem Kaufvertrage Berechtigte; nötig ist dingliche Rechtsänderung.

II. Seuffert, LeipzZ. **09** 104. Eine Versicherungsforderung i. S. von § 98 VVG. gehört nicht zur Konkursmasse.

III. 1. RheinA. **106** 132 (Düsseldorf). Soweit die Versicherungsanstalt von dem Rechte, die Versicherungssumme nur zum Wiederaufbaue zu zahlen, Gebrauch macht, ist der Anspruch des Versicherungsnehmers der Pfändung nicht unterworfen (Auslegung von § 31 Abs. 2 Regl. der Provinzialfeuerverf.-Anst. Rheinprovinz).

2. R. **08** 216 (Stuttgart). Abtretung von Gebäudebrandversicherungsansprüchen ist nach Artt. 33 ff. WürttG. v. 14. März 1853 nur zulässig zu Zwecken der Befriedigung von Forderungen für Bauarbeiten zur Wiederherstellung der Gebäude.

IV. Wegen der Rückwirkung s. zu EGVVG. Art. IV.

§ 99. Literatur zu §§ 99 ff.: Goltermann, Hypothekengläubiger und Feuerversicherung nach BGB. Diss. Gött. 1907 (berücksichtigt das VVG. fast gar nicht). — Hagen, Die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypotheken, JheringsJ. **51** 83 ff. — Josef, Die Veräußerung von Zubehör und die Einziehung der Versicherungsforderung durch den Konkursverwalter, LeipzZ. **09** 521 ff. — Kretzschmar, Die hypothekenrechtlichen Vorschriften des VVG., ZBlFG. **9** 679 ff. (eingehende Darstellung der in Frage kommenden Bestimmungen). — Ludewig, Die Rechte Dritter aus dem Feuerversicherungsvertrage, DVersZ. **3** 161 ff., 205 ff. — Simon, Der versicherungsrechtliche Schutz des Hypothekengläubigers. Leipzig 1909, Wörner (eingehende Darstellung). — Schneider, Bemerkungen zum VersicherungsvertragsG. von 1908. 1. Die versicherungsrechtliche Stellung des Hypothekengläubigers, LeipzZ. **09** 506 ff.

Zu §§ 99 ff. im allgemeinen. 1. Hagen, JheringsJ. **51** 117. Die Bestimmungen der §§ 97 ff. VVG. sind nicht zwingend; der Versicherungsvertrag kann alle Rechte der Hypothekengläubiger ausschließen, 106/107 (aM. Begr. **06** 103 und Reinbeck, Haftung der Versicherungsforderung [München 1905] 65).

2. Ludewig, DVersZ. **3** 161 ff., 305 ff., vergleicht in eingehender Darstellung den bisherigen Rechtszustand, wie ihn die Gesellschaften geschaffen hatten, mit den Bestimmungen des VVG. (1. Entw.). — a) Dem Realkreditschutze diente bisher die „Erklärung des Versicherten behufs Erteilung einer Hypothekenbescheinigung" und die „Hypothekenbescheinigung" (162 ff.). Gegenüber den §§ 99 ff. VVG. steht hiernach der Versicherte insofern besser, als die Gesellschaft sich verpflichtete, die Versicherung für Interesse und Rechnung des Hypothekars auch über die Frist von drei Monaten nach Beendigung der Versicherung fortzusetzen, welche Frist mit der dem Hypothekengläubiger erstatteten Anzeige von der Beendigung beginnt (212). b) Der Versicherung für fremde Rechnung bei Mobilien (Kaufmannsgütern) diente bisher das „Assekuranz-Zertifikat" (169) und der „Revers" gegenüber der Reichsbank bei Versicherung lombardierter Warenläger (172). Die Bestimmungen der §§ 74 ff. VVG. schaffen jetzt Ersatz (212 ff.). c) Endlich bespricht Verf. den § 69 VVG. (218/219).

3. Hagen, JheringsJ. **51** 124 ff. In den Fällen der §§ 99 ff. handelt es sich zum Teil um den Anspruch des Versicherungsnehmers, den der Hypothekengläubiger geltend macht. In vielen Beziehungen muß aber ein eigener Anspruch des Hypothekengläubigers angenommen werden, versicherungsrechtlich eine Versicherung für

fremde Rechnung. Dieses eigene Recht des Hypothekars ist praktisch, soweit sein unmittelbares Vorgehen nach §§ 1282, 1228, 1182 Abs. 2 BGB. in Frage kommt, ferner für §§ 1281, 1282 und für die Annahme der Stellung des Hypothekars innerhalb, nicht außerhalb des Versicherungsverhältnisses. Er hat keinerlei Ansprüche, wenn ihm Arglist hinsichtlich Über- und Doppelversicherung (§ 100 Abs. 3 VVG.) zur Last fällt, ferner wenn er vorsätzlich oder fahrlässig den Versicherungsfall oder Gefahrerhöhungen herbeiführt usw.

4. Schneider, LeipzZ. **09** 506 ff. Die Erstreckung der Haftung auf die Versicherungsforderung ist zunächst nichts als die rechtlich gesicherte Möglichkeit, die haftenden Rechte vor anderen Gläubigern zur Befriedigung heranzuziehen. Erst durch die hierauf gerichteten Maßnahmen (Pfändung, Zwangsversteigerung usw.) entsteht ein wirkliches Recht des Hypothekengläubigers (507). Immer aber handelt es sich um die Versicherungsforderung des Versicherungsnehmers selbst; es ist nicht angängig (so Gerhard, Komm. 433), den Hypothekengläubiger als Versicherten anzusehen (507 ff., 509). — Hat der Hypothekengläubiger selbst den Brandfall verursacht, so ist der Wegfall seines Rechtes aus dem Hypothekenrecht unter Heranziehung von § 157 BGB. zu erklären, das Recht des Versicherungsnehmers bleibt in solchem Falle unberührt (509). — Aufrechnung gegenüber dem Versicherungsnehmer kann der Versicherer nicht dem Hypothekengläubiger entgegenhalten (509).

5. Josef, LeipzZ. **09** 521 ff., kommt unter Besprechung von **RG. 25** 19, **42** 85, **64** 28 u. **69** 85 zu folgendem Ergebnisse: Die Realgläubiger haben kein Recht darauf, daß die ihnen verhafteten getrennten Erzeugnisse und Bestandteile sowie die Miet- und Versicherungsforderung auf dem Grundstück oder in der Pfandhaftung verbleiben. Dadurch, daß der Konkursverwalter die Erzeugnisse und Bestandteile veräußert oder jene Forderungen zur Masse einzieht, wird diese nicht rechtlos bereichert, und es entsteht daher kein Anspruch des ausgefallenen Realgläubigers an die Masse. Wohl aber haben die Realgläubiger ein Recht darauf, daß das Zubehör dauernd auf dem Grundstücke verbleibe und daß der Verwalter die für verbranntes Zubehör eingezogene Versicherungsforderung wieder zur Ergänzung des Zubehörs verwende. Macht also der Verwalter Zubehör zu Geld oder zieht er die Versicherungsforderung hierfür zur Masse ein, so ist diese rechtlos bereichert und dem ausgefallenen Realgläubiger in Höhe seines Ausfalls zur Herausgabe verpflichtet.

§ 100. Über den Fall, daß bedingungsgemäß eine Kündigung nur zulässig ist, wenn vor Ablauf der Kündigungsfrist die Genehmigung der Hypothekengläubiger beigebracht wird, vgl. R. **09** Ziff. 2537 (Hamburg): Wenn in solchem Falle die Gesellschaft der ohne solche Genehmigung erklärten Kündigung nicht widerspricht, so tritt die Wirkung der Kündigung auch dann ein, wenn die Genehmigung erst nach Ablauf der Kündigungsfrist beigebracht wird.

§ 101. 1. Hagen, IheringsJ. **51** 119. Unerheblich ist es, ob die Vertragsverletzung des Versicherungsnehmers vor oder nach der Hypothekeneintragung liegt. Jedenfalls muß aber die Hypothek vor Eintritt des Versicherungsfalls entstanden sein.

2. Hagen, IheringsJ. **51** 117. Soweit Verletzungen der §§ 61, 62 ff., 67, 6, 32 usw. VVG. für den Versicherer einen Entschädigungsanspruch begründen, kann er hiermit nicht gegen den Anspruch des Hypothekengläubigers aufrechnen. Das folgt aus § 1276 BGB. Es ist aber im Hinblick auf § 101 VVG. die Aufrechnung auch deshalb für unzulässig zu halten, weil ihre Zulassung der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses widersprechen würde.

3. Schneider, R. **08** 835 ff. Aus § 101 VVG. folgt, daß der Versicherungsnehmer vor dem Eintritte des Versicherungsfalls über seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage frei verfügen kann. Die Verhaftung für die Hypothek tritt erst mit dem Versicherungsfall ein (unrichtig oder unklar Hagen, IheringsJ. **51** 95).

§ 102. Hagen, IheringsJ. **51** 122. § 102 gilt nicht hinsichtlich der Wiederherstellungsgelder.

§ 103. 1. Hagen, IheringsJ. **51** 120. Verletzung des § 103 VVG. macht den Versicherer voll schadensersatzpflichtig. § 103 gilt aber nicht für § 38 VVG.

2. Wegen der Frage, ob der Versicherer den Gläubiger des Versicherten, dem dessen Ansprüche verpfändet sind, von der Nichtzahlung benachrichtigen muß, s. zu § 39 IV.

§ 106. Wegen der Möglichkeit grundbücherlicher Eintragung der Verpflichtung preußischer Rentengutsnehmer zur Versicherung gegen Feuer- und Hagelschaden vgl. **ROLG.** **18** 232 (KG.).

§ 107. Schneider, LeipzZ. **09** 510. Wenn der Versicherungsnehmer nachträglich zum Hypothekengläubiger wird oder wenn der umgekehrte Fall eintritt oder wenn die vereinigten Rechte sich wieder trennen, so kommt es auf den Zeitpunkt des Zusammenfallens und der Trennung an; was vorher oder nachher liegt, steht nicht unter der Regel des § 107 VVG.

Dritter Titel. Hagelversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 108 ff.: Die Hagelversicherung hat wenig Berichtsstoff ergeben. Ihr bester Kenner Rohrbeck hat uns aber in seinem „Hagelversicherungsvertrag" ein über den Rahmen der §§ 108 ff. hinaus wertvolles Werk geschenkt.

Literatur: Rohrbeck, Der Entwurf eines VVG. und die geltenden Hagelversicherungsbedingungen. Berlin 1907. — Derselbe, Der Hagelversicherungsvertrag nach VVG. und EGVVG. Diss. Hamburg 1908, Lippert (auch bei Deichert, Leipzig 1909). — Derselbe, Die Organisation der Hagelversicherung, vornehmlich in Deutschland (Einleitung und Kap. I). Diss. Berlin 1909. — Derselbe, Die geschichtliche Entwicklung der Prämienbestimmung und Entschädigungsberechnung in der deutschen Hagelversicherung, ZVersWiss. **07** 657. — v. Marck, Die Obmannstaxe in der Hagelversicherung als Schiedsspruch, ZVersWiss. **09** 239 (s. zu § 64 Ziff. 1).

Vor § 108. Wegen der Hagelversicherung vgl. auch VAG. § 7 III.

§§ 108 ff. Rohrbeck, Hagelversicherungsvertrag nach VVG., gibt eine systematische Darstellung des gesamten VVG. mit Beziehung auf die Hagelversicherung. Er bespricht im Kap. 1 die geschichtliche Entwickelung eines besonderen Hagelversicherungsrechts, im Kap. II den Hagelversicherungsvertrag nach VVG.: 1. Begriff, 2. Wirksamkeit (Form, Zustandekommen, Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Beginn, Ende, Dauer), 3. rechtliche Folgen (Rechte und Pflichten von Versicherungsnehmer und Versicherer), sowie 4. Verjährung und Ausschlußfrist; endlich Kap. III: Einfluß des VVG. auf bestehende Versicherungsverhältnisse.

§ 113. Wegen der Kündigung bei Hagelversicherungen s. auch VAG. § 7 III 2.

§ 114. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

§ 115. Wegen der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV.

Vierter Titel. Viehversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 116 ff.: Auch die Viehversicherung bietet wenig Berichtsstoff. Eine Reihe von Entscheidungen war in anderem Zusammenhange zu bringen. Sie finden sich bei den betreffenden Vorschriften des 1. Abschnitts und des 1. Titels des 2. Abschnitts.

Literatur: Fröhlich, Die Viehversicherung mit besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in den süddeutschen Staaten. Diss. Göttingen 1907. — Binswanger, Die obligatorische Viehversicherung in der Schweiz. Leipz. Diss. Weida 1907.

Vor §§ 116 ff. I. Wegen der Viehversicherung s. auch zu II.

II. Entscheidungen zur Viehversicherung s. auch zu § 54 (Nachversicherungspflicht).

III. Über Gefahrerhöhung durch Anschaffung von Pferden bei Haftpflichtversicherung s. zu § 23 I 1 d u. e.

IV. Über Nachversicherungspflicht s. zu § 54 II 3.

V. 1. Vgl. die mit Rücksicht auf das VVG. abgeänderte Mustersatzung für Viehversicherungsvereine in VAPV. **09** 31 ff. samt „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Viehlebensversicherung" in VAPV. **09** 39 ff., ferner Mustersatzung für kleinere Viehversicherungsvereine in VAPV. **09** 55 ff. und Mustersatzung für Schlachtviehversicherungsvereine VAPV. **09** 66 ff.

2. Wegen Stempelung des versicherten Viehes bei Ausschluß gewisser Gefahren s. VAPV. **6** 9.

§ 123. VAPV. (Anh.) 8 62 (KG.). Die Bestimmung, daß der Versicherte für alle Unkosten der Behandlung eines erkrankten Tieres aufzukommen habe, ist dahin auszulegen, daß die Gesellschaft die Kosten dann erstatten muß, wenn sie sich ohne beachtliche Gründe weigert, die Tötung zu gestatten.

§ 126. R. **09** Ziff. 590 (Stuttgart). Ist Wiederherstellung des Tieres trotz mehrmonatiger Heilversuche nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwande zu erwarten, so muß die Gesellschaft das Tier abnehmen oder die Tötung gestatten, widrigenfalls sie nach §§ 284, 285 BGB. haftet.

§ 128. 1. LeipzZ. **09** 333 (Colmar). Wenn die Versicherung bedingungsgemäß beim Übergange des Tieres auf einen Dritten erlischt, so lebt sie nicht wieder auf, wenn der Versicherungsnehmer das veräußerte Tier zufolge Wandelung zurücknimmt.

2. Wegen der Rückwirkung von § 128 Abs. 2 s. EGVVG. Art. IV.

Fünfter Titel. Transportversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 129 ff.: Wenig ergiebig in rechtlicher Beziehung waren auch die §§ 129 ff. Bedeutungsvoll ist der Aufsatz Berckums ebenso wie die Schrift Herzogs, beides aber wenig zu einer Besprechung im Jahrbuche geeignet und mehr von versicherungspraktischem Werte.

Literatur: Berckum, Die Valorenversicherung, ZVersWiss. **07** 467 ff. (eingehende systematische Darstellung). — Herzog, Die Praxis der Transportversicherung. Berlin, Mittler. — Kohl, Die Transportversicherung (Binnentransport), DVersZ. **2** 303 ff.

Vor §§ 129 ff. I. VAPV. (Anh.) 8 244 ff. geben eine amtlich aufgestellte Mustersatzung für kleinere Kaskoversicherungsvereine.

II. Wegen Heranziehung seeversicherungsrechtlicher Grundsätze für die Auslegung der Binnenschiffahrtsversicherungsverträge s. Hagen, AssekJahrb. **28** 9 ff., oben zu § 1 VI 1.

III. Über die Anwendung ausländischen Rechtes bei Binnenschiffahrtsversicherungen s. oben zu § 1 VII 3.

§ 131. WVersZ. **43** 2303 (Hamburg). Wennschon leichtentzündliche usw. Waren von der Transportversicherung bedingungsgemäß ausgeschlossen sind und der Sachverständige amorphen Phosphor für leichtentzündlich und feuergefährlich erklärt, so könnte der Versicherte doch beweisen und sich darauf stützen, daß ausdrücklich oder stillschweigend diese Eigenschaften jener Ware vertraglich nicht beigemessen worden sind oder daß allgemein im Versicherungsverkehre jene Ware nicht als leichtentzündlich und feuergefährlich behandelt wird.

§ 132. LeipzZ. **07** 75 (Hamburg). Wenn sich die Versicherung bedingungsgemäß nur auf Verladungen in mit Revisionsattest versehenen Kähnen erstreckt, so

fällt ein nicht mit solchem Atteste versehener Kahn nicht darunter, selbst wenn der Versicherungsnehmer geglaubt hat, der Kahn habe ein Attest.

§ 133. **RG.** WVersZ. **44** 193. Schiffshebekosten fallen bei Binnenschiffsversicherung dem Versicherer zur Last.

§ 134. 1. **RG.** VAPV. (Anh.) 8 66; vgl. **7** 106. Fall einer Transportversicherung mit durchgehendem Risiko zu Wasser und zu Lande. Ausschluß der Haftung für Aufruhrschäden zu Lande im Hinblick auf die Klausel „nur für Seegefahr".

2. LeipzZ. **07** 761, DVersZ. **3** 178 (Cöln). Die Transportversicherung umfaßt mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vereinbarung auch denjenigen Zeitraum, während dessen der versicherte Gegenstand von einem Transportmittel zum anderen (Schiff, Eisenbahn) transportiert wird, nicht nur die Zeit, wo er sich i n einem Transportmittel befindet.

Sechster Titel. Haftpflichtversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 149 ff.: In ungemein vielen und ausführlichen Aufsätzen sind die Fragen behandelt, die die §§ 149 ff. darbieten. Grundsätzlicher Streit herrscht über die Natur der Haftpflichtversicherung, ob sie einen Befreiungs- oder einen Zahlungsanspruch gewährt (s. zu §§ 149, 156), wozu auch das RG. schon mehrfach und mit Hinblick auf das neue Recht Stellung genommen hat. Am heftigsten aber tobt der Kampf um § 157, von dem man nicht weiß, ob er dem Dritten im Konkurse des Versicherungsnehmers ein wirkliches Absonderungsrecht im Sinne der KO. verleiht oder ob es sich um ein besonderes Vorzugsrecht handelt. Weitere Einzelfragen sind zu diesem eigenartigen Gebilde des § 157 aufgetaucht, das ebensoviele Schwierigkeiten zu bereiten scheint wie seiner Zeit der § 61 VAG. Und noch ist der Streit nicht beendet und die Rechtslage nicht voll geklärt. Auf die Artikel von Flechtheim, Meuret, Seuffert und Josef hierzu sei verwiesen. Im übrigen haben auch die Fragen des Besitzwechsels bei der Haftpflichtversicherung (§ 151) mehrfache Bearbeitungen und mancherlei Entscheidungen veranlaßt.

Literatur: Conradt, Das juristische Wesen der Haftpflichtversicherung, Gött. Diss. Magdeburg 1907. — Fuld, Die materielle Tragweite der Haftpflichtversicherung, Assek. Jahrb. **31** 1 ff. — Gierke, Die Haftpflichtversicherung und ihre Zukunft, GoldschmidtsZ. **60** 1 ff. — Hüttner, Haftpflicht- und Unfallversicherung. Roßberg 1908. — Marcus, Glossen zur Haftpflichtversicherung, ZVersWiss. **07** 464. — Moldenhauer, Die industriellen und landwirtschaftlichen Haftpflichtversicherungsverbände. Berlin 1907, Guttentag. — Serini, Gedanken über Haftpflicht und Gefährdungshaftung, AssekJahrb. **28** II 123 ff. — Derselbe, Bedenken gegen die Haftpflichtgarantieversicherung (d. h. die Versicherung dagegen, daß der Schädiger n i c h t gegen seine Haftpflicht versichert ist; vgl. Kohl, ZVers. Wiss. **06** 619), ZVersWiss. **07** 89 ff. — Hiergegen: Kohl, Zur Verteidigung der Haftpflichtgarantieversicherung, ZVersWiss. **07** 307 ff. — Vgl. auch Runge, DVersZ. **2** 361 ff. (Haftpflichtvorsorgeversicherung der Viktoria). — Unfried, Die Schadensregulierung in der Haftpflichtversicherung unter Berücksichtigung des VVG., ZVersWiss. **09** 271 ff. — Im übrigen s. zu den einzelnen Paragraphen.

Vor §§ 149 ff. I. PrazPrV. 2 59 (LG. I Berlin). Lebenslängliche Haftpflichtversicherungsverträge sind n i c h t unsittlich, sondern gültig.

II. Über Vergleich und Verzicht bei Haftpflichtversicherung s. oben zu § 11 II.

III. Über Gefahrerhöhung bei Haftpflichtversicherung s. zu § 23 I 1 d u. e.

§ 149. I. Begriff und Umfang der Haftpflichtversicherung. 1. Gierke, 1 ff. Verf. behandelt eingehend die Entwicklung der Haftpflichtversicherung (1—13), das geltende Haftpflichtversicherungsrecht (13—47), die Anfeindungen gegen die Haftpflichtversicherung (47—58), die Grenzen der Haftpflichtversicherung (59, 60) und tut schließlich einen Ausblick in die Zukunft (60—66). Haftpflichtversicherung bezieht sich auf (g e s e t z l i c h e und

vertragliche) Schadensersatz- und Fürsorgeansprüche (11), verschieden nach Subjekt (21) und (27) nach Art des Schadens (Körperverletzung, Sachbeschädigung, anderweite Vermögensschädigung). Versicherungsfall ist richtig (schief VVG. § 149) nicht die Entstehung der Haftpflichtschuld, sondern die Inanspruchnahme des Versicherten. Daher gewährt die Haftpflichtversicherung Schutz gegen nachteilige Folgen der Geltendmachung eines Haftpflichtanspruchs (35), die vermögensrechtlicher oder persönlicher Natur sein können (37).

2. Fuld, 1 ff. Haftpflichtversicherung ist Rechtsschutzversicherung. Sie bezieht sich auch nach § 149 VVG. nur auf Schadensersatzansprüche und nicht auch auf Verbindlichkeiten, die nicht Schadensersatzpflicht sind. Gleichgültig ist, ob es sich um gesetzliche oder vertragliche Schadensersatzpflicht handelt. Ist die Versicherung auf gesetzliche Schadensersatzpflicht beschränkt, so fallen unter sie auch die Fälle, in denen sowohl die gesetzliche wie die vertragliche Haftpflicht begründet ist. Unter Umständen tritt im gleichen Falle die Versicherung auch ein, wenn die gesetzliche Haftpflicht sich erst durch Vermittlung eines Vertragsverhältnisses ergibt (vgl. **RG.** R. **08** Ziff. 2261, LeipzZ. **08** 616). Im Zweifel sind gesetzliche und vertragliche Haftpflichtfälle als versichert anzusehen. Nicht fallen unter die Haftpflichtversicherung Schädigungen des Versicherten, die nicht Schadensersatzleistungen sind, sondern z. B. auf seiner Fürsorgepflicht beruhen, in denen also der Versicherte nicht Schadenstifter ist (vgl. auch § 63 HGB., §§ 616 ff. BGB., § 12 Abs. 1 GewUVG.).

3. Unfried, 271—331. Verf. behandelt eingehend a) die bei der Schadensregulierung beteiligten Personen, b) die Schadensanmeldung, c) die Deckungsfrage, d) die Untersuchung des Tatbestandes, e) etwaige Strafverfahren, f) Ratschläge und Weisungen des Versicherers, g) die Entscheidung und die Kulanz des Versicherers, h) Ablehnung und Prozeß α) Ablehnung der Ansprüche des Versicherten, β) Ablehnung des Anspruchs des Geschädigten), i) Auszahlung der Entschädigung, k) den Regreß gegen Dritte und l) die Kündigung des Versicherungsverhältnisses.

4. Unfried, ZVersWiss. **09** 284. Versicherungsfall und Schadensereignis fallen bei Körperverletzungs- und Seeschadenshaftpflichtversicherung zusammen (aM. Schneider 438, Hager-Behrend § 153, Schmidt § 149).

5. **RG.** BayRpflZ. **08** 105, WVersZ. **42** 801. Wenn nur die Haftpflicht gegenüber solchen Dritten versichert sein soll, die nicht zur Familie des Versicherten gehören und zu demselben in keinerlei Arbeits- oder Lohn- oder Gehaltsverhältnisse stehen, so ist doch die Auslegung zulässig, daß der Vater des Versicherten, der diesem aus Gefälligkeit mithilft, nicht ausgeschlossen ist.

6. **RG.** LeipzZ. **08** 616, WVersZ. **42** 2100, R. **08** 384. Ist bei einer Haftpflichtversicherung die vertragliche Haftpflicht nicht mitversichert, so ist der Versicherungsfall doch gegeben, wenn sich die Haftpflicht im einzelnen Falle sowohl als eine vertragliche, auf Grund des mit dem Verletzten geschlossenen Mietvertrags wie auch als eine gesetzliche (§§ 823 ff. BGB.) darstellt.

7. **RG.** LeipzZ. **07** 65). Auslegung der Vertragsbestimmung — daß die Versicherung sich auf 40 000 M. pro Kopf der verletzten Fahrgäste oder Passanten, im ganzen aber nur auf 100 000 M. pro Ereignis erstrecke, wenn zwei oder mehr Personen verunglücken — dahin, daß keinesfalls pro Kopf mehr als 40 000 M. verlangt werden können („Massenunglück").

8. Wegen Haftpflicht aus geschäftlichem Betriebe s. zu § 151.

9. Vgl. auch zu II.

II. Der Versicherungsanspruch bei der Haftpflichtversicherung. 1. Befreiungsanspruch verneinend. Josef, JheringsJ. **56** 159 ff. Der Grundsatz des § 149 VVG., wonach der Versicherer die

Entschädigung in Geld zu leisten hat, gilt auch für die Haftpflichtversicherung; bei dieser geht der Anspruch des Versicherungsnehmers also nicht auf Befreiung. Das ergibt sich aus dem Wortlaute der §§ 149, 154, 156, 157, wonach der Versicherer dem Versicherungsnehmer die (Geld)Leistung zu ersetzen hat, die dieser dem Dritten schuldet, und wo die dem Versicherungsnehmer gebührende Leistung als „Entschädigung" bezeichnet wird. Der sonach dem Versicherungsnehmer zustehende Anspruch auf Leistung der Entschädigung in Geld unterliegt folglich seiner unbeschränkten Verfügung und der Pfändung seiner Gläubiger.

2. Befreiungsanspruch bejahend. a) **RG. 70** 257, LeipzZ. **09** 310, JW. **09** 201, WVersZ. **43** 1487, VersAnn. **09** 373 ff., BadRpr. **09** 153, VAPV. (Anh.) 8 58, DJZ. **09** 547, R. **09** Ziff. 1071. Die Haftpflichtversicherung ist nicht Vertrag zugunsten Dritter, nicht Versicherung für fremde Rechnung, nicht Rechtsschutz-, sondern wirkliche Schadensversicherung. Sie soll den Versicherungsnehmer vor Haftpflichtschaden bewahren. Aber der Schaden besteht nach Eintritt des Versicherungsfalls zunächst nur in der Belastung des Vermögens mit der Ersatzverbindlichkeit. Solange der Versicherungsnehmer diese nicht erfüllt hat, erschöpft sich sein Interesse darin, daß die Gesellschaft dafür sorgt, daß er nicht in Anspruch genommen werde. Er hat daher in dieser Zeit nur einen Befreiungsanspruch. Es ist also eine Pfändung der Ansprüche des Versicherungsnehmers an die Gesellschaft nur seitens des Beschädigten wirksam möglich. **b) RG. 71** 363, JW. **09** 500, VAPV. (Anh.) 8 98, R. **09** Ziff. 2538. Der Anspruch aus der Haftpflichtversicherung geht, solange die Befriedigung des Beschädigten nicht erfolgt ist, nicht auf Zahlung der Ersatzsumme, sondern auf Befreiung von der Schuld. **c)** Im übrigen s. zu § 156 und zu § 157 I.

3. Klagantrag. **a) RG.** LeipzZ. **09** 698, WVersZ. **43** 1660, VAPV. (Anh.) 8 57, ÖVersZ. **09** Beil. 242, R. **09** Ziff. 1720. Bei Haftpflichtversicherung ist der Klagantrag dahin zu richten, festzustellen, daß der gegen den Versicherten geltend zu machende Schadensersatzanspruch des Verletzten bis zum Betrage der Versicherungssumme unter die Haftpflichtversicherung falle. Zu prüfen ist in diesem Rechtsstreit, ob ein Anspruch des Dritten besteht. Ob der Dritte ihn bereits geltend gemacht hat, ist unerheblich. **b)** Hiergegen wendet sich ÖVersZ. **09** Beil. 272. **c)** VAPV. (Anh.) 8 93 (Hamburg) (vgl. **RG.** VAPV. (Anh.) 7 91 [Hamburg], 8 33). Unzulässig (mangels Feststellungsinteresses) ist eine Klage des Verletzten, — mögen ihm auch die Ansprüche des Haftpflichtversicherten abgetreten sein, — gegen die Gesellschaft dahin, daß festgestellt werde, die Gesellschaft sei verpflichtet, den Haftpflichtversicherten von allen Ansprüchen des Drittverletzten freizuhalten. Ebenso ist ein Antrag dahin, festzustellen, daß die Gesellschaft verpflichtet sei, dem Drittverletzten für alle Ansprüche bis zur Höhe der Versicherungssumme aufzukommen, jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn der Drittverletzte gelegentlich der Abtretung dem Versicherten gegenüber auf alle Ansprüche verzichtet und hierdurch den die Voraussetzung des Haftpflichtversicherungsanspruchs bildenden Prozeß gegen den Versicherten (§ 67 VVG.) selbst unmöglich gemacht hat. **d)** HansGZ. **08** Beibl. 7 (Hamburg). Ist der Anspruch des Beschädigten gegen den Haftpflichtversicherten verjährt, so ist die Klage des Beschädigten gegen den Haftpflichtversicherer aus abgetretenen Rechten des Versicherten abzuweisen. **e)** Vgl. zu c u. d, oben zu § 67 II 1.

§ 150. 1. **RG.** WVersZ. **42** 2100, R. **08** 385. Wenn die Haftpflichtversicherungsgesellschaft nach den Versicherungsbedingungen die Führung des von einem Beschädigten dem Versicherten gegenüber anhängig gemachten Rechtsstreits übernimmt, so hat sie damit noch nicht ihre Regreßpflicht anerkannt. Sie kann die Haftpflicht vielmehr trotz rechtskräftiger Entscheidung des Vorprozesses bestreiten.

2. Wegen des Verhältnisses von § 150 zu § 157 s. zu § 157 I 2.

§ 151. Literatur: Emminghaus, Rechtsfolgen des Wechsels in der Person des Versicherungsnehmers bei der Haftpflichtversicherung, DVersZ. **3** 63 ff. — Herzfelder, Einfluß des Besitzwechsels auf bestehende Haftpflichtversicherungsverträge, ZVersWiss. **09** 549 ff. — Josef, Die Haftpflichtversicherung verbundener Rechtsanwälte, LeipzZ. **08** 680. — Derselbe, Die Haftung des Versicherers für unrichtige Anwendung des Gesetzes bei der Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten, AssekJahrb. **30** 17 ff. — Derselbe, Zur Haftpflichtversicherung preußischer Notare, HoldheimsMSchr. **08** 279 ff. — Über § 151 bei Haftpflichtversicherung des Reeders vgl. Boyens, Comité maritime international, GoldschmidtsZ. **62** 23.

Haftpflichtversicherung geschäftlicher Betriebe. I. Umfang der Versicherung bei den einzelnen Betrieben. 1. Grundstücksbesitzer. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 698, WVersZ. **43** 1660, ÖVersZ. **09** Beil. 242, R. **09** Ziff. 1721; hiergegen ÖVersZ. aaO. 272. Wenn ein Landwirt auch gegen diejenige Haftpflicht versichert ist, die ihm als Haus- und Grundbesitzer obliegt, soweit die zum Betriebe gehörigen Lokalitäten und Grundstücke in Frage kommen, so fällt unter die Versicherung auch der Unfall, den ein Hochzeitsgast auf dem Glatteise des Wirtschaftshofs erleidet. **b)** **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 24. Umfang der Haftpflichtversicherung eines Grundstücksbesitzers auf dem Lande. Einbeziehung der durch eine in dem Grundstücke befindliche Häckselmaschine entstehenden Unfälle, weil der Versicherer mit dem Vorhandensein einer solchen Maschine bei ländlichen Grundstücken rechnen mußte. **c)** VAPV. (Anh.) **6** 26 (KG.). Eine von einem Grundstückseigentümer gegen Haftpflichtverbindlichkeiten wegen aller Unfälle, die dritte Personen während ihres Aufenthalts auf dem Grundstück erleiden, genommene Versicherung erstreckt sich nicht stillschweigend auf die Tierhalterhaftung für einen Haushund, da dieser, mag er auch zur Bewachung nötig und dem Agenten bekannt gewesen sein, im Antrage nicht erwähnt ist und eine wesentliche Gefahrerhöhung darstellen würde. **d)** VAPV. (Anh.) **6** 58 (KG.). Wenn in einem Antrage für Haftpflichtversicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe vom Antragsteller gesagt ist, er benutze seine Arbeitspferde auch mal ausnahmsweise zum Ausfahren, Reiten und für Fuhren kleinerer Leute, so ist mangels entgegenstehenden Policeninhalts die Versicherung auch für die erwähnte Benutzung der Arbeitspferde als im Parteiwillen liegend zu erstrecken; die unentgeltliche Hochzeitsfuhre für einen Fischer ist also als Betriebsunfall in diesem Sinne zu verstehen. **e)** OLG. **17** 52 (Braunschweig). Unfall eines Hochzeitsgastes auf dem Gutshofe fällt unter die Haftpflichtversicherung, die vom Versicherten als Unternehmer eines landwirtschaftlichen Betriebs genommen war, wozu aber die Bedingungen bestimmten, daß sie auch für diejenige Haftpflicht gelte, die dem Versicherungsnehmer als Haus- und Grundbesitzer obliegt, soweit die zum Betriebe gehörigen Lokalitäten und Grundstücke in Frage kommen.

2. Fuhrwerksbesitzer. **a)** **RG.** VAPV. (Anh.) **8** 94, WVersZ. **43** 1913, R. **09** Ziff. 1939. Ist die Haftpflicht aus dem Besitz und aus der Verwendung von Pferden, ausschließlich jedoch des Lohnfuhrwerksbetriebs, versichert, so liegt ein versicherungspflichtiger Unfall vor, wenn der Versicherte das zu einer Lohnfahrt benutzte Fuhrwerk auf der betreffenden Heimfahrt zu eigenem Zwecke (Transport von Stämmen) benutzt. War aber zugleich ein Wagen der Waldbahn mitaufgeladen, dann ist zu prüfen, ob etwa die Lohnfuhrtätigkeit überwogen hat. **b)** LeipzZ. **07** 153 (KG.). Die Haftpflichtversicherung eines Fuhrwerksbesitzers betrifft alle Haftung, die in den Rahmen des Unternehmens fällt. Das Unternehmen eines Fuhrwerksbesitzers umfaßt alles, was tatsächlich und wirtschaftlich mit der auf Bewirkung von Transport gerichteten Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhange steht und diesem Erwerbszwecke dient. **c)** Vgl. auch oben zu 1 d und unten zu 4 b.

3. Rechtsanwälte, Notare. **a)** Gesetzesauslegung. Josef, AssekJahrb. **30** 17 ff. Verf. stellt im wesentlichen die Fälle zusammen, in denen der Rechtsanwalt seinem Auftraggeber wegen unrichtiger Gesetzesanwendung haft-

pflichtig wird und in denen er deshalb sich seinerseits an den Haftpflichtversicherer halten kann. b) Anwaltsassoziation. Josef, LeipzZ. **08** 680 ff. Ausgehend vom Urteile des OLG. Hamburg (VAPV. (Anh.) **5** 107), meint Verf.: Wenn Rechtsanwälte sich zur Ausübung des Berufs verbinden, so liegt zwar, da jeder den Beruf selbständig ausübt, keine Gesellschaft vor; wohl aber liegt in der Verbindung die öffentliche Erklärung, daß, wie die Anwälte durch ihre Tätigkeit gemeinschaftlichen Erwerb suchen, jeder von ihnen auch gesamtschuldnerisch für Verschulden des anderen haften wolle. Folglich ist, wenn einer von ihnen haftpflichtversichert ist, die Leistungspflicht des Versicherers begründet, auch wenn nicht der Versicherungsnehmer, sondern dessen Genosse schuldhaft gehandelt hat, der Geschädigte aber seinen Ersatzanspruch gegen den Versicherungsnehmer geltend macht. Der diesem gegen seinen Genossen zustehende Ersatzanspruch geht dann nach § 67 VVG. auf den Versicherer über. Fordert der Geschädigte den Schadensersatz nicht vom Versicherungsnehmer allein, sondern zugleich auch von dem anderen Rechtsanwalte, so kann der Versicherungsnehmer gemäß §§ 157, 242 BGB. vom Versicherer zunächst nur die Hälfte des Schadens ersetzt verlangen. Die Verpflichtung des Versicherers zur Mehrleistung tritt erst ein, wenn der Geschädigte gemäß § 421 BGB. gegen den Versicherungsnehmer weitere Ansprüche erhebt. c) Stempelhaftung der Notare. α. Josef, HoldheimsMSchr. **08** 279 ff. Verf. bekämpft die Entscheidung des OLG. **17** 49 (Kiel) (s. unten). Wenn ein preußischer Notar zur Nachzahlung des von ihm zu wenig verwendeten Stempels nach §§ 13, 15 PrStempG. v. 31. Juli 1895 herangezogen wird, so liegt i. S. der Haftpflichtversicherung ein „Schadensersatzanspruch, den ein Dritter infolge fahrlässiger Verletzung der Amts- und Berufspflicht durch den Notar gegen diesen erworben hat", vor. Die Haftpflichtversicherung muß den Notar entschädigen. β. OLG. **17** 49 (Kiel). Ein haftpflichtversicherter Notar kann von der Gesellschaft nicht Ersatz des Stempelsteuerbetrags verlangen, den er zu wenig verwendet und den er deshalb auf Erinnerung der Stempelbehörde zu zahlen hat (§ 13 PrStempStG.). Die Stempelbehörde nimmt den Notar nur als einen der mehreren prinzipaliter Stempelpflichtigen in Anspruch. Sie macht keinen Schadensersatzanspruch geltend. Das letztere aber ist Voraussetzung des Haftpflichtversicherungsanspruchs. d) **RG.** LeipzZ. **09** 560, JW. **09** 200, R. **09** Ziff. 1219, WarnE. **09** 253, VAPV. (Anh.) **8** 56, VersAnn. **09** 297, WVersZ. **43** 1577. Die Haftpflichtversicherung eines Rechtsanwalts erstreckt sich nicht ohne weiteres auch auf dessen Tätigkeit als Vermögensverwalter. — Die Ratserteilung über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit einer Grundstückserstehung ist in concreto als Vermögensverwaltung angesehen wegen der dauernden Beziehungen zwischen Versicherten und Auftraggeber; ohne diese würde das RG. sie anscheinend als rein anwaltliche Tätigkeit ansehen.

4. Andere Zweige. a) α. JTVersZ. **09** 249, R. **09** Ziff. 1225 (Hamburg). Der Vertrag, wonach die Mitglieder des Allgemeinen deutschen Jagdschutzvereins und deren angestellte Jäger bei der Beklagten gegen Haftpflicht versichert sind, umfaßt nicht Jäger einer Jagdgesellschaft, die nicht als solche Mitglied jenes Vereins ist, sondern von der nur einzelne Gesellschafter Mitglieder des Vereins sind. β. **RG.** JW. **07** 487, ZVersWes. **07** 366, WVersZ. **41** 1953. Dieser Vertrag erzeugt unmittelbare Rechte der angestellten Jäger gegen die Gesellschaft. b) **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 60, WVersZ. **41** 1194. Der „in seiner Eigenschaft als Unternehmer des Betriebs der Kolonialwaren-, Getreide- und Steinkohlenhandlung sowie des damit verbundenen, durch eigene Pferde und Wagen bewirkten Fuhrwerksbetriebs" gegen Haftpflicht versicherte Kläger kann nicht Ersatz verlangen für einen infolge Durchgehens der Pferde veranlaßten Unfall eines Begleiters gelegentlich des auf seinem Geschäftswagen unentgeltlich bewirkten Transports eines kranken Kindes nach dem Krankenhause. c) PraxPrV. **2** 249 (LG. Wiesbaden). Die

Personal- und Sachschadenhaftpflichtversicherung eines Hotelbesitzers erstreckt sich auf Sachschäden, die bei Benutzung des Aufzugs entstehen. Der Ausschluß von Schäden, die durch Beförderung der Sachen entstehen, betrifft nur die Transportbeförderung mit Fuhrwerk außerhalb des Hotels, nicht aber die Gepäckbeförderung im Hotel und vom Hotel zum Transportfuhrwerke sowie umgekehrt.

II. Stellung der mitversicherten Angestellten. 1. Prax. PrV. 2 266 (Augsburg). Wenn Bevollmächtigte, Repräsentanten, Angestellte und Beauftragte des Haftpflichtversicherten ohne weiteres als Versicherungsnehmer bedingungsgemäß gelten, so können Ersatzansprüche vom Haftpflichtversicherten für seine Vertreter oder aber von diesen selbst gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden. Der Pächter einer Schankwirtschaft fällt nicht unter die mitversicherten Vertreter des Versicherungsnehmers.

2. Vgl. oben zu § 79 Ziff. 2 und oben zu I 4 a.

3. Darüber, wen die Pflicht zur Anzeige des Versicherungsfalls trifft, s. unten zu § 182 Ziff. 2.

III. Besitzwechsel. 1. Emminghaus, DVersZ. **3** 63 ff. Die Verbandsbedingung „Geht das versicherte Unternehmen (oder Grundstück) auf andere Personen über, so treten diese ohne weiteres in den Versicherungsvertrag ein, sofern der Versicherungsnehmer nicht von seinem Kündigungsrechte Gebrauch macht," ist dahin auszulegen, daß der Erwerber unmittelbar auch die Rechte aus der Versicherung erwerben, der Versicherer aber verpflichtet sein soll, die Versicherung mit dem Erwerber aufrechtzuerhalten, unbeschadet seines Rechtes, sie binnen bestimmter Frist zu kündigen. Insoweit liegt ein Vertrag zugunsten des Erwerbers i. S. von § 328 BGB. vor. Eine Eintrittspflicht wird aber für den Erwerber nicht begründet.

2. Herzfelder, ZVersWiss. **09** 549 ff. Der Einfluß des Besitzwechsels bei der Haftpflichtversicherung wird vom VVG. nicht geregelt, außer für geschäftliche Betriebe im § 151 Abs. 2. Im übrigen sind die §§ 69—73 VVG. nicht anwendbar, wohl aber § 68 VVG. Die Regelung ist den Versicherungsbedingungen überlassen (550). Analoge Anwendung der Regel des § 2163 ALR. ist ausgeschlossen (552). Ist in den Bedingungen eine Regelung nicht getroffen, dann erlischt nach § 68 VVG. der Vertrag mit Wegfall des Interesses und nach § 324 BGB. in Verbindung mit der Handhabung der Praxis bleibt der Versicherte zur Zahlung der Prämie jedoch nur für die laufende Versicherungsperiode verpflichtet (553). Die Bestimmung, daß der Besitznachfolger ohne weiteres in den Versicherungsvertrag eintreten müsse, ist rechtlich ungültig (555). Es ist ferner unzulässig, den Erwerber zur Übernahme der Haftpflichtversicherung zu zwingen, der Gesellschaft aber einseitig ein Rücktrittsrecht einzuräumen (558). Die Bestimmung, daß die Haftpflichtversicherung auf den Erwerber übergeht, ist weiter selbst dann dem Erwerber gegenüber unwirksam, wenn ein beiderseitiges Kündigungsrecht eingeräumt ist (559). Es kann auch nicht bestimmt werden, daß, falls der Erwerber nicht in den Vertrag eintritt, der Versicherungsnehmer den Vertrag selbst voll aushalten und für die ganze Vertragszeit die Prämie zahlen soll (560). Alles dies gilt auch beim Verkauf einer Firma: der Vertrag erlischt mit dem Verkaufe, nur die laufende Prämie ist verfallen. Jedoch hat § 151 Abs. 2 VVG. für die Fälle, wo ein „Unternehmen" in Frage kommt, eine andere dispositive Regelung getroffen (563). Im übrigen erlischt in allen Fällen der Vertrag, auch durch den mit dem Eheschluß erfolgenden Eintritt der ehemännlichen Nutznießung, ferner durch den Tod des Versicherungsnehmers (564) und in den Fällen der sog. „verfrühten Erbfolge" (Leibgeding, Leibzucht, Altenteil, Auszugsvertrag usw.).

3. OLG. **14** 394 ff. (Dresden). Die Bestimmung, daß, wenn das haftpflichtversicherte Unternehmen den Besitzer wechselt, die Versicherung ruhe, bedeutet nur,

daß die Haftung des Versicherers zeitweise aufgehoben, nicht, daß die Versicherung im übrigen beendet werde. Der Versicherte muß also die Prämie weiter zahlen. Maßgebend sind §§ 323 ff. BGB., jedoch mit der Maßgabe, daß als vertragsmäßig bedungen anzusehen ist, daß der Versicherte die Veräußerung des Betriebs unter allen Umständen, nicht nur bei Verschulden zu vertreten hat. — Die Bestimmung verstößt weder gegen gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten, noch gegen ein etwaiges Gewohnheitsrecht.

4. LeipzZ. **09** 92 (LG. Leipzig). Keine Beendigung des Haftpflichtversicherungsvertrags (Weinstube und Weinhandel) und kein Wegfall der Prämienzahlungspflicht, wenn der Versicherte das Geschäft verkauft. Soll aber bedingungsgemäß die Versicherung auf den Erwerber übergehen, dann wird der Versicherungsnehmer durch den Verkauf frei; unerheblich ist es, daß der neue Erwerber die Pflicht, in den Vertrag einzutreten, nicht erfüllt.

5. Vgl. im übrigen zu § 68 und § 69.

§ 152. 1. Gierke, GoldschmidtsZ. **60** 60. Wenn in Haftpflichtversicherungsbedingungen ausgeschlossen ist die Herbeiführung des Versicherungsfalls durch grobe Fahrlässigkeit des Versicherten, so ist unter grober Fahrlässigkeit nur die gewöhnliche grobe Fahrlässigkeit zu verstehen, nicht die schwere, dem Vorsatze verwandte (45), gegen die Schutz zu gewähren, wider die guten Sitten (§ 138 BGB.) verstoßen (46) und auch nach § 152 VVG. nicht erlaubt sein würde. Die Haftpflichtversicherung darf nämlich nicht schützen gegen vorsätzliches, widerrechtliches Tun oder Unterlassen, nicht gegen unmittelbare oder mittelbare Folgen unsittlichen Verhaltens (unter bösliches Verhalten fallende Fahrlässigkeit, außerehelichen Geschlechtsverkehr usw.) und nicht gegen Geldstrafen (59) und sie soll nur Ausfallentschädigung gewähren bei Sachbeschädgiung und anderweiten Vermögensschäden

2. VAPV. (Anh.) **7** 92 (Breslau). Wenn der Versicherte seinen Dienstboten sechsmal heftig ins Gesicht und an die Ohren schlägt und dadurch dessen Trommelfell beschädigt, so ist dies als vorsätzliches Handeln anzusehen und daher bedingungsgemäß der Haftpflichtanspruch nicht gegeben.

3. Im übrigen s. zu § 61 und § 181 und zu § 6 XV.

§ 153. 1. Unfried, ZVersWiss. **09** 272, 273. Eine Verpflichtung zu eigener Initiative und zur Auskunfterteilung liegt dem Haftpflichtversicherer nicht ohne weiteres (soweit Unterlassung nicht gegen Treu nud Glauben verstößt) ob und gehört nicht zum Wesen der Haftpflichtversicherung (anders nach der Rechtsschutztheorie Georgiis, der aber das VVG. nicht gefolgt ist).

2. Vgl. auch Unfried aaO. 279 ff.

§ 156. 1. Josef, JheringsJ. **56** 159 ff. Nach dem Grundgedanken des § 156 VVG. bewirkt eine von dem Versicherer an den Dritten geleistete Zahlung in allen Fällen die Befreiung des Versicherers, also auch dann, wenn dieser seine dahin gerichtete Absicht dem Versicherungsnehmer nicht mitgeteilt oder gegen dessen ausdrücklichen Widerspruch dem Dritten die Zahlung geleistet hat. Der Versicherungsnehmer kann folglich eine solche Zahlung nicht als unwirksam behandeln, sondern nur den ihm durch die Unterlassung der Mitteilung oder durch die Nichtbefolgung des Widerspruchs entstandenen Schaden ersetzt verlangen. — Hat der Gläubiger des Versicherungsnehmers die diesem zustehende Entschädigungsforderung gepfändet, so ist hierdurch das Recht des Versicherers, die Zahlung an den Dritten zu leisten, beseitigt. Denn die Voraussetzung des § 156 VVG. — eine dem Versicherungsnehmer gebührende Entschädigung — liegt hier nicht mehr vor. Der Grundsatz, daß durch eine Pfändung die Lage des Drittschuldners (Versicherers) nicht verschlechtert werden darf, steht nicht entgegen, da der Versicherer kein eigenes Interesse daran hat, die Entschädigung gerade an den Dritten zu leisten.

2. Meuret, LeipzZ. **08** 904 ff. Der § 156 VVG. ist so auszulegen, daß der Versicherer nur dann zur Zahlung an den geschädigten Dritten berechtigt ist, wenn der Versicherungsnehmer nicht aus einem erheblichen Grunde Zahlung an sich selbst wünscht (904). Es ist nicht richtig, daß der Versicherer trotz einer Pfändung des dem Versicherten gegen ihn zustehenden Anspruchs doch an den Haftpflichtgläubiger direkt zahlen und daß ihm dieses Recht nicht genommen werden könne (904, 906).

3. Im übrigen vgl. zu § 149 II und zu § 157 I.

§ 157. Literatur: Flechtheim, Das Absonderungsrecht des „Dritten" im Konkurse des Haftpflichtversicherungsunternehmers, LeipzZ. **08** 801 ff. — Josef, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten, IheringsJ. **56** 159 ff. — Derselbe, Sozialpolitik im Versicherungsrechte, GesuR. **10** 321 ff., 340 ff. — Meuret, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten, LeipzZ. **08** 900 ff. — Seuffert, Konkursrechtliche Vorschriften des VVG., LeipzZ. **09** 97 ff.

1. Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers. I. Natur und Anwendungsgebiet von § 157. 1. Flechtheim, LeipzZ. **08** 801 ff. § 61 VAG. schafft (im Gegensatze zu § 157 VVG.) kein eigentliches Absonderungsrecht, sondern nur ein besonderes Vorzugsrecht. — § 157 schützt nicht, wenn Konkurs mangels Masse abgelehnt ist, und nicht, wenn bereits vor Konkurseröffnung ein Gläubiger die Versicherungsforderung gepfändet hatte (so auch Georgii, Haftpflichtversicherung [Stuttgart 1904] 93, Schneider, Komm., Gerhard-Hagen, Komm.; aM. Hagen u. Behrend, Komm., je zu § 157 VVG.). — Das Absonderungsrecht entsteht nicht schon mit der Forderung gegen den Versicherer, auch hat es keine rückwirkende Kraft (805, 806). Der Versicherte hat vor Befriedigung des Dritten gegen die Gesellschaft nur einen Anspruch auf Befreiung von seiner Schuld an den Dritten. Sein Anspruch ist Liberierungsanspruch, Anspruch auf Individualleistung. — Die Abtretung dieses Anspruchs ist daher nur zulässig (§ 399 BGB.), wenn gleichzeitig die Schuld gegenüber dem Dritten mit übergeht. Unzulässig ist daher auch die Verpfändung (§ 1274 Abs. 2 BGB.) und die Pfändung, auch die der Ausübung nach (§ 857 Abs. 3 ZPO.) (810 f.). Zulässig ist aber Abtretung (Verpfändung, Pfändung) an den geschädigten Dritten (814). Im Konkursfalle würde an sich (vgl. **RG. 37** 95, **55** 86) der Dritte nur Anspruch auf Dividende, der Versicherte aber Anspruch auf die ganze Haftpflichtversicherungssumme haben (814 ff.). Diesem Mißstande hilft § 157 VVG. ab (816). — Entsteht der Schadensfall nach Konkurseröffnung, so greift § 157 VVG. nicht ein; der Anspruch auf die Versicherungssumme ist in diesem Falle aber konkursfrei und nach § 14 KO. kann der Geschädigte ihn pfänden (817). — Die Ausübung des Rechtes aus § 157 VVG. erfolgt nicht (vgl. Gerhard-Hagen, Komm. §§ 156, 157 Anm. 3) dadurch, daß der Konkursverwalter die Einziehung besorgt. Vielmehr darf die Gesellschaft nur so lange an den Verwalter zahlen, bis der geschädigte Dritte den Versicherungsanspruch pfändet und hierdurch sein Absonderungsrecht zu einem absonderungsberechtigten Pfandrechte verstärkt und sich so in die Lage setzt, sich nach § 4 Abs. 2 KO. unabhängig vom Konkurse zu befriedigen (819, 820). Es besteht eine Rechtsanalogie zwischen dem Rechte aus § 157 VVG. und dem Pfandrechte an einer Forderung.

2. Meuret, LeipzZ. **08** 900 ff. Verf. hält (im Gegensatze zu Gerhard-Hagen, Komm.) die Bestimmung des § 157 VVG. für ungerecht (916) und meint, unter Anführung von Beispielen, sie stehe mit jeder Logik auf gespanntem Fuße (917). Seine eingehenden Ausführungen stehen im Gegensatze zu Flechtheim, was die Konstruktion und die Folgerungen hinsichtlich des Rechtes aus § 157 VVG. betrifft. Im einzelnen ist hervorzuheben: das Recht aus § 157 VVG. ist ein wirkliches Absonderungsrecht (901), anders

als das bloße Spezialvorzugsrecht aus § 61 VAG. (900). Es ist als gesetzliches Pfandrecht des Dritten an der Forderung des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer anzusehen oder wenigstens zu behandeln. — Es entsteht mit der Eröffnung und besteht nur bis zur Beendigung des Konkurses. — Die im § 63 KO. aufgezählten Gläubiger können trotz des Konkurses pfänden. Ebenso sind Verfügungen des Gemeinschuldners und Pfändungen seiner Gläubiger vor Konkurseröffnung möglich und gehen dem Rechte des Dritten vor (902, 904). Wegen der Anfechtungsmöglichkeiten s. 902/903. Das Absonderungsrecht besteht nur zu der Quote, zu der der Versicherte versichert ist, und ergreift nicht dessen Kostenerstattungsanspruch nach § 150 (906). Der Konkursverwalter hat nur die Pflicht, den Haftpflichtgläubigern auf Anfrage mitzuteilen, ob und welche Haftpflichtversicherung besteht. Dagegen hat er keine Pflicht, die Versicherungsforderung für den Haftpflichtgläubiger einzuziehen (907, 908). — Haftpflichtforderungen, die nach Konkurseröffnung entstehen, sind nicht absonderungsberechtigt. Die durch die Verwaltung der Konkursmasse entstehenden Haftpflichtschäden sind Masseschulden, insbesondere die aus Geschäften und Handlungen (auch § 833 BGB.!) des Konkursverwalters entstehenden Ansprüche (908/909). — Das Absonderungsrecht steht auch dem Zessionar und Pfändungsgläubiger des Haftpflichtgläubigers zu (910). — Das Absonderungsrecht besteht nicht im Konkurse desjenigen Versicherten, der (vgl. §§ 74 ff.) nicht zugleich Versicherungsnehmer ist (911). — Gültig ist die Vereinbarung zwischen dem Versicherer und dem Versicherten, daß bei Konkurseröffnung die als dahin erwachsenen Versicherungsansprüche des Versicherten erlöschen oder sich auf den Betrag der Konkursdividende ermäßigen sollen (912). — Der Versicherer kann gegen den Haftpflichtgläubiger aufrechnen mit den ihm gegen letzteren zustehenden und mit denjenigen Ansprüchen, die er gegen den Versicherungsnehmer hat. Das folgt aus §§ 1257, 1273, 1275 verb. m. § 406 BGB. und muß auch von denen angenommen werden, die dem Haftpflichtgläubiger ein gesetzliches Pfandrecht nicht geben (910, 911, vgl. 913).

3. Seuffert, LeipzZ. **09** 105 ff. § 157 VVG. schafft ein Absonderungsrecht im Sinne von §§ 47 ff. KO., nicht bloß ein Spezialvorzugsrecht. §§ 4 Abs. 2, 64, 96, 118, 153, 168 Abs. 3 KO. sind anwendbar. — Die Ansicht Flechtheims (LeipzZ. **08** 801 ff.), daß die Versicherungsforderung nicht abtretbar sei und daß der Haftpflichtversicherte keinen Zahlungs-, sondern nur einen Befreiungsanspruch habe, ist nicht richtig. — Ein vor Konkurseröffnung begründetes Pfandrecht geht dem Absonderungsrechte vor. — Die Befriedigung des nach § 157 VVG. Absonderungsberechtigten ist durch das Gesetz nicht geregelt; es ist § 1282 BGB. analog anzuwenden. — Das Absonderungsrecht endet mit Konkursbeendigung jeder Art. — § 157 greift nicht ein bei Eintritt des Versicherungsfalls nach Konkurseröffnung; dann entsteht, wenn die Haftpflicht sich nicht auf persönliche Handlungen des Kridars bezieht, nach § 59 Abs. 1 KO. für den Dritten ein Masseanspruch.

4. Josef, GesuR. **10** 343 ff. § 157 VVG. ist nicht nur eine juristische Monstrosität (ein erst durch den Konkurs entstehendes Recht auf abgesonderte Befriedigung), sondern auch, weil vielfach zu unbilligen Ergebnissen führend, ein Beweis überspannter, verkehrt angewendeter Sozialpolitik.

5. Josef, IheringsJ. **56** 159 ff. Im Konkurse des Versicherungsnehmers erfolgt die abgesonderte Befriedigung des Dritten nach § 4 Abs. 2 KO. ohne Mitwirkung des Verwalters. Bei dem Schweigen des Gesetzes über die vom Dritten selbsttätig hierbei einzuschlagenden Schritte sind folglich die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen sinngemäß anzuwenden,

und der Versicherer ist also verpflichtet, solbald seine Leistungspflicht feststeht, die Entschädigung direkt dem Dritten zu zahlen, so daß es keiner Pfändung des dem Gemeinschuldner gegen den Versicherer zustehenden Anspruchs, auch keiner Einziehung durch den Verwalter bedarf. — Dem Dritten steht, wenn sein Entschädigungsanspruch erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, kein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zu. Denn in diesem Falle hat der Dritte nichts aus der Konkursmasse zu fordern (§ 3 KO.), diese hat also keinen Anspruch gegen den Versicherer, so daß es an einem Gegenstande fehlt, an dem das Absonderungsrecht bestehen könnte. Der Dritte hat aber in diesem Falle einen Anspruch gegen den Versicherungsnehmer (Gemeinschuldner) persönlich, dieser selbst folglich einen Anspruch gegen den Versicherer, der dem Zugriffe des Dritten wie aller sonstigen Gläubiger, die nicht zu den Konkursgläubigern gehören, unterliegt. — Der § 157 VVG. besagt nicht, daß der Dritte lediglich im Konkurs abgesonderte Befriedigung verlangen könne, sondern (nach Sinn und Zweck des Gesetzes), daß durch die Konkurseröffnung der Dritte bezüglich der Entschädigungsforderung die rechtliche Stellung erlangt, die einem Absonderungsberechtigten zusteht. Da das Gesetz eine Beschränkung dieser Rechtsfolge auf die Dauer des Konkurses nicht vorschreibt, verbleibt diese Rechtsstellung dem Dritten auch nach Beendigung des Konkurses. Der Versicherer hat, wenn ihm die Konkurseröffnung bekannt war, die Rechtsstellung des Schuldners einer verpfändeten Forderung, kann also die Entschädigungsforderung fortan lediglich an den Dritten leisten. — Das Absonderungsrecht des Dritten aus § 157 VVG. findet auch Anwendung im Konkurse des Versicherten. Denn die Vorschriften des VVG. sind nur für den Regelfall der Versicherung für eigene Rechnung getroffen und je nach Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift auch bei der Versicherung für fremde Rechnung anzuwenden.

II. Rückwirkung des § 157. 1. Unfried, ZVersWiss. **09** 322. § 157 VVG. hat rückwirkende Kraft (aM. Gerhard-Manes § 157 Anm. 4).

2. Im übrigen s. zu EGVVG. Art. IV.

III. § 157 und die Rückversicherung. Über die Anwendbarkeit des § 157 im Rückversicherungsrechte s. Ehrenberg unten zu § 86.

IV. Bisheriges Recht. 1. **RG. 71** 363, JW. **09** 500, VAPV. (Anh.) 8 98, R. **09** Ziff. 2538. Ist der Versicherte in Konkurs geraten, so hat nach altem Rechte (anders § 157 VVG.) der Beschädigte nur Anspruch auf die Konkursdividende, während andererseits gleichwohl der Haftpflichtversicherer die volle vertragsmäßige Versicherungssumme in die Konkursmasse zu zahlen hat (vgl. **RG. 5** 115, **37** 93, **55** 86).

2. ThürBl. **55** 188 (Jena). Wenn der Haftpflichtversicherte in Konkurs gerät, so hat der Haftpflichtversicherer gleichwohl die volle Schadenssumme und nicht nur die auf den angemeldeten Schadensersatzanspruch des Verletzten (Berufsgenossenschaft) entfallende Konkursdividende an die Masse zu zahlen.

3. **RG.** VAPV. (Anh.) 8 33, WVersZ. **43** 1376. Wenn der haftpflichtversicherte Konkursverwalter den Haftpflichtanspruch an den Beschädigten abtritt und dieser dann seine Anmeldung zum Konkurse zurückzieht, so hat diese Rücknahme nicht die Wirkung, daß die Verjährungsunterbrechung als nicht erfolgt anzusehen ist (§ 214 Abs. 2 BGB.). Die Abtretung erfolgt nämlich entweder als Hingabe an Erfüllungsstatt oder zu dem Zwecke, daß der Beschädigte zunächst aus dem Haftpflichtanspruche seine Befriedigung suche. In keinem Falle ist daher der Verjährungseinwand begründet.

4. Wegen der Rückversicherung s. zu § 186 (Kuhlenbeck).

Dritter Abschnitt. Lebensversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 159 ff.: Die Lebensversicherung hat ihre alte Anziehungskraft bewahrt. Die alten Probleme, die Fragen über ihren Begriff und über ihr Wesen, sind zum großen Teile noch immer bestehen geblieben. Neue Streitfragen sind durch die gesetzliche Regelung hinzugetreten. Und so ist es nicht verwunderlich, daß die §§ 159 ff. nicht nur eine reiche Anzahl Entscheidungen aufweisen, sondern daß gerade sie die meiste literarische Bearbeitung gefunden haben. Insbesondere gilt dies von der rechtlichen Stellung des Versicherungsnehmers, von seinem Rechte zur Bestimmung des Begünstigten und von dem Rechte zur Kündigung und zum Rückkaufe. Interesse erwecken diese Fragen besonders im Hinblicke darauf, ob jene Rechte pfändbar sind, ob sie zur Konkursmasse gehören usw. (vgl. §§ 159, 165, 166). Weiter haben auch die Aussteuerversicherung (§ 159) und die Auslegungsregel des § 167 mancherlei Berichtsstoff veranlaßt, nicht minder die Fragen des Selbstmordes und seines Beweises. Abgesehen von alledem aber war im Anschluß an das Lebensversicherungsrecht über den lebhaften Streit zu berichten (im § 159), der über die Statuten der sog. Betriebspensionskassen entstanden ist und besonders die Frage der Sittenwidrigkeit gewisser Statutbestimmungen bei Ausscheiden von Mitgliedern betrifft und auch die allgemeine Frage berührt, ob das Gericht überhaupt genehmigte Satzungsbestimmungen auf die Frage der Sittenwidrigkeit nachprüfen darf.

Literatur: Brecher, Zur gesetzlichen Regelung des Lebensversicherungsvertrags in Österreich, AssekJahrb. **31** 105 ff. (berücksichtigt auch das deutsche VVG. mit und enthält mancherlei Bemerkungen zu dessen Vorschriften). — Hüttner, Das Recht der Lebensversicherung nach VVG. Leipzig 1908, Roßberg. — Josef, Die Rechte des Vaters als Versicherungsnehmer und als gesetzlicher Vertreter an Versicherungsforderungen des Kindes, insbesondere bei der Aussteuerversicherung, JheringsJ. **53** 310 ff. — Kneip, Das Schicksal der Lebensversicherungssumme in den verschiedenen Güterständen des BGB. Diss. Freiburg 1906. — Zur Frage der Betriebskassen (Pensionskassen): Ehrenberg, Arbeiterpensionskasse und Arbeitsvertrag, JheringsJ. **53** 433 ff. und als selbständiges Werk. Jena 1908, Fischer. — Kohler, Fabrikpensionskasse und § 138 BGB., ABürgR. **32** 1 ff. — Pietsch, Die Vermögensverteilung bei der Auflösung von Pensionskassen mit Durchschnittsbeiträgen, ZVersWiss. **09** 723 ff. (Vorschläge). — Wagener, Fabrikpensionskasse und § 138 BGB., PrVerwBl. **29** 627 (zustimmende Besprechung von Kohlers Aufsatz im ABürgR. **32** 1 ff.). — Zum Streite um die Werkpensionskassen, Darlegungen und Aktenstücke, herausgeg. von Friedrich Krupp AG. Essen 1908.

Vor §§ 159 ff. I. VAPV. **8** 92 gibt die von 36 Gesellschaften zur Genehmigung eingereichten Normativbedingungen für die Todesfallversicherung, sowie die vom APV. verlangten Änderungen wieder. Vgl. hierzu VAPV. **8** 154 u. 157 ff.

II. Wegen des Begriffs des Lebensversicherungsvertrags s. Brodmann oben zu § 1.

III. Wegen Überversicherung bei Lebensversicherung s. oben zu § 51 II.

IV. Vgl. auch zu § 61 VAG.

V. Im übrigen s. die Literatur zu den einzelnen Paragraphen.

VI. Versicherung und Lotterie. 1. **RG.** (Strafs.) **42** 30. Französische Spar- und Kapitalisationsgesellschaft als Lotterie behandelt. Die Mitglieder haben 15 Jahre lang monatlich 5 Fr. zu zahlen und erhalten dann bei pünktlicher Zahlung unverzinslich nach 15 Jahren 1000 Fr., und sie erhalten diese 1000 Fr. schon vorher, wenn bei den vierteljährlichen Verlosungen (70 pCt. der letzten Jahreseinnahme) die Nummer der betreffenden „Police" gezogen wird. RG. sagt: vor Ablauf der 15 Jahre besteht auch kein befristeter Anspruch. Im Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Mitglied handelt es sich um eine Verbindung von Kapitalbildung oder Kapitalversicherung mit einem Spielvertrage. Wie im Versicherungsgeschäft Spar- oder Kapitalisationsverträge mit dem Lebensversicherungsvertrage in der Weise verbunden werden, daß durch eine bestimmte Anzahl auf eine Reihe von Jahren

verteilter Prämienzahlungen am Ende des Zeitraums der Anspruch auf eine bestimmte Summe erworben ist, aber auch schon vor Ablauf dieser Zeit entstehen kann, wenn der Tod des Versicherten eintritt, so ist hier mit dem Sparvertrag ein reiner Spielvertrag verbunden, wonach das Los darüber entscheidet, ob der Versicherte schon vor Leistung aller Prämien das Kapital ohne Fortsetzung der Prämienzahlung erhält. Wie bei dem erwähnten Lebensversicherungsvertrage Spareinlage und Risikoprämie nicht getrennt voneinander bezahlt werden, sondern in der einheitlichen Prämie zusammentreffen, so vereinigen sich hier in dem monatlichen Beitrage Spareinlage und Spieleinsatz, zwar nicht erkennbar für den Versicherten, wohl aber für die Gesellschaft zwecks Bildung ihrer rechnerischen Rücklage (sog. mathematische Reserve).

2. § 159 Abs. 2. Hupka, GoldschmidtsZ. **66** 568. Trotz § 159 Abs. 2 fehlt es im VVG. an jedem Unterscheidungsmerkmale zwischen wirklichen, einem Sicherungsmotiv entsprungenen Lebens- und bloßen Schein-(Wett-)versicherungen.

VII. Betriebspensionskassen. 1. Ehrenberg, JheringsJ. **53** 433 ff. Verf. geht von der akut gewordenen Frage aus, ob nach § 138 BGB. diejenigen Bestimmungen des Statuts der Arbeiterorganisationskassen und der Arbeitsordnungen (Kruppsche Werke) nichtig sind, wonach die vor Eintritt des Versicherungsfalls ausgeschiedenen Mitglieder die von ihnen gezahlten Beiträge nicht erstattet bekommen. Er behandelt im 1. Abschnitte die Pensionsversicherung überhaupt, im 2. die Arbeiterpensionskassen und macht im 3. Reformvorschläge. Hierbei gelangt er zu folgenden Resultaten: die Pensionsversicherung ist Versicherung auf den Erlebensfall, falls sie nicht reine Invaliditätsversicherung ist, sondern sich als Versicherung mit unbestimmt aufgeschobener Rentenleistung charakterisiert, wovon hier ausgegangen wird. Sie bezweckt Schutz gegen eine erst in späterer Zeit drohende Gefahr. Deren Eintritt ist niemals sicher. Der Versicherte erhält nur dann eine Leistung, wenn er pensions fähig und pensions bedürftig wird, also nicht vorher stirbt (439/40). — (454 ff.) Wenn ein Versicherter durch Tod ausscheidet, haben seine Erben keinerlei Anspruch an die Pensionsversicherung, falls diese nicht mit einer Art Versicherung auf den Todesfall verbunden, mit „Prämienrückgewähr" geschlossen ist. Wenn ein Versicherter bei Lebzeiten ausscheidet und die Versicherung nicht mit Prämienrückgewähr geschlossen war, so verliert der Versicherte keinen Anspruch, aber eine Chance. Am zweckmäßigsten ist in diesem Falle die Umwandlung der Police in eine prämienfreie. Ob es möglich ist, ihm eine bare Abfindung zu geben, hängt teils von den Rechnungsgrundlagen der einzelnen Anstalt, teils davon ab, ob die Gefahr einer sog. Antiselektion besteht; schwierig ist die Bemessung der Höhe der Abfindung. — Die Vereinbarung, daß der bei Lebzeiten ausscheidende Versicherte überhaupt keinen Ersatz für die Chance, die er aufgibt, erhalten soll, ist nicht nach § 138 BGB. sittenwidrig und nichtig, selbst dann nicht, wenn das Ausscheiden unfreiwillig erfolgen sollte; im letzteren Falle ist aber vorausgesetzt, daß diejenige Person, die das Ausscheiden bewirkte, weder ein Interesse daran hat, noch dadurch eine unerlaubte Handlung (i. S. von § 826 BGB.) begeht. — Bei Versicherung mit Prämienrückgewähr erhalten die Erben eines Versicherten, der bei Lebzeiten unter Umwandlung der Police in eine prämienfreie ausgeschieden und vor Eintritt des Versicherungsfalls gestorben ist, nur die gezahlten Prämien zurück. Scheidet der Versicherte aber ohne Policenumwandlung aus, so müssen ihm mindestens sämtliche Prämien zurückgezahlt werden. — Auch wenn man die Bestimmung, daß sämtliche Beiträge bei Ausscheiden verfallen sein sollen, als nichtig (§ 138 BGB.) ansehen wollte, könnten die Ausgeschiedenen nur auf Feststellung der Nichtigkeit, nicht auf Rückzahlung klagen. Und selbst wenn sofort Leistungsklage möglich wäre, würden sie ihre Ansprüche nicht sofort geltend machen können. Denn es muß vor

Vollstreckung erst eine entsprechende Statutenänderung und Genehmigung der Aufsichtsbehörde erfolgen (460/61). — Jede private Arbeiterpensionskasse muß entweder Rechtsfähigkeit besitzen oder, wenn sie nur Betriebsinternum ist, in ihr Statut eine Bestimmung aufnehmen, die einen auf den Willen des Betriebsherrn gestellten Verfall der Anwartschaft unmöglich macht und zwar durch Gewährung einer prämienfreien Police. — Bei kleineren Versicherungsvereinen hat nach § 53 Abs. 2 VAG. die Satzung in der Bildung des obersten Organs völlig freie Hand (467). Anders, wenn der Arbeitgeber beträchtliche Beiträge leistet und ihm deshalb im Statute gewisse Befugnisse eingeräumt sind. Diese Befugnisse sind Personen-, sog. Organschaftsrechte und sind, auch wenn das Statut dies nicht besonders ausspricht, nicht ohne Zustimmung des Arbeitsgebers abänderlich (468/471). — Lohnabzug für die Beiträge zu den Arbeiterpensionskassen ist zulässig, mag die Kasse Rechtsfähigkeit haben oder nicht. Die Vereinbarung und deren Ausführung sind gültig und straflos, selbst wenn sie auf Grund einer nach § 2 LohnBG. unwirksamen Verfügung erfolgt (477). — Die Arbeiterpensionskasse kann sein: reine Pensionsversicherung oder eine Invaliditätsversicherung oder eine Kombination von Erlebens- und Invaliditätsversicherung. In allen 3 Fällen erhalten die vor Eintritt des Versicherungsfalls durch Tod ausgeschiedenen Mitglieder bzw. deren Erben nur dann etwas zurück, wenn die Versicherung mit Prämienrückgewähr geschlossen war (500/501). — Verf. schlägt vor (501/502): 1. Entrichtung der Beiträge zu ½ vom Arbeitgeber und von den Arbeitern; 2. entsprechende Teilung der Verwaltung, Unabänderbarkeit der Satzung ohne Zustimmung des Arbeitgebers, 3. Rechtsfähigkeit der Kasse, 4. Rechtsanspruch der Mitglieder, 5. Ausscheiden durch Tod begründet Ansprüche nur bei Kassen mit Prämienrückgewähr, 6. Ausscheiden durch Endigung des Arbeitsverhältnisses begründet: a) Anspruch auf prämienfreie Police, wenn Versicherung mit Prämienrückgewähr geschlossen war, und auch ohne diese Voraussetzung nach Erlangung des pensionsfähigen Alters Anspruch auf prämienfreie Police oder auf Fortsetzung der Versicherung auf eigene Kosten, b) anderenfalls Abfindung.

2. Kohler, ABürgR. **32** 1 ff. Unter Zustimmung zum Urt. des LG. Essen (s. u.) bespricht Verf. die Rechtsverhältnisse der Kruppschen Pensionskasse und der Fabrikpensionskassen überhaupt. Er hält die Statuten der ersteren nicht für sittenwidrig. Wohl aber liege sittenwidrige, gegen §§ 826, 823 BGB. verstoßende Ausübung von nicht unsittlichen Rechten vor, wenn a) der Arbeiter nach längerer Beteiligung in der Absicht, ihm die Teilnahmerechte zu verkürzen, entlassen wird, b) wenn absichtlich der Kündigungsfall herbeigeführt wurde, um den Arbeiter aus der Kasse zu stoßen. — Soweit endgültige Entscheidung des Vorstandes vorgeschrieben ist, liegen Bedenken vor, falls damit nämlich, was aber nicht anzunehmen ist, jede gerichtliche Nachprüfung (im Gegensatze zur aufsichtsbehördlichen Kontrolle!) ausgeschlossen sein sollte. — Die Kasse ist eine Einrichtung i. S. von § 117 GewO. — § 115 u. § 115 a GewO. sind nicht anwendbar. Es kann sich nur fragen, ob § 138 BGB. eingreift wegen der Benachteiligung des Arbeiters bei seinem Ausscheiden.

3. Mothes, R. **08** 588, weist auf den Mißstand hin, daß das Pfändungs- und das Konkursprivileg (§ 850 Abs. 8 ZPO. u. § 60 Abs. 1 KO.) nur den Pensionen der Staatsbeamten, nicht aber den Ruhegehalten der Privatbeamten zukommen. Er regt Ausgleich dieser Differenz im Wege der Gesetzgebung und gibt Wege an, wie schon jetzt dem Mißstand im Wege ausdehnender Gesetzesauslegung (§ 850 Abs. 1 ZPO.) und durch Vertragsbestimmungen (Erlöschensklausel für Pfändungs- und Konkursfall) begegnet werden könnte.

4. Entscheidungen. a) Umfang der gerichtlichen Prüfung. α. LeipzZ. **07** 681 (LG. Magdeburg). Bei einer genehmigten Privatversicherungsunternehmung steht dem Gerichte nicht die Prüfung, ob eine Satzungs-

bestimmung sittenwidrig ist, sondern nur die zu, ob im einzelnen Falle ihre Anwendung gegen die guten Sitten verstößt (Bestimmung, daß bei Ausscheiden aus der Ruhegehaltskasse nur die Hälfte der Beiträge zinslos zurückgezahlt wird). β. Im übrigen s. zu § 1 IV 1. **b)** Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Statutbestimmungen. α. VAPV. (Anh.) **7** 69 ff. (LG. Essen) (sehr eingehende und gute Ausführungen). Auch die Bestimmung einer Betriebspensionskasse, daß mit dem Ausscheiden des Mitglieds aus dem Dienste der Firma alle Ansprüche seiner selbst wie seiner Hinterbliebenen an die Pensionskasse erlöschen, ist voll wirksam. β. VAPV. (Anh.) **7** 45, DVersZ. **4** 64 ff. (LG. Dresden). Die Bestimmung einer Betriebspensionskasse, daß ein selbstverschuldet ausscheidendes Mitglied weder die ordentlichen noch die außerordentlichen, ein unfreiwillig ausscheidendes Mitglied aber nur die ordentlichen Beiträge zurückerhält, ist rechtswirksam. γ. VAPV. (Anh.) **8** 17 ff. (LG. Stuttgart) erklärt die Lohneinbehaltung zugunsten einer Werkpensionskasse als gegen § 117 Abs. 2 GewO. verstoßend, den diesbezüglichen Vertrag daher für nichtig und die Arbeiter zur Klage auf Nachzahlung des einbehaltenen Lohnes für berechtigt, weil die Werkspensionskasse keine Wohlfahrtseinrichtung i. S. von § 117 Abs. 2 GewO. sei. δ. GewG. **13** 11 (GewG. Mörs). Die Kruppsche Pensionskasse verstößt gegen §§ 115, 117 GewO. u. §§ 157, 138 BGB. Krupp muß daher den Arbeitern die gezahlten Beiträge zurückzahlen. **c)** Zuständigkeit des Gewerbegerichts. **RG.** R. **09** 3622. Gewerbegericht ist nicht zuständig für Klagen auf Auszahlung von Guthaben der Arbeiter aus einer vom Arbeitgeber gegründeten, durch Beiträge desselben und der Arbeiter unterhaltenen Unterstützungs- und Invalidensparkasse. **d)** Zuwendungen an Betriebskassen. α. **RG.** VersAnn. **09** 589, R. **08** 657. Zuwendungen einer Bank an einen mit selbständiger Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Unterstützungsverein ihrer Angestellten sind „Schenkungen" zum Zwecke der Ausstattung dieses Vereins (§§ 516, 525). β. VAPV. (Anh.) **8** 45, DVersZ. **5** 100 (KG.). Befreiung der Zuwendung einer Bank an ihre Pensionskasse von der Schenkungssteuer nach § 56 Abs. 2 RErbschaftssteuerG. v. 3. Juni 1906.

§ 159. Literatur: Josef: s. vor §§ 159 ff.

I. Ausstattungsversicherung. 1. Josef, JheringsJ. **53** 310 ff. Verf. bespricht die Urteile des **RG.** v. 22. 12. 06 (JW. **07** 151) u. v. 8. 5 89 (**RG. 24** 228) und kommt zu folgenden Ergebnissen: Nimmt der Vater zugunsten seines Kindes eine Aussteuerversicherung derart, daß der Versicherer, wenn das Kind ein bestimmtes Alter erreicht, an das Kind eine Summe zahlen muß, so steht nach § 166 VVG. dem Vater die Befugnis zu, die Bezugsberechtigung zu beseitigen; folglich erwirbt das Kind nur die Anwartschaft auf den späteren Erwerb der Forderung. Daher ist der Vater zuerst Alleingläubiger; er kann den Anspruch aus der Versicherung seinen Gläubigern verpfänden oder zu deren Sicherung übereignen, wie diese den Anspruch auch im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vater pfänden können. Der Vater kann folglich auch die Versicherung kündigen und in eine prämienfreie verwandeln, er allein ist Eigentümer der Versicherungsurkunde und zu deren Besitz berechtigt, und alle diese Befugnisse gehen, da das Recht des Vaters ein reines Vermögensrecht und nicht ein höchst persönliches Recht ist (so auch OLG. Naumburg, ZVersWiss. **6** 344; aM. Emminghaus, LeipzZ. **06** 38, und Könige, ZVersWiss. **06** 659), im Konkurse des Vaters auf den Verwalter, sowie nach des Vaters Tode auf seine Erben über (vgl. Vitzthum, ZVersWiss **04** 324, u. Ehrenberg, JheringsJ. **41** 393). Dagegen unterliegt die Versicherungsforderung nicht dem Zugriffe der Gläubiger des Kindes, da dieses vor der Fälligkeit der Forderung auch nicht einmal ein bedingtes oder betagtes Recht, sondern nur eine Hoffnung auf den Erwerb der Forderung hat. — Nach der Absicht der Beteiligten und dem Ver-

tragszweck entsteht dem Kinde aus dem Vertrage des Vaters unmittelbar das Recht, vom Versicherer die Leistung zu fordern, sobald das Kind das im Vertrage vorgesehene Alter erreicht hat. Hiermit ist die Versicherungsforderung der Verfügung des Vaters und seiner Gläubiger entzogen. Vor diesem Zeitpunkte kann das Verfügungsrecht des Vaters und sein Gläubigerrecht nur beseitigt werden, wenn der Vater entweder die Forderung dem Kinde abtritt oder durch Vertrag mit dem Versicherer auf den Widerruf des dem Kinde eingeräumten Rechtes verzichtet. Durch diesen Verzicht erhält das Kind ein sofortiges Recht, dessen Wirksamkeit dadurch bedingt ist, daß es das im Vertrage bestimmte Alter erreicht. Steht dem Vater das vorgeschriebene Recht des Versicherungsnehmers nicht zu, weil er auf dies Recht verzichtet hat, oder weil die Versicherung von einem Dritten genommen ist, so kann der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes über die Versicherungsforderung des Kindes durch Einziehung und Abtretung verfügen, sie auch den Gläubigern des Kindes verpfänden, nicht aber sie seinen eigenen Gläubigern verpfänden oder zur Sicherung übereignen. Denn zur Übernahme fremder Verbindlichkeiten für das Kind, also auch zur Verpfändung des Kindesvermögens für des Vaters eigene Schulden, bedarf dieser der vormundschaftlichen Genehmigung.

2. Entscheidungen. a) **RG.** JW. **07** 151, DVersZ. **3** 29. Der Versicherungsnehmer hatte für seine Kinder Ausstattungsversicherungen so genommen, daß mit erfülltem 20. Lebensjahre die Versicherungssumme an die Kinder, bei früherem Tode der Kinder aber die gezahlten Prämien mit bestimmtem Abzug an den Versicherungsnehmer zu zahlen waren. Die Kinder klagen auf Herausgabe der Police gegen denjenigen, dem der Versicherungsnehmer gegen ein Darlehen die Police sicherungsübereignet hatte. — RG. sagt: Die Kinder erlangen ein bedingtes und betagtes unmittelbares Recht auf die Versicherungssumme. Dem Vater steht ein Recht auf Zahlung an seine Kinder und ein eventuelles Recht auf Prämienrückgewähr zu. Von den Rechten des Vaters steht nur letzteres in Zusammenhang mit der Police. Solange es besteht (in concreto bis zur Vollendung des 20. Lebensjahrs des betreffenden Kindes) kann das Kind Herausgabe der Police weder vom Vater noch von dem Dritten fordern. Sobald es wegfällt, kann das Kind unmittelbar vom Dritten Herausgabe verlangen, weil, ebenso wie bei der Abtretung etwaige für die Geltendmachung des Rechtes unerläßliche Nebenrechte als mitabgetreten gelten müssen und dies auch dann gelten muß, wenn durch einen Vertrag unmittelbar für einen anderen ein Recht begründet wird. Für BGB. kommt in dieser Beziehung übrigens auch § 952 in Betracht. b) SächsAnn. **30** 533 ff. (Dresden). Bei Aussteuerversicherungen hat im Verhältnisse zwischen dem Versicherungsnehmer (Vater) und dem in der Police als bezugs- und in den Bedingungen hinsichtlich der Versicherungssumme als empfangsberechtigt bezeichneten Kinde im Zweifel der versicherungsnehmende Vater Anspruch auf die Versicherungssumme, dahingestellt, wie das Verhältnis des Kindes zum Versicherer zu beurteilen ist. c) Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 145, WVersZ. **42** 149 (Hamburg) betreffs Aussteuer- und Militärdienstversicherungen.

3. VAPV. (Anh.) 8 48 (Breslau). Der Vater, der für seine minderjährige Tochter eine Aussteuer(Erlebensfall)versicherung abgeschlossen und sie darin als empfangsberechtigt bezeichnet hat, kann nicht selbständig ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auf die Police für sich ein Darlehen entnehmen.

II. Zu § 159 Abs. 2. *Bürkner, Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage. Die Bestimmung des § 159 Abs. 2 ist dahin auszulegen, daß jeder Dritte zu einer Verfügung über die Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage, soweit das Versicherungsverhältnis fortgesetzt wird, der Zustimmung des Versicherten bedarf (z. B. Weiterzession, Weiterverpfändung oder Verfügung des Versicherungsnehmers, der nicht zugleich Versicherter ist).

§ 160. Literatur: Samver, Die Schweigepflicht des Vertrauensarztes und des Hausarztes in der Lebensversicherung, LeipzZ. **08** 401 ff.

I. Strafvereinbarungen wegen unterbliebener ärztlicher Untersuchung. 1. Über die Ermächtigung der Agenten hierzu und über die Verschweigung der Reugeldbestimmung bei Abschluß s. zu § 1 II 8 b u. § 43 Ziff. 1 III 4.

2. VAPV. (Anh.) 8 47 (Hamm). Herabsetzung der im Antrage für den Fall der Verweigerung der ärztlichen Untersuchung bedungenen Vertragsstrafe von 438 M. (= 1 Jahresprämie) auf 80 M. (§ 343 BGB.).

II. Kosten der Untersuchung bei Nichtabschluß. VersAnn. **08** 25. HK. Berlin stellt fest, daß kein allgemeiner Handelsbrauch besteht, wonach bei Nichtzustandekommen des Lebensversicherungsvertrags die durch die ärztliche Untersuchung erwachsenen Kosten in jedem Falle von der Gesellschaft zu tragen seien.

III. Ärztliche Schweigepflicht. Samver, LeipzZ. **08** 401 f. Der Vertrauensarzt darf über die ihm von Angehörigen des Versicherungsnehmers anvertrauten Privatgeheimnisse nur reden, wenn man ihm die Offenbarung gestattet hat. Er darf aber auch ohne solche Gestattung, zwar nicht die Geheimnisse einzelner Angehöriger, wohl aber darf er offenbaren, daß und welche Krankheiten in der Familie des Versicherungsnehmers vorgekommen sind. Das gleiche gilt beim Hausarzte bezüglich der ihm von Angehörigen gemachten Mitteilungen. Die Frage, ob der Hausarzt den Todesbericht der Gesellschaft mitteilen kann oder ob er hierzu einer Erlaubnis bedarf, und zwar entweder des Verstorbenen oder der Erben, ist streitig (vgl. OLG. Dresden, SächsA. **1** 204; **RG.** SächsA. **1** 244). Die Bejahung der Schweigepflicht in diesem Falle wäre gefährlich für die Statistik der Gesellschaft und für die Ansprüche des Versicherten. Die Schweigepflicht besteht aber jedenfalls da nicht, wo nach § 34 VVG. bedingungsgemäß die Beibringung des Berichts des Arztes über die letzte Krankheit oder die sonstige Todesursache erforderlich ist. Denn durch Eingehung der Versicherung hat der Versicherte schon zu erkennen gegeben, daß er mit allem einverstanden ist, was zur Auszahlung der Versicherungssumme vorgenommen werden muß.

§ 164. VersAnn. **08** 763 (Celle). Tod innerhalb der Grenzen Europas, also keine Gefahrerhöhung liegt auch dann vor, wenn der lebensversicherte Schiffskapitän mit seinem Schiffe nahe der südlichen Küste Islands untergeht.

§ 165. I. Literatur (zugleich zu §§ 173 ff.): Behrend, Lebensversicherung und Gläubiger. III. Konkurs des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **08** 125 ff. — Engelbrecht, Die rechtliche und technische Natur des Rückkaufs in der Lebensversicherung, Assek. Jahrb. **29** 106 ff. — Höckner, Das Deckungskapital im Lebensversicherungsvertrag und die Abfindungswerte bei vorzeitiger Vertragsauflösung (Veröff. des deutschen Vereins f. VersWiss. Heft XVI). Berlin 1909, Mittler (bedeutsame Ausführungen versicherungstechnischer Art). — Josef, Die Berechtigung zum sog. „Rückkaufe der Police", HoldheimsMSchr. **08** 29 ff. — Wall, Die Ansprüche des Versicherten auf die Prämienreserve in der Lebensversicherung, Diss. Gießen. Rostock 1907. — II. Wegen der Betriebs-(pensions)kasse s. vor §§ 159 ff. VII.

Kündigungs- und Rückkaufsrecht. I. Im allgemeinen. 1. Engelbrecht, AssekJahrb. **29** 106 ff., kommt (aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen ohne Anknüpfung an VVG. oder Entwurf) zu folgenden Ergebnissen (133 ff.): Der Versicherungsvertrag kann im Prinzipe nur durch eine Vereinbarung der Parteien gelöst werden. Mögen auch die Gesellschaften manche Zugeständnisse gemacht haben und machen, so existiert doch keinesfalls ein angeblich in der Natur der Lebensversicherung liegendes freies Rücktrittsrecht. Das Recht auf Rückkauf ist erst Vorbedingung des Rücktrittsrechts. Besteht kein Rückkaufsrecht, dann besteht auch kein Rücktrittsrecht. — Rückkauf ist Kauf der dem Versicherten seitens des Versicherers zugesicherten Rechte

durch den Versicherten selbst unter gleichzeitiger Tilgung der Verpflichtungen des Versicherten. Er ist selbst ein Versicherungsgeschäft. — Der Rückkaufswert ist gleich dem Barwerte der Versicherungs- und Verwaltungskostenleistung des Versicherers abzüglich des Barwerts der Prämienleistung des Versicherten, beide Barwerte berechnet auf Grund der nach der Schätzung der Gegenwart für die Zukunft zutreffenden Annahmen über Kapitalerträgnis und Sterblichkeit bzw. Invalidität bei aus der Versicherung ausgeschiedenen Personen. Mit gewisser Modifikation gilt dies auch bei Versicherungen mit Gewinnanteil. — Der Rückkauf ist im Prinzipe bei jeder Versicherung zulässig, wenn man anerkennt, daß dann, wenn sich ein negativer Rückkaufswert ergibt, derselbe vom Versicherungsnehmer an den Versicherer zu zahlen ist. Der Rückkauf einer Todesfallversicherung entspricht dem Abschluß einer Erlebensfallversicherung, der Rückkauf der letzteren oder einer Rentenversicherung steht dem Abschluß einer Todesfallversicherung gleich. Prüfung der Gesundheitsverhältnisse ist entbehrlich nur (im allgemeinen) bei Rückkauf einer Todesfallversicherung. Die Umwandlung in eine beitragsfreie Versicherung ist im Prinzipe nichts anderes als ein Rückkauf und eine Verwendung der Rückkaufszahlung als einmalige Prämie für eine herabgesetzte Versicherungssumme.

2. *Bendix, ZVersWiss. **03** 490 ff. Das Ergebnis der sog. Doppelnaturtheorie wie der Darlehnstheorie, die Prämienreserve sei Sparguthaben des Versicherten, ist unrichtig (494—499). Die Prämienreserve ist Eigentum des Versicherers und unterliegt während der Dauer des Vertrags nicht der Verfügungsmacht des Versicherten. a) Das Anwartschaftsrecht des Versicherten auf Rückzahlung eines Teiles der Prämienreserve wird wirksam mit der Beendigung des Vertrags. Es ist nicht in der Natur des Lebensversicherungsvertrags, sondern in der besonderen, regelmäßig getroffenen Bestimmung der Versicherungsbedingungen begründet und findet auch seine Anerkennung als solches im § 61 G. v. 12. Mai 1901. b) Der Anspruch des Versicherten auf Sicherstellung der Prämien und Bildung einer Totalprämienreserve ist bei Bestand des Vertrags kein zivilrechtlicher, im Wege des Zivilprozesses verfolgbarer, sondern ein verwaltungsrechtlicher und wird gemäß dem 5. Abschnitte des G. v. 12. Mai 1901 durchgeführt.

3. *Bürkner, Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage. Auch bei dem Lebensversicherungsvertrag ist regelmäßig die Kündigung seitens des Versicherungsnehmers nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers angängig. — Die Kündigung seitens des Versicherers hat auch dem Pfandgläubiger gegenüber zu erfolgen, trotzdem die Kündigung nicht die Fälligkeit der Ansprüche herbeiführt (vgl. § 175 VVG.).

II. Ausübung durch Dritte (Abtretung, Pfändung, Konkurs). 1. Behrend, LeipzZ. **08** 125 ff., gibt einen Überblick über Rechtsprechung und Rechtslehre für die Zeit vor und nach dem Inkrafttreten des BGB. und nimmt selbst zu ihr in eingehenden, sehr beachtlichen Ausführungen folgende Stellung ein: der Versicherungsanspruch (im Unterschiede vom Anspruch auf die Versicherungssumme) ist der Anspruch auf die Prämienreserve oder deren auf den bedingungsgemäß etwa niedrigeren Rückkaufswert (vgl. § 61 VAG.). Dieser Versicherungsanspruch, nicht mehr und nicht weniger, gehört den Gläubigern des Versicherten, gehört zum Nachlaß und zur Konkursmasse. Im übrigen sind die Rechte aus der Versicherung höchstpersönliche des Versicherten. Der Anspruch auf die Versicherungssumme (d. i. auf Ergänzung des Sparguthabens zur Versicherungssumme) kann nur durch den vorzeitigen Tod des Versicherten entstehen; er ist der (versicherungsmäßig erfaßte) Vermögenswert eines persönlichen Gutes des Erblassers, das niemals zu seinem Vermögen gehört hat, niemals vererbt werden konnte, nämlich seines Lebens. Der Anfechtung der Nachlaßgläubiger unterliegen nicht die Versicherungssumme und nicht die Prämienzahlungen, sondern die

Prämienreserven. Die Scheidung danach, ob zugunsten eines bestimmten Dritten oder zugunsten der Erben oder ohne Bezeichnung eines Bezugsberechtigten versichert ist, ist unberechtigt. Die Versicherungsnahme selbst bewirkt die Vermögensspaltung unter Rückdrängung der Nachlaßgläubiger. Zugunsten der Angehörigen könnte (müßte aber auch) völlige Unanfechtbarkeit der Versicherung bestimmt werden. Die einfache Anwendung der Bestimmungen über Verträge zugunsten Dritter ist zur Beurteilung der fraglichen Rechtsverhältnisse nicht ausreichend.

2. Josef, HoldheimsMSchr. **08** 29 ff. Die dem Versicherungsnehmer zustehenden Rechte, die Versicherung zu kündigen und sie in eine prämienfreie umzuwandeln, sind nicht höchstpersönliche, sondern rein vermögenswerte Rechte, die an sich zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen und folglich im Konkurse des Versicherten zur Konkursmasse gehören und danach auch vom Konkursverwalter ausgeübt werden können. Dagegen können diese Rechte auf Kündigung und Umwandlung nicht für die einzelnen Gläubiger des Versicherungsnehmers gepfändet werden. Denn die Pfändung kann begrifflich nur in Höhe der beizutreibenden Forderung erfolgen und ist folglich unzulässig, wenn der zu pfändende Anspruch nur einheitlich und unteilbar ausgeübt werden kann.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 172. Das Rückkaufsrecht aus einer Lebensversicherung gehört zur Konkursmasse, es ist ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensrecht.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 818, LeipzZ. **07** 437, VAPV. (Anh.) **7** 14, SeuffBl. **07** 650, VersRdsch. **08** 230, VersAnn. **07** 369. Wenn der Versicherungsnehmer seinem Gläubiger eine Lebensversicherungspolice zur Sicherheit für eine Schuld abtritt, so kann der Gläubiger mangels anderer Abmachungen sich aus der Police nur unter ähnlichen Voraussetzungen befriedigen, wie es nach § 1277 BGB. für das Pfandrecht an Rechten bestimmt ist. Da nun aber die Police in zweifacher Hinsicht Sicherheit bietet (bei Kündigung: Anspruch auf Prämienreserve, bei Eintritt des Versicherungsfalls: Anspruch auf die Versicherungssumme), so verfügt der Abtretungsgläubiger nicht vertragswidrig über die Sicherheit, wenn er kündigt und um den erhaltenen Betrag seine Forderung mindert, wofern er nach Lage der Umstände annehmen durfte, daß sein Schuldner zur Fortzahlung der Prämien außerstande sei.

5. VAPV. (Anh.) **7** 49 (KG.). Die Ausübung des Rechtes auf Zahlung der Versicherungssumme oder eines Teiles derselben (Rückkaufswert) ist an die Person des Versicherten gebunden. Es ist also nicht möglich, daß ein Gläubiger die Rechte aus einer Lebensversicherung mit der Wirkung pfänden läßt, daß ihm das Recht eingeräumt wird, sich bestimmte Beträge als Vorschüsse auf die Police auszahlen zu lassen. Es ist vielmehr, wenn ein fälliger Anspruch auf die Versicherungs- bzw. Rückkaufssumme noch nicht besteht, nur die Pfändung dieser künftigen Ansprüche möglich.

6. PraxPrV. **2** 276 (LG. I Berlin). Das Recht, die Lebensversicherung zu kündigen und Zahlung des Rückkaufswerts zu verlangen, ist ein höchstpersönliches Recht des Versicherungsnehmers. Es kann daher nicht vom Konkursverwalter ausgeübt werden.

7. AM. PraxPrV. **2** 275 (AG. Berlin).

8. PraxPrV. **2** 278 (LG. I Berlin). Die Pfändung des Rückkaufsanspruchs gibt noch kein Recht, die Kündigung zu erklären, dahingestellt, ob dieses Kündigungsrecht überhaupt pfändbar ist.

III. Über Rückkauf und Policenbeleihung s. auch JDR. **5** 1097, 1098, 1126.

§ 166. Literatur: Behrend, Lebensversicherung und Gläubiger. I. Die Unpfändbarkeit von Sterbegeldern, LeipzZ. **07** 385 ff. (s. JDR. **6** zu § 850 ZPO. unter Ziff. 4). — Berliner, Die Lebensversicherung zugunsten Dritter, LeipzZ. **09** 115 ff. —

Bürkner, Die Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage, Gött. Diss. 1907. — Clemens, Pfändbarkeit der Lebensversicherungspolice, VersZ. **44** 259 ff., VersAnn. **09** 809 ff., 818 ff., 836 ff., JTVersZ. **09** 333 ff., Saskische Vers. Ztschr. **09** 170 ff. — Emminghaus, Die Ansprüche der Ehefrau an der Lebensversicherungssumme des Ehemanns im Todesfall und im Nachlaßkonkurse. Gibt es ein Eintrittsrecht der Frau im letzteren Falle? LeipzZ. **07** 29 ff. — Derselbe, Die Lebensversicherung zugunsten Dritter, Schenkung? LeipzZ. **09** 454. — Gößmann, Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten bei der Lebensversicherung auf den Todesfall, ZVersWiss. **09** 139, 331 ff. (auch als Berl. Diss. erschienen). — Harrer, Die Lebensversicherungen der Ehegatten und ihre erb- und güterrechtlichen Wirkungen, BadNotZ. **09** 1 ff. — Kneip, Das Schicksal der Lebensversicherungssumme in den verschiedenen Güterständen des BGB. (Diss. Freiburg 1906). — Meyer, Die Lebensversicherung als Mittel der Schuldentilgung, ZVers. Wiss. **08** 226 ff. (als Diss. bei Mittler, Berlin 1908). — Natter, Lebensversicherungen zugunsten Dritter und der Pflichtteilsanspruch, ZBlFG. **8** 303 ff. — Sachße, Zur Prämienrückzahlungspflicht der unwiderruflich begünstigten Ehefrau beim Konkurse des lebensversicherten Ehemanns, LeipzZ. **08** 440. — Wörner, Die Prämienrückzahlungspflicht der unwiderruflich begünstigten Ehefrau beim Konkurse des lebensversicherten Mannes, LeipzZ. **07** 331 ff.

I. Das Recht zur Bestimmung des Begünstigten. 1. Gößmann, ZVersWiss. **09** 363. § 166 VVG. ist nicht bloß Auslegungsregel, sondern zugleich und in erster Linie ergänzender, dispositiver Rechtssatz.

2. Berliner, LeipzZ. **09** 115 ff. Verf. untersucht mit Rücksicht auf die neueren Versicherungsrechtskodifikationen: a) unter welchen Voraussetzungen eine Verfügung des Versicherungsnehmers als Bezeichnung eines bestimmten Begünstigten angesehen wird; b) welche Rechtsstellung dem Begünstigten zuerkannt wird und welche Beschränkungen der Rechte des Versicherungsnehmers diese Rechtsstellung zur Folge hat; c) welches die Wirkungen dieser eigentümlichen Rechtsverhältnisse des Lebensversicherungsvertrags zugunsten Dritter gegenüber anderen, an dem Vertrage mittelbar interessierten Personen, namentlich gegenüber den Gläubigern des Versicherungsnehmers und den Nachlaßgläubigern sind. Zu a) kommt er (129) zum Ergebnisse: Jede Lebensversicherung gilt im Zweifel als zugunsten Dritter genommen, wenn der Versicherungsnehmer den Anspruch auf die Leistung des Versicherers nicht selbst erwirbt; als Bezugsberechtigte sind, sofern kein bestimmter Begünstigter bezeichnet ist oder der versicherte Anspruch von dem Bezeichneten nicht erworben wurde, in der Regel die Erben des Versicherungsnehmers anzusehen. Zu b): Das Recht des Begünstigten beruht ausschließlich auf dem Vertrag; er ist weder Singular- noch Universalsukzessor des Versicherungsnehmers (199). Sein Recht ist im Zweifel ein völlig unabhängiges. Er hat jedoch im Zweifel vor dem Versicherungsfalle nur eine rechtsunerhebliche Hoffnung oder Anwartschaft (200). Dagegen erwirbt er durch den Widerrufsverzicht des Versicherungsnehmers im Zweifel ein selbständiges Recht auf die Leistung des Versicherers (203). Zu c) stellt Verf. die drei verschiedenen Ansichten dar (283 ff.). Die eine will den Anspruch auf die Versicherungssumme für abtretbar und pfändbar ansehen und ihn in den Nachlaß einbeziehen, wenn nur eine widerrufliche Begünstigung vorliege, während bei Widerrufsverzicht nur Anfechtung gestattet sei. Die zweite will (auf Grund der technischen Natur der Lebensversicherung) Gleichstellung der Gläubiger des Versicherungsnehmers vor und nach Fälligkeit des Versicherungsanspruchs; im einen wie im anderen Falle soll ihnen der Zugriff auf die Prämienreserve offenstehen, nie mehr und nie weniger. Die dritte Meinung endlich will wegen des Versorgungszwecks der Lebensversicherung den Gläubigern jeden Anspruch auf die Versicherungssumme entziehen und ihnen ein Anfechtungsrecht gewähren auf denjenigen Betrag der Prämien, der die Verhältnisse des Versicherungsnehmers in auffälligem Maße übersteigt. — Diese Meinungen werden vom Verf. eingehend kritisiert (290 ff., 366 ff.).

3. Gößmann, ZVersWiss. **09** 139 ff., 331 ff. Verf. untersucht a) wer bei der

Lebensversicherung zu eigenen Gunsten als Bezugsberechtigter anzusehen ist; b) welche Bedeutung die Bezeichnung des Bezugsberechtigten (= Begünstigten) bei der Lebensversicherung zugunsten eines Dritten hat und c) ob auch die Inhaberklausel der Police die Bezeichnung eines Bezugsberechtigten enthält. Zu a) (140 ff.): Die Lebensversicherung zu eigenen Gunsten ist möglich (aM. Behrend, LeipzZ. **07** 881 ff.). Der Versicherte hat einen befristeten Anspruch auf Leistung an seine im Erben fortgesetzte vermögensrechtliche Persönlichkeit. Dieser Anspruch geht mit dem Tode des Versicherten, nunmehr fällig, auf den neuen Träger der juristischen Persönlichkeit des Versicherten, den Erben, im Erbgang über. Da aber juristisch betrachtet der Erbe als solcher und der Versicherte identisch sind, so kommt neben dem erwähnten Anspruche nicht noch eine eigene Forderung des Erben aus dem Vertrage zur Entstehung. Juristisch ist die Versicherungsforderung nur eine im Erbgang auf den Erben übergegangene Forderung. Natürlich und wirtschaftlich genommen sind dies freilich Dritte, denen der Anspruch zufällt (144). Die Versicherungsforderung fällt also in den Nachlaß. Dies gilt auch bei nachträglichem Eintritte der Lebensversicherung zu eigenen Gunsten, was in allen Fällen geschieht, in denen der begünstigte Dritte oder die Begünstigung wegfällt, abgesehen von dem Falle, daß der Dritte erst nach dem Tode des Versicherten stirbt (146). Zu b) behandelt Verf. (147 ff.) die Verträge zugunsten Dritter im allgemeinen, scheidet mit Hellwig ermächtigende und berechtigende Verträge auf Leistung an Dritte (149) und zählt zu letzteren den Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter (152), wozu dann 154 ff. näher ausgeführt wird, daß der Dritte bis zum Tode des Versicherten keinerlei Recht, sondern nur eine rechtlich ganz bedeutungslose Anwartschaft hat. Bis dahin hat der Versicherte volles Verfügungsrecht, bei Konkurs fällt die Versicherungsforderung in die Konkursmasse (155). Anders nur, wenn der Versicherte dem Dritten ein (stets befristetes) widerrufliches oder unwiderrufliches Recht einräumt. Verf. geht dann (156 ff.) auf die Bezeichnung des Begünstigten im einzelnen ein und behandelt (156 ff.) die bestimmte Bezeichnung bei Abschluß des Vertrags, die auch dann vorliegt, wenn der Antrag zugunsten Dritter lautet, die Police aber die Inhaberklausel enthält, während die Benennung eines im Antrage nicht erwähnten Dritten in der Police unwirksam ist (157), ferner (158) die Bezeichnung in einem Nachvertrag (Avenant, Transfert) und endlich sehr eingehend (331 ff.) die Lebensversicherung zugunsten erst zu bestimmender Dritter, darunter (334 ff.) die zugunsten allgemein bezeichneter Dritter („Kinder", „Abkömmlinge", „Ehefrau", „Witwe", „Erben" [350 ff.], nasciturus oder nondum conceptus), sowie die Fälle, in denen die Bestimmung der einseitigen Willenserklärung des Versicherten überlassen ist (offene Police, Widerruf und Neubezeichnung eines Begünstigten). Der Begünstigte ist genügend bestimmt, wenn er zur Zeit des Versicherungsfalls bestimmbar ist (338) und es ist hierbei der wirkliche oder vermutliche Wille des Versicherten im vollen Umfange zur Geltung zu bringen (340). Nach der Bezeichnung eines Begünstigten hat der Versicherte kein Recht auf Leistung an sich mehr, sondern nur auf Leistung an den Begünstigten. Das Widerrufsrecht erlischt, wenn der Versicherte seine Rechte an den Begünstigten abtritt (367). In der Abtretung an einen anderen liegt im Zweifel der Widerruf der Begünstigung (369), ebenso in der Verpfändung (370), in erbrechtlicher Verfügung über die Versicherung und im Rückkaufe (371). Das Widerrufsrecht ist ein vermögenswertes Recht (372) und kann von den Gläubigern des Versicherten angegriffen und vom Konkursverwalter ausgeübt werden (373 ff.; eingehende Zusammenstellung der Ansichten 373 Anm. 1), es ist pfändbar, verpfändbar, abtretbar, nicht höchstpersönlich. Die Pfändung allein genügt aber nicht, es muß auch der Widerruf ausgeübt werden (376). Zu c) (Lebensversicherung zugunsten des Policeninhabers) behandelt Verf.

die Frage, ob die Police überhaupt ein Wertpapier ist (383 ff.), sodann behandelt er sie als Rektapapier (387), als Orderpapier (387), als Inhaberpapier (391) und als Legitimationspapier (399 ff.). — Die Police ist Wertpapier im weiteren Sinne (385), wennschon nicht Skripturobligation (386), vorausgesetzt immer, daß bestimmt ist, daß der Versicherer nur gegen ihre Rückgabe Zahlung leisten darf oder zu leisten braucht oder vor dem Versicherungsfalle Verfügungen nur gegen Vorlegung der Police gelten lassen darf oder zu lassen braucht. Rektapolice liegt vor, wenn die Police auf eine bestimmte Person lautet; sie ist nicht Wertträger, Übertragung der Rechte erfolgt durch Zession, Übergabe der Police ist nötig, aber nicht Voraussetzung der Zession (387). Die Orderpolice hat (insbesondere nach § 166 VVG.) nur beschränkte Orderqualität (nur einmalige Indossierung), eine Orderpolice als wirkliches „ziviles (im Gegensatze zum Handelsrecht) Orderpapier" im Sinne Hellwigs kommt in Deutschland nicht vor (387—391). — Die Inhaberklausel hat nur Legitimationsfunktion, wenn neben ihr ein Begünstigter benannt oder wenn dem Versicherungsnehmer das Recht einseitiger Begünstigtenbenennung vorbehalten ist. Bloße Legitimationswirkung kann sie auch dann haben, wenn die Police einfach auf den Inhaber lautet, insofern nämlich ein verkapptes hinkendes Rektapapier vorliegen kann, das stillschweigend auf den Namen des Versicherungsnehmers gestellt ist (392, 393). Echte Inhaberpolicen könnten vorkommen (393 ff.), kommen aber nicht vor, für die Zukunft aber gilt § 4 Abs. 1 VVG., dessen Bestimmungen zwar nicht auf bestehende Versicherungen einwirken, aber trotzdem analog angewendet werden müssen (399). Bei der Inhaberpolice bedarf es im Zweifel der Anzeige der Zession an den Versicherer nicht (404), die Zession ist nicht von der Übergabe des Papiers bedingt, doch liegt in der Übergabe regelmäßig die stillschweigende Abtretung (405). Es kann aber auch im Zweifel durch Übergabe der Police ein Dritter (und zwar originär, im Gegensatze zur Zession) begünstigt werden, die Wirkung der rein einseitigen Begünstigtenbezeichnung ist aber nicht von Übergabe der Police abhängig (407). Im Zweifel ist im Interesse des Fürsorgezwecks Verleihung des originären Rechtes (also Benennung eines Begünstigten, nicht bloße Zession) als gewollt anzunehmen (408). Auf dem Gebiete der Pfändung und Verpfändung kann allerdings die reine Inhaberpolice nicht ersetzt werden, es gelten die strengeren Erfordernisse der Forderungspfändung und -verpfändung, nicht aber der Sachpfändung und -verpfändung (409).

4. *Bürkner, Verpfändung und Pfändung der Ansprüche aus dem Lebensversicherungsvertrage. Durch die Benennung im Lebensversicherungsvertrag erlangt der benannte Bezugsberechtigte in der Regel zunächst nur eine widerrufliche Anwartschaft. Eine Verpfändung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage seitens des Versicherungsnehmers ist als aufschiebend bedingter Widerruf anzusehen.

5. Entscheidungen. a) **RG. 71** 324 ff., JW. **09** 458, JWVersZ. **09** 297, DVersZ. **5** 142, VersAnn. **09** 725, DJZ. **09** 1145, R. **09** 2629, 2630. Wenn nach dem Versicherungsvertrage die Versicherung unwiderruflich zugunsten einer anderen Person geschlossen wird, so ist anzunehmen, daß diese Person unmittelbar das Recht auf die Leistung erlangen soll (vgl. § 330 Satz 1 BGB.), und zwar sofort mit dem Vertragsschluß (entgegen dem Regelfalle des § 331 Abs. 1 BGB.), wiewohl immer nur nach Maßgabe des Vertrags (§ 334 BGB.). Der Versicherungsnehmer kann also dem Begünstigten dessen Recht nicht mehr durch Abtretung, Verpfändung usw. entziehen, wohl aber durch Zuwiderhandeln gegen die Vertragsbestimmungen (z. B. Nichtzahlung der Prämien usw.) vereiteln. Beitritt des Begünstigten ist nicht erforderlich. Wenn der Begünstigte der Verpfändung des Versicherungsanspruchs durch den Versicherungsnehmer zustimmt, so liegt hierin nicht zugleich das Einverständnis mit dem Widerrufe der Begünstigung. (S. BGB. § 331 Ziff. 1, 2.) **b)** SächsRpflA. **07** 384, LeipzZ. **07** 920 (Dresden). Der Anspruch aus

einer Versicherung (deren Summe im Erlebensfall an den Versicherten, anderenfalls an die Ehefrau gezahlt werden sollte) gehört, solange der Versicherte lebt, zu dessen Vermögen, also auch zur Konkursmasse. Erst mit dem Tode des Versicherten wird die Ehefrau unmittelbar auf Grund des Versicherungsvertrags auf die Versicherungssumme berechtigt. **c)** RheinA. **106** 141 (Düsseldorf). Der Begünstigte hat bis zum Tode des Lebensversicherten kein bedingtes Recht, sondern nur eine Anwartschaft auf die Versicherungssumme. Beim Vorversterben des Begünstigten tritt das eigene Bezugsrecht des Versicherten wieder voll in Kraft; er kann darüber frei verfügen. Überdies bleibt ihm bei Erlebensfallversicherung auf alle Fälle der Anspruch auf die Versicherungssumme bei Erleben des vereinbarten Datums. **d)** OLG. **16** 371, VAPV. (Anh.) **7** 50 (Stuttgart), R. **08** 316. Das aus einem Lebensversicherungsvertrage hervorgehende, vorbehaltene Recht eines Gemeinschuldners, über die Zahlung der Versicherungssumme (Vertrag zugunsten der Familie geschlossen) anderweite Bestimmungen zu treffen, bildet einen Bestandteil seines Vermögens, nicht seiner Ehefrau und seiner Kinder. Diese haben vor dem Tode des Versicherten noch keine Rechte erworben, sofern nicht Verzicht auf Widerruf vorliegt. Der Verwalter im Konkurse des Versicherten kann also über die Rechte aus dem Versicherungsvertrage verfügen. Ein höchstpersönliches Recht des Versicherten steht nicht in Frage. **e)** Über eine Bestimmung der Police, daß mit dem Tode des Versicherungsnehmers in Ermangelung einer anderweiten Bestimmung alle Rechte und Pflichten aus der Versicherung der Anstalt gegenüber auf den Begünstigten übergehen, s. VAPV. **6** 150 ff. **f)** Vgl. auch zu II 6 a.

II. Anfechtbare Bestimmung des Begünstigten. 1. Emminghaus, LeipzZ. **09** 454. (S. BGB. § 331 Ziff. 4.) Die Lebensversicherung zugunsten eines Dritten mit dem animus donandi ist eine unentgeltliche Zuwendung, aber — weil die Versicherung kein Vermögen, sondern nur eine Anwartschaft darstellt — nicht eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers. Die Bereicherung des Begünstigten tritt erst ein, wenn er die Versicherungsansprüche ausgezahlt erhält. Diese Bereicherung erfolgt aber nicht durch, sondern nur infolge des Versicherungsvertrags. Die Zuwendung an den Begünstigten ist also keine Schenkung, sondern eine Zuwendung sui juris.

2. Emminghaus, LeipzZ **07** 29 ff. (S. JDR. **6** zu §§ 330 ff. Ziff. 1.) Hat der Ehemann weder bei noch nach Vertragsschluß seine Ehefrau als Begünstigte bezeichnet, so gehört die Versicherungssumme zum Nachlasse des Mannes und zur Nachlaßkonkursmasse (30). Ist dagegen der Vertrag in nicht anfechtbarer Weise zugunsten der Ehefrau gestellt, so ist, weil das Widerrufsrecht ein höchstpersönliches Recht des Versicherungsnehmers ist, der Rechtsstand der unwiderruflich und der widerruflich begünstigten Ehefrau, falls Widerruf nicht erfolgt war, der gleiche und zwar vor wie nach Eintritt des Versicherungsfalls. Der Konkursverwalter kann im Konkurs über das Vermögen des Mannes nicht den Zeitwert der Versicherung und im Nachlaßkonkurse nicht die Versicherungssumme angreifen (37, 38). Dagegen schließt die Begünstigung in einer Verfügung von Todes wegen (§ 332 BGB.) den Zugriff der Gläubiger des lebenden Versicherungsnehmers auf den Zeitwert der Versicherung nicht aus; die Stellung der Ehefrau ist dann vor und nach dem Tode des Mannes eine andere (39). Eintritt ist die — wenn auch immer erfolgende — Erklärung, das Recht auf die Leistung anzunehmen. Ein Eintrittsrecht steht der begünstigten Ehefrau im Nachlaßkonkurse nur dann zu, wenn sie bedingt begünstigt war und es sich um einen förmlichen Begünstigungsvertrag handelt, zu dem die begünstigte Ehefrau ihre formelle Zustimmung erteilt hatte (42, 43).

3. Wörner, LeipzZ. **07** 331 ff. Fällt im Konkurse des Mannes der Ehefrau nur der Rückkaufswert zu, so kann dieser kleiner sein als der Betrag der von ihr nach § 33 Ziff. 2 KO. zurückzugewährenden beiden letzten Jahresbruttoprämien. Die

Rückzahlung hat sich daher richtigerweise nur auf die beiden letzten Nettoprämien zu erstrecken, und zwar bei Anwendung der Zillmerschen oder einer entsprechenden Methode mit der hiernach gekürzten Reserveprämie (die neben der Risikoprämie in der Nettoprämie steckt). Denn der in der Bruttoprämie enthaltene Verwaltungskostenzuschlag bzw. der dem gleichen Zwecke dienende Teil der Reserveprämie wird ausschließlich im Interesse des Versicherten verbraucht, die Aufwendung dieses Teiles der Bruttoprämie ist Voraussetzung, nicht Mittel der Begünstigung.

4. Sachße, LeipzZ. **08** 440. Zurückzuzahlen ist nicht die Bruttoprämie, auch nicht die Nettoprämie (so Wörner, LeipzZ. **07** 334), sondern, da die Nettoprämie auch die Risikoprämie enthält, nur die Reserveprämie; denn nur diese fließt wirklich in das Deckungskapital. Da nun aber von dem Deckungskapitale wiederum nur ein Teil, der Rückkaufswert, zur freien Verfügung des Versicherten steht, so muß man eigentlich die Rückzahlungspflicht auf denjenigen Betrag beschränken, um den in der kritischen Zeit der Rückkaufswert erhöht worden ist. Übrigens führt schon § 37 Abs. 2 KO. in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnisse (Haftung auf die Bereicherung).

5. Natter aaO. In dem Abschluß einer Lebensversicherung zugunsten eines Dritten liegt eine Zuwendung an den Begünstigten aus dem Vermögen des Versicherten. Sie ist Schenkung, wenn sie unentgeltlich erfolgt und beide Beteiligte hierüber einig sind, wobei die Annahme des Angebots auch nach dem Tode des Versicherten erfolgen kann. Gegenstand der Schenkung ist der vom Begünstigten mit dem Tode des Versicherten unmittelbar gegen den Versicherer erworbene Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme, der sich im Vermögen des Versicherten als bis zu seinem Tode befristeter und von regelmäßiger Prämienfortzahlung bedingter befunden hat. Wenn man aber auch letzterem nicht zustimmt, so ist die Annahme einer Schenkung doch deshalb gerechtfertigt, weil der Anspruch auf die Versicherungssumme, wennschon vielleicht nicht aus dem Vermögen des Versicherten, so doch jedenfalls durch eine Verringerung dieses Vermögens dem Begünstigten zufällt und es nicht erforderlich ist, daß dieselben Vermögensstücke aus dem einen in das andere Vermögen gelangen. Der Pflichtteilsberechtigte kann sonach Berücksichtigung der Lebensversicherungen bei der Pflichtteilsberechnung gemäß § 2325 BGB. verlangen. § 2330 BGB. (sittliche Pflicht) ist, von Ausnahmen abgesehen, nicht anwendbar, wenn ein Erbe oder einer der nächsten Angehörigen des Versicherten begünstigt ist.

6. Entscheidungen. a) **RG. 66** 158 ff., JW. **07** 524, VAPV. (Anh.) **7** 10, VersAnn. **08** 81. Die unentgeltliche Zuwendung der Lebensversicherungssumme an einen Dritten ist stets anfechtbar. Die Rückgewährspflicht ist aber verschieden, je nachdem der Versicherungsnehmer den Vertrag von Anfang an zugunsten des Dritten geschlossen oder das Bezugsrecht auf die Versicherungssumme aus einer ursprünglich zu eigenen Gunsten (oder zugunsten seines Nachlasses oder seiner Erben als solcher) geschlossenen Versicherung nachträglich dem Dritten zugewendet hat. Im ersten Falle sind nur die während des letzten Jahres oder der zwei letzten Jahre bezahlten Prämien, im letzten Falle die vom Dritten bezogene Versicherungssumme zurückzugewähren. Eine Unterscheidung zwischen dem sofort aus dem Vertrag entstehenden Rechte des Versicherten und dem demnächstigen Rechte auf den Bezug der Versicherungssumme ist nur am Platze, wenn der Vertrag zugunsten eines Dritten geschlossen war. Anderenfalls wird das Bezugsrecht von Anfang an als unmittelbarer Ausfluß und hauptsächlichster Wesensbestandteil der Forderung selbst mit dieser für den Versicherungsnehmer begründet, nur ist seine Fälligkeit ausgeschlossen. Es gehört zu seinem Vermögen. Der Singular- wie der Universalsukzessor erwirbt dieses Recht aus jenem Vermögen. Ebenso enthält die nachträgliche Benennung eines Bezugsberechtigten stets eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers. Der Benannte erhält aber nicht wie der Zessionar die volle Gläubigerstellung, son-

dern nur einen Ausschnitt daraus. Denn der Versicherungsnehmer behält auch dann, wenn das Bezugsrecht des Benannten unwiderruflich geworden ist, sein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten (§ 335 BGB.). Das — unwiderruflich gewordene — Einziehungsrecht des Benannten ist in dessen Person ein selbständiges. Er erwirbt es nicht aus dem Nachlasse des Versicherungsnehmers, sondern unmittelbar kraft des zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten geschlossenen Vertrags, d. h. des auf nachträgliche Änderung des Begünstigten gerichteten Vertrags. Er erhält also sein Bezugsrecht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers. Unerheblich ist hierbei, ob der Versicherungsnehmer sich das Recht zu nachträglicher Benennung eines Begünstigten im Vertrage vorbehalten hatte und ob die Police die Bestimmung „zahlbar an den Inhaber" enthält. **b)** LeipzZ. **09** 333, HansGZ. **08** Beibl. 227, WVersZ. **42** 2401, R. **08** 316 (Hamburg). Wenn eine Lebensversicherung für den Todesfall zugunsten der Ehefrau, für den Erlebensfall aber (25 Jahre) zugunsten des Versicherungsnehmers selbst genommen ist, so können die Prämienzahlungen keinenfalls in vollem Umfang als unentgeltliche und nach §§ 31, 32 KO. anfechtbare Zuwendungen an die Ehefrau angesehen werden. Das ist nur möglich, wenn die Versicherung lediglich zum Vorteile des Dritten genommen war. Der Konkursverwalter muß darlegen, welcher Teil der Prämie als der Ehefrau zugewendet zu gelten hat.

7. Vgl. auch zu § 165 II 1.

III. Ausübung des Bestimmungsrechts durch Dritte (Abtretung, Pfändung, Verpfändung, Konkurs). 1. Clemens aaO. stellt auf Grund einer Rundfrage die Ansichten einer Anzahl Lebensversicherungsgesellschaften darüber zusammen, wie die Pfändbarkeit von Lebensversicherungspolicen zu beurteilen sei und wie man sich bei Pfändungen zu verhalten habe. Er gelangt zu folgendem Ergebnis: a) Eine begünstigte Person in einem Lebensversicherungsvertrage kann sich einem pfändenden Gläubiger des Versicherungsnehmers gegenüber nicht darauf berufen, daß sie die Prämien gezahlt habe. b) Sie kann aber geltend machen, daß ihr die Ansprüche aus der Versicherung schon bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers unwiderruflich zustehen, wenn sie den Nachweis bringt, daß ihr ein sofortiges Recht eingeräumt worden sei, indem der Versicherungsnehmer auf Widerruf verzichtet habe. c) Herrschende Meinung ist, daß das Recht der begünstigten Person nicht als schon existentes anzusehen ist, sondern nur den Wert einer Anwartschaft hat. Bis zur Fälligkeit der Versicherungssumme stehen alle Rechte, wenn die begünstigte Person kein unwiderrufliches Recht erworben hat, dem Versicherungsnehmer allein zu und können von seinen Gläubigern unter der Voraussetzung, daß die Pfändung sich auf sämtliche Rechte erstreckt, gepfändet werden. — Gleichwohl empfiehlt sich Benachrichtigung des Versicherungsnehmers und des Begünstigten von der bevorstehenden Pfändung und Realisierung.

2. Entscheidungen. a) **RG.** WVersZ. **43** 1641, R. **09** Ziff. 1814. Wenn im Lebensversicherungsvertrage bestimmt ist, daß eine Abtretung der Versicherungsansprüche der Gesellschaft gegenüber nur mit deren Genehmigung erfolgen kann, so ist es Auslegungsfrage, ob zwischen Versicherer und Versichertem ein negativbedingtes Abtretungsverbot hat vereinbart werden oder ob die Bestimmung nur das Verhältnis des Versicherers zum Zessionar hat regeln sollen. Ersterenfalls ist es weiter Auslegungsfrage, ob noch nach dem Tode des Versicherten eine Genehmigung zu einer früheren Abtretung erteilt werden kann. **b) RG.** VAPV. (Anh.) **7** 77, BayRpflZ. **08** 378, VersAnn. **08** 693, R. **08** 507. Anzeige der Verpfändung ist nach § 1280 BGB., Genehmigung der Verpfändung seitens der Gesellschaft bedingungsgemäß erforderlich. Die Genehmigung gibt keinen Anhalt dafür, daß der Versicherer weitergehenden Verpflichtungen, als vertragsmäßig ihm dem Versicherten gegenüber oblagen, dem Pfandgläubiger gegenüber habe übernehmen

wollen. Alle Bestimmungen der Police wirken auch gegen den Pfandgläubiger, insbesondere die, daß der Versicherer nicht zur Erinnerung an die Prämienzahlung und nicht zur Prämienabholung verpflichtet ist. **c)** **RG.** FTVersZ. **09** 273, DJZ. **09** 1089, R. **09** Ziff. 1853, 1942. Der allgemein gehaltene Wille des Versicherungsnehmers, einem anderen durch die Police „Deckung" zu verschaffen, genügt zur Annahme, der Versicherungsnehmer habe für den Fall, daß die zunächst gewollte Verpfändung (mangels Pfandanzeige!) unwirksam sein sollte, auch eine Abtretung des Versicherungsanspruchs beabsichtigt, mag er sich auch dessen, daß allein Abtretung der richtige Weg war, nicht bewußt gewesen sein. — Diese Abtretung des Versicherungsanspruchs ist auch zulässig, wenn ein Begünstigter benannt ist. Denn dieser hat nach der einen Meinung vor dem Eintritte des Versicherungsfalls überhaupt noch kein Recht, sondern nur eine wesenlose Anwartschaft. Nimmt man aber auch ein Recht des Begünstigten an, so kann doch der Versicherungsnehmer dieses Recht bis zu seinem Tode einschränken. Und dies geschieht durch die Abtretung. **d)** BadRpr. **07** 274 (Karlsruhe) sieht einen Vertrag, wonach man die „Versicherungspolice dem Y. verpfändet" und „seine Ansprüche daraus auf ihn überträgt", als Pfandvertrag an, der nur bei Anzeige nach § 1280 BGB. ein Pfandrecht begründet. In Ermangelung einer solchen Anzeige wird nur ein obligatorisches, nicht gegen Dritte, auch nicht gegen den Verwalter zum Konkurs über das Vermögen des X. wirkendes Zurückbehaltungsrecht begründet. **e)** SeuffA. **63** 181 ff., PosMSchr. **07** 153, R. **08** Ziff. 167 (Marienwerder). Das Recht, bei der Lebensversicherung einen oder einen anderen Begünstigten zu bestimmen, ist übertragbar und pfändbar. Der Gläubiger kann sich nach Pfändung selbst als Begünstigten benennen. Nichtgenehmigung hindert nur (konkret) die Wirksamkeit der Pfändung der nichtgenehmigenden Gesellschaft gegenüber, nicht aber gegenüber dem vom Versicherten benannten Begünstigten. **f)** Wegen der Pfändbarkeit von Ansprüchen aus Lebensversicherungen im Verhältnisse zu § 850 Ziff. 4 ZPO. vgl. OLG. **19** 20, R. **09** Ziff. 2485 (München); vgl. auch oben vor §§ 159 ff. VII 3.

3. Wegen der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Bestimmungsrechts s. auch oben zu I 2, 4 a, e; über Verpfändung von Policen s. auch zu § 4 II.

4. Wegen der des Widerrufsrechts vgl. oben zu I 3.

5. Wegen der des Rückkaufsrechts s. oben zu § 165 II.

6. Hinsichtlich der Stellung der Konkursmasse s. auch I 4 d und § 165 II.

IV. Berliner, LeipzZ. **09** 123. Der gutgläubige Versicherer wird durch Zahlung an den bezeichneten Begünstigten befreit, wenn ein Widerruf oder eine Änderung der Bezeichnung ihm nicht mitgeteilt war.

V. Wegen des Rückkaufs vgl. im übrigen zu § 165.

§ 167. Literatur: Behrend, Lebensversicherung und Gläubiger. II. Die Versicherung zugunsten der Erben, LeipzZ. **07** 872 ff. — Brückmann, Praktische Erörterungen aus dem Lebensversicherungsrechte, GesuR. **8** 153 ff. — Josef, Sozialpolitik im Versicherungsrechte, GesuR. **10** 321 ff., 340 ff.

1. Behrend, LeipzZ. **07** 872 ff. Verf. gibt eine gute Zusammenstellung und Kritik der Entwicklung von Judikatur und Literatur zu der im § 167 VVG. endgültig geregelten Frage. Im übrigen s. JDR. **6** 149.

2. Gegen Behrends Ausgangspunkt und Folgerungen vgl Mueller, VersRdsch. **08** 153 ff.

3. Josef, GesuR. **10** 321 ff., 340 ff. Verf. spricht sich gegen die Überspannung des Prinzips des § 167 VVG. aus. Diese Vorschrift gelte nur im Zweifel. Also sie sei im wesentlichen anwendbar, wo der Versicherte Frau und Kinder hinterlasse. Sinnwidrig sei es, entfernte Verwandte als Erben und damit als begünstigt

hereinzuziehen. Falsch sei es, überhaupt jede Lebensversicherung auf den Todesfall als Begründung eines selbständigen, nicht zum Nachlasse gehörigen Rechtes anzusehen. § 167 VVG. zeugt von überspannter, verkehrt angewendeter Sozialpolitik.

4. Harrer, BadNotZ. **09** 1 ff. Auch bei weitgehender Unbestimmtheit des Ausdrucks ist der Wille des Versicherten im Sinne von § 167 VVG. dahin auszulegen, daß der Versicherungsanspruch nicht zur etwaigen Nachlaßkonkursmasse gehören soll: z. B. wenn die Versicherungssumme gezahlt werden soll: „an meine Familie", „an meine Angehörigen", „an die Hinterbliebenen". Unter „an meine Ehefrau" ist auch der Fall der Wiederverheiratung zu verstehen.

5. Gößmann, ZVersWiss. **09** 357 ff. (vgl. auch 334 ff.). Die Vorschrift des § 167 VVG. gibt nur schon jetzt bestehendes Recht wieder. Schon jetzt ergeben § 328 Abs. 2 u. § 330 BGB. die Auslegungsregel, daß bei Bezeichnung „zugunsten meiner Erben" im Zweifel ein Vertrag auf selbständige Berechtigung der Erben, d. h. der nächsten Angehörigen vorliegt.

6. Vgl. auch oben zu § 166 I 3.

7. **RG.** JW. **08** 689, LeipzZ. **09** 244, SeuffA. **64** 258, VAPV. (Anh.) 8 20, Seuff. Bl. **09** 61, VersRdsch. **09** 56, WVersZ. **43** 465, WarnE. **09** 13. Auslegung der Policenbestimmung, daß im Falle des Todes die Versicherungssumme an die Erben gezahlt werden solle: wie **RG. 62** 259. War gemeint, daß die „Erben" die Summe als bezugsberechtigte Dritte nach § 330 BGB. erhalten sollen, so spricht dies und § 167 VVG. dafür, daß die Personen begünstigt sein sollten, die zur Zeit des Todes als Erben berufen waren, nicht die, die wirklich Erben geworden sind; Ausschlagung ist also unerheblich.

8. KGBl. **09** 46 (KG.). Eine Versicherung „zugunsten der Erben" kann nach Lage der Sache dahin ausgelegt werden, daß der Versicherungsnehmer sie zugunsten seiner Ehefrau in dem Sinne habe nehmen wollen, daß es gleichgültig sein solle, ob diese wirklich Erbin werden würde.

9. ElsLothZ. **09** 131 (Colmar). Wenn bedingungsgemäß die Versicherungssumme an die „ayants droit" zu zahlen ist, so ist damit nicht bestimmt genug gesagt, daß die „Erben" berechtigt sein sollen. Die Versicherungssumme fällt also in den Nachlaß.

§ 168. Vgl. zu §§ 165, 166.

§ 169. Literatur: Fuld, Die Selbstmordklausel und der Verband der deutschen Lebensversicherungsgesellschaften, DVersZ. **3** 105 ff. — Fuld, Das Duell in versicherungsrechtlicher Beziehung, AssekJahrb. **28** 51 ff. — Vgl. zu §§ 61, 152, 181.

1. Fuld, DVersZ. **3** 105 ff. Verf. tritt für die Bestimmungen des VVG. (Entw.) § 169 ein. Beweispflichtig für die Nichtzurechenbarkeit des Selbstmordes ist der den Versicherungsanspruch Erhebende.

2. Fuld, AssekJahrb. **28** 51 ff. Der Versicherte muß beweisen, daß der Unfall (Tod) nicht durch Zweikampf entstanden ist (57).

3. **RG.** WVersZ. **43** 819. Beweislast des Begünstigten dafür, daß der Selbstmord (bedingungsgemäß) im Zustande völliger Unfreiheit des Willens oder unter dem Drucke schwerer körperlicher Leiden erfolgt sei.

4. **RG.** JW. **07** 114, ZVersWes. **07** 76. Keine, den Anspruchsverlust bewirkende grobfahrlässige Selbsttötung, wenn der Versicherte einen Revolver gegen sich abdrückt und sich hierdurch tötet, nachdem der Eigentümer kurz zuvor durch 5—6maliges Abdrücken festgestellt zu haben glaubte, daß der Revolver entladen sei.

5. Vgl. unten vor §§ 179 ff. VI 5 c α.

6. R. **09** Ziff. 1941 (Hamburg). Zur Annahme, daß der Selbstmord des Lebensversicherten „in einem Zustande von Unzurechnungsfähigkeit" begangen ist, genügt nicht, daß festgestellt wird, der Versicherte sei infolge schwerer Schicksalsschläge in eine tiefe Gemütsverstimmung geraten und hochgradig nervös geworden. Es ist

der Beweis nötig, daß eine die freie Willensbestimmung ausschließende krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorlag.

7. OLG. 17 57 (Dresden). Beweispflichtig für Nichtvorliegen eines Selbstmordes ist der, der daraus Ansprüche herleitet, daß ein anderer infolge des Verschuldens des haftbar gemachten Dritten tödlich verunglückt sei. Nicht aufzuklärende Ungewißheit gereicht ihm zum Nachteile. Meist werden indes die Umstände ergeben, ob Unglücksfall oder Selbstmord vorliegt.

8. Über Selbstmord als Unfallsfolge s. zu § 179.

§ 170. Vgl. zu §§ 61, 152 u. 181.

§ 171. 1. Über Schweigepflicht des Arztes und Erstattung des Todesberichts s. oben zu § 160 III.

2. Im übrigen s. wegen der Anzeigepflicht zu § 33 (besonders zu II 1 b u. c) und wegen der Anzeigepflicht der Hinterbliebenen zu § 6 XIII 1.

Zu §§ 173—176. Literatur: s. vor § 165.

I. Wegen des Rückkaufs und der Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie s. oben zu § 165.

II. Wegen der Betriebs(pensions)kassen s. oben vor §§ 159 ff. VII.

§ 175. Wegen der Frage der Rückwirkung s. EGVVG. Art. IV unter I.

§ 178. Literatur: Emminghaus, Zur Auslegung des § 178 VVG., MasRdsch. **09** 332 ff.

1. Emminghaus aaO. gibt eingehende Darlegungen mehr versicherungspraktischer Art.

2. VAPV. 7 6. Über Prämienanrechnung bei Überführung einer seit einem Jahre bestehenden lebenslänglichen Todesfallversicherung in eine solche nach anderem Tarife, wenn der Versicherte um „Abänderung" der Versicherung gebeten hatte.

Vierter Abschnitt. Unfallversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 179 ff.: Für die Unfallversicherung galt es in der Hauptsache, aus dem reichen Entscheidungsmateriale das auch künftig Wertvolle auszuscheiden und übersichtlich zu registrieren. Begriff des Unfalls, Kausalität und die Fragen der mitwirkenden Ursache sind von jeher und auch jetzt sehr zweifelhaft gewesen. Mehrfach von Literatur und Judikatur behandelt sind die Stellung des Versicherten in dem bedingungsgemäß vorgeschriebenen Heilverfahren und die Frage der Ersatzpflicht des Versicherers für Heilungsschäden (zu § 183). Die Regelung des Schiedsgutachtens (§ 184) berührt sich mit § 64 (vgl. Vorbem. zu §§ 49 ff.).

Literatur: Bleicher, Einige Bemerkungen zur Frage der privaten Invalidenversicherung, AssekJahrb. **28** 101 ff. — Bruschettini, Die rechtliche Natur der Unfallversicherung, AssekJahrb. **28** 70 ff. — Hüttner, Das Recht der Haftpflicht- und Unfallversicherung nach VVG., Leipzig, Roßberg, 1908. — Kaiser, Zur Frage der Haftung für Schädigungen, die der Entschädigungsprozeß selbst hervorruft, JW. **09** 33. — Kißkalt, Zur prozessualen Behandlung der traumatischen Neurose, ZVersWes. **07** 569 ff. — v. Köbke, Der Unfallbegriff in der sozialen und privaten Versicherung und im Reichshaftpflichtgesetze, LeipzZ. **07** 317 ff. — Meyer, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, R. **09** 305 ff. — Peters, Die Entschädigung der Erwerbsunfähigkeit nach Haftpflichtrecht, AssekJahrb. **31** 17 ff. — Siefart, Der Begriff der Erwerbsunfähigkeit. 3. Aufl. Berlin, Asher, 1908. — Rau, Zur Rechtsprechung in Unfallversicherungsprozessen, ZVersWiss. **05** 34 ff. — Im übrigen vgl. die Literatur zu den einzelnen Paragraphen.

Vor §§ 179 ff. I. Wegen Überversicherung bei der Unfallversicherung s. zu § 51.

II. Über Vergleiche und Verzichte in Unfallversicherungssachen s. zu § 11 II.

III. Über Schädigungen durch die Unfallheilung und gelegentlich derselben s. zu § 183 II.

IV. *Rau, ZVersWiss. **05** 34 ff. Der erste Teil kritisiert ein Urteil des **RG.** (s. VAPV. **03** 144), welches die Unfallversicherung als Personenversicherung erklärt; deshalb sei die Zurückführung der Versicherungssumme auf den wirklichen Schaden ausgeschlossen. Verf. tritt dafür ein, daß die Unfallversicherung in der Mitte zwischen der Schadens- und Lebensversicherung stehe. Der zweite Abschnitt gibt eine Darstellung des Unfallbegriffs, wie ihn die Rechtsprechung an der Hand der Versicherungsbedingungen herausgearbeitet hat. Besprochen werden die Grenzfälle, in denen der Unfall auf eine Eigenbewegung des Versicherten zurückzuführen war. Zweifel bestand, ob eine solche Verletzung „zufällig" durch ein „äußeres" Ereignis herbeigeführt war. Die Gerichte haben die Voraussetzung des Unfalls als gegeben erachtet. Der dritte Teil behandelt die Frage nach dem Umfange der Haftung des Versicherers, wenn zur Körperbeschädigung neben dem Unfallereignisse noch andere Umstände kausal mitwirkten, namentlich Krankheiten. Die Gerichte unterscheiden, ob die mitwirkende Krankheit vor dem Unfalle vorhanden war, oder den Verletzten erst nachträglich befiel. Im ersten Falle wurde der Versicherer immer für ersatzpflichtig erklärt mit der Begründung, daß, auch wenn von zwei Ereignissen keines für sich allein, sondern nur alle in ihrem Zusammentreffen und -wirken einen Erfolg herbeiführten, das letzte, also das Unfallereignis für den Erfolg kausal sei. Stellte sich die mitwirkende Krankheit nicht nach dem Unfall ein, dann haftet der Versicherer nur unter der Bedingung, daß der Unfall für die Krankheit kausal war.

V. Begriff des Unfalls. 1. v. Köbke, LeipzZ. **07** 317 ff. Die Entscheidungen über den Begriff des Unfalls in der Arbeiterversicherung sind auch für die Privatversicherung anwendbar (317). Auf dem Gebiete des Haftpflichtgesetzes, der Arbeiterversicherung und der Privatversicherung herrscht Streit, ob unter „Unfall" das unfallbringende Ereignis, die schädigende Einwirkung oder die Körperverletzung bzw. der Tod zu verstehen ist (321). Verf. führt dann für alle Gebiete aus, was die Grundbegriffe des Unfalls seien, und definiert ihn (331) als die körperschädigende, nicht vorsätzlich herbeigeführte Einwirkung eines äußeren plötzlichen Ereignisses auf einen Menschen. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß der Begriff in der Privatversicherung durch die Policenbestimmungen Abänderungen (insbesondere Hinzufügung weiterer Merkmale) erfahren kann, wie das (in der Verbandspolice jetzt aufgegebene) Reat „mechanischer Gewalteinwirkung" und das neu eingeführte der „ärztlicherseits sichereren Erkennbarkeit", ohne daß solche Merkmale jedoch für den Begriff wesentlich sind.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 985, LeipzZ. **09** 700, JW. **09** 427, DVersZ. **5** 98, VAPV. (Anh.) **8** 88, WVersZ. **43** 1993, R. **09** Ziff. 2044. Als Unfall (äußere, plötzlich und unabhängig vom Willen des Versicherten eingetretene gewaltsame Veranlassung) angesehen das Springen einer Ader in der Lunge infolge einer Überanstrengung beim Losschrauben einer besonders festsitzenden Schraube.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 484, WarnE. **09** 116, DVersZ. **4** 288, VAPV. (Anh.) **8** 23, ZVersWes. **09** 319, JW. **09** 57, SeuffBl. **09** 421, WVerZ. **43** 801, VersAnn. **09** 23, JTVersZ. **09** 9, R. **09** 231. Ein Unfall liegt vor, wenn der Blitz, sei es durch unmittelbare Kraftäußerung, sei es auch nur mittels des durch ihn verursachten Schreckens, auf die Herznerven derart schwächend einwirkt, daß diese Schwächung zum Tode mitwirkt.

4. **RG.** JW. **09** 356, VAPV. (Anh.) **8** 89, VersAnn. **09** 640, WVersZ. **44** 209, ÖVersZ. **09** (Beil.) 271, R. **09** Ziff. 2851, DJZ. **09** 1330. Hat nach den Bedingungen als versicherungspflichtiger Unfall auch das Einatmen von zufällig ausströmenden Gasen oder Dämpfen zu gelten, so ist darunter jede plötzliche unerwartete Einwirkung von Gasen oder Dämpfen auf den Organismus zu verstehen, im Gegensatze zu

Gewerbe- oder Berufskrankheiten, die sich durch ständigen oder häufigen Aufenthalt in Räumen, die schädliche Gase enthalten, entwickeln können. Es genügt, daß der Versicherte zufällig mit diesen Gasen oder Dämpfen in Berührung kommt, gleichgültig, wie dies geschieht. (Der Versicherte war in seiner Brennerei im Maischbottichraume zu Boden gefallen und durch Einatmen der dort angesammelten giftigen Gase erstickt; das RG. erblickt überdies schon in dem Hinfallen, wodurch der Versicherte in die sich am Boden hinziehende Kohlensäureschicht geriet, einen versicherungspflichtigen Unfall i. S. der Versicherungsbedingungen.)

5. Vgl. wegen Unfallfolgen und Unfallereignis unten zu VIII.

VI. Einzelne Arten.. 1. Blutvergiftungen. a) **RG.** VersAnn. **07** 736, WVersZ. **42** 392, VAPV. (Anh.) 7 18, LeipzZ. **08** 78, VersRdsch. **08** 33. Wenn Blutvergiftungen infolge äußerer Verletzung bedingungsgemäß den Versicherungsanspruch begründen, so fallen hierunter doch nicht die Fälle, in denen infolge innerer Krankheiten die äußere Haut dergestalt nachteilig beeinflußt und zerstört ist, daß die Möglichkeit des Eintritts blutzersetzender Kokken gegeben ist; die tödliche Blutvergiftung ist in solchen Fällen nicht die Folge einer äußeren Verletzung (Berührung der wunden Nase mit schmutzigen Fingern). **b)** VAPV. (Anh.) 8 22 (Hamm). Die Policenbestimmung, daß die Gesellschaft für Blutungen aus inneren Organen ohne erkennbare äußere Verletzung nicht hafte, ist nicht dahin auszulegen, daß nur dann gehaftet werde, wenn die Blutung die Folge einer äußeren Verletzung ist. **c)** VAPV. (Anh.) **6** 14 (Posen). Blutvergiftung als Unfall.

2. Tod in der Narkose. a) **RG. 66** 407, LeipzZ. **08** 238, VAPV. (Anh.) 7 20, JW. **07** 750 Ziff. 24, WarnE. **08** 10, ZVersWiss. **08** 282, VersRdsch. **08** 233, VersAnn. **07** 828, WVersZ. **42** 407, R. **08** Ziff. 160. Wenn die Narkose das durch den Unfall unabweisbar gewordene Mittel zur Beseitigung der Unfallsfolgen ist und wenn die operativen Maßnahmen einschließlich der Narkose den Tod herbeiführen, ohne daß besondere Tatsachen für einen solchen ungünstigen Verlauf zu ermitteln sind, so ist allein der Unfall als Ursache anzusehen und der Versicherungsanspruch begründet. **b)** VAPV. (Anh.) 7 54 (KG.). Wenn bedingungsgemäß als Unfälle nicht betrachtet werden „Operationen jeder Art, die an dem Versicherten vorgenommen werden", so ist es doch als ein entschädigungspflichtiger Unfall anzusehen, wenn gelegentlich einer Operation in Narkose infolge unzweckmäßiger Lagerung eines Armes bei der Pulskontrolle eine Armlähmung eintritt. **c)** VAPV. (Anh.) 7 84 (KG.). Wenn die Versicherungsbedingungen nur „Verletzungen, die durch eine Operation entstanden sind ..." als nicht entschädigungspflichtig bezeichnen, so fällt hierunter nicht der Tod infolge der anläßlich einer Operation angewendeten Narkose. Die Narkose ist nicht Teil der Operation selbst, sondern Vorbereitungshandlung. **d) RG.** GruchotsBeitr. **53** 988, LeipzZ. **09** 142, 325, VersAnn. **09** 45, WVersZ. **43** 1076, VAPV. (Anh.) 8 24 (vgl. **7** 54 ff.), R. **09** Ziff. 594, 595. Das Urteil des KG., VAPV. (Anh.) **7** 54 (s. o.) ist unrichtig: es sind alle Einzelakte der Operation als nicht versichert anzusehen und kein Unterschied zu machen zwischen mittelbarem und unmittelbarem Zusammenhange mit der Operation. Die gegenteilige Auslegung verstößt gegen den klaren Wortlaut der Bedingungen („Plötzlichkeit" i. S. der Bedingungen liegt an sich vor, wenn eine Lähmung des Armes dadurch eintritt, daß er während der Narkose längere Zeit zwecks Pulskontrolle in ungünstiger Lage gehalten wurde). **e) RG.** GruchotsBeitr. **53** 992, VAPV. (Anh.) 8 53 (vgl. **7** 84 u. **8** 24), WVersZ. **43** 1849, SächsRpflA. **09** 484, WarnE. **09** 356, R. **09** Ziff. 1940. Zum Begriffe der von der Unfallversicherung ausgeschlossenen Operation gehört auch die zu ihrer Vorbereitung, mit oder ohne Einwilligung des Versicherten, vorgenommene Narkose; daher keine Entschädigungspflicht, wenn infolge der Narkose der Tod eintritt. Nicht die medizinische Auffassung vom Begriffe der Operation entscheidet hier, sondern die des allgemeinen Verkehrs.

3. Zerrungen und Zerreißungen. a) Vgl. oben zu V 2, sowie VII 1 u. 12. b) **RG.** BayRpflZ. **08** 339, LeipzZ. **08** 708, WarnE. **08** 387. Die Bestimmung, es seien „Verhebungen in die Versicherung eingeschlossen, sofern sie nicht etwa unter Mitwirkung einer eigenen subjektiven Kraftäußerung, z. B. Heben ... entstanden sind", ist unklar. Man kann sie so auslegen, und der Versicherte konnte davon ausgehen, daß ein Versicherungsanspruch bestehe, wenn der Versicherte (ein Schankwirt) dadurch, daß er ein Faß auf den Zapfbock hob, eine Darmeinklemmung und Bauchfellentzündung und den Tod erlitt. c) SchlHolstAnz. **08** 284 (Kiel). Springen eines Blutgefäßes infolge starker körperlicher Anstrengung als Unfall i. S. der Versicherungsbedingungen. d) VAPV. (Anh.) **6** 49 (München). Wenn bedingungsgemäß von der Versicherung solche Unfälle, die durch Genuß von Speise und Trank entstehen, ausgeschlossen sind, so ist auch der infolge Verschluckens eines Knochens beim Essen und durch die dadurch hervorgerufene Speiseröhrenzerreißung eingetretene Tod des Versicherten nicht als versicherungspflichtiger Unfall anzusehen. e) VAPV. (Anh.) **6** 15. Unvorhergesehene Folgen einer freiwilligen Kraftanstrengung (Abheben eines schweren Kessels) als Unfall. f) PraxPrV. **2** 281 (LG. Leipzig). Muskelzerrung durch Kegelschieben ist Unfall. Gewaltwirkung von außen ist nicht erforderlich. Der bedingungsgemäße Ausschluß von „Muskelzerrungen ... durch Anspannung der eigenen Körperkraft des Versicherten (Heben, Ziehen, Stemmen ...)" setzt eine besondere Muskeltätigkeit infolge einer ungewöhnlichen Kraftanspannung voraus, was hier nicht vorliegt.

4. Brüche. a) **RG.** LeipzZ. **07** 235. Sind bei Unfallversicherung Unterleibsbrüche von der Versicherung ausgeschlossen, so bezieht sich dieser Ausschluß auch auf Brüche, die die Folgen von Unfällen sind. b) Ebenso **RG.** LeipzZ. **08** 79.

5. Verkehrsmittel. a) Eisenbahn, Schiff. α. **RG.** WVersZ. **42** 2210. Unfall bei Eisenbahnzusammenstoß. Einwand, daß die Erwerbsunfähigkeit des Unfallversicherten die Folge traumatischer Neurose sei, die von der Versicherung ausgeschlossen ist. β. **RG. 69** 17, LeipzZ. **08** 697, DVersZ. **4** 120, ZVersWes. **08** 407, WVersZ. **42** 2167, JW. **08** 494, DJZ. **08** 969, R. **08** 459, 436. Ausschlu von Unfällen infolge von Krankheiten oder von Temperatureinflüssen begreift nur die durch Temperatur unmittelbar herbeigeführten Schädigungen. Also ist nicht ausgeschlossen Beinbruch infolge ohnmächtigen Zusammenbrechens im Gange des Durchgangswagens, nachdem der Verletzte durch die Überhitzung des Eisenbahnabteils unwohl geworden war. In diesem Falle liegt eine unabhängig vom Willen des Verletzten eingetretene Körperverletzung vor, die durch eine plötzliche, äußere mechanische Einwirkung hervorgerufen ist, die in der unfreiwilligen Berührung des Fußbodens zu erblicken ist. Als Krankeitsfolge ist der Unfall ebenfalls nicht anzusehen, weil die Ohnmacht, wenn sie überhaupt Krankheil ist, nur der äußere Anlaß des Unfalls war. γ. **RG.** JW. **09** 170, WarnE. **09** 177, JTVersZ. **09** 65, Vers. Ann. **09** 339, WVersZ. **43** 1481, R. **09** 1218. Bei Versicherung gegen Eisenbahn- und Schiffsunfälle trifft ein Schadensereignis den Eisenbahnwagen nicht nur dann, wenn von außen störend auf seine Fortbewegung eingewirkt wird, sondern auch schon dann, wenn die Funktion des rollenden Wagens selbst sich in anormaler, die Betriebsüblichkeit verlassende Weise vollzogen und damit kausal eine Beschädigung des Versicherten stattgefunden hat. Unfall durch Schleudern des Schnellzugs in einer Kurve liegt also nur dann vor, wenn das Schleudern außergewöhnlich war. b) Kraftfahrzeuge. α. **RG.** JW. **07** 338, ZVersWes. **07** 280, VersAnn. **07** 313, DVersZ **3** 82. Versicherung erstreckt sich zwar auf Beschädigungen durch zur Zeit ihres Abschlusses unbekannte Verkehrsmittel (Kraftfahrzeuge), nicht aber auf Gefahren bei Benutzung dieser Verkehrsmittel. Die Motorräder gehören zu den Velozipeden. Wenn die Versicherung auf „niedere Zwei- und Dreiräder" ausgedehnt war, so sind hierunter Motorräder nicht zu verstehen.

β. VAPV. (Anh.) 7 19, VersAnn. 07 685, WVersZ. 41 1829, DVersZ. 3 122 (Celle). Wenn die allgemeinen Bedingungen Unfälle bei Preis- und Wettfahrten ausschließen, die besonderen Bedingungen aber die Unfälle zulassen, die dem Versicherten als Fahrgast auf einem von einem staatlich geprüften Führer geleiteten Automobil zustoßen, so ist durch letztere Bestimmung die erstere nicht aufgehoben. Die Verfolgung von Lufballons durch Automobile ist als Wettfahrt i. S. der Versicherungsbedingungen anzusehen. **c)** Fahrräder. α. **RG.** LeipzZ. **08** 77, VAPV. (Anh.) **6** 98, VersAnn. **07** 597, WVersZ. **41** 2321, VersRdsch. **08** 34. Wenn der Versicherte infolge Radunfalls Gehirnerschütterung erleidet, die zur Geistesstörung und zum Selbstmord unter Ausschluß freier Willensbestimmung führt, so ist der Tod unmittelbare Unfallsfolge und deshalb die Versicherungssumme zu zahlen, auch wenn an sich bedingungsgemäß Selbstmord infolge Geistesstörung von der Versicherung ausgeschlossen ist. β. WVersZ. **42** 197 (Cöln). Zu den von der Unfallversicherung bedingungsgemäß ausgeschlossenen Unfällen, die sich bei Gelegenheit des Radfahrens ereignen, gehört nicht ein Unfall, den der Versicherte beim Führen seines Rades, von dem er abgestiegen war, erleidet. γ. S. oben zu b α. **d)** Schlitten.. DVersZ. **3** 203 (LG. I München). Rodelschlitten sind als „ungewöhnliches Beförderungsmittel" im Sinne der Bedingungen und daher als von der Unfallversicherung ausgeschlossen anzusehen. **e)** **RG.** R. **09** 3225. Begriff des von der Unfallversicherung ausgeschlossenen „Selbstkutschierens".

6. Gewerbebetrieb. **a)** **RG.** R. **07** 992. Ein entschädigungspflichtiger Unfall liegt auch dann vor, wenn ein Fleischermeister, der nur ausnahmsweise persönlich mitarbeitet und die Frage des Versicherungsantrags, ob er persönlich an Maschinen tätig sei, verneint hat, lediglich bei Prüfung einer Fleischzerkleinerungsmaschine sich verletzt; bei solchen Gelegenheiten erlittene Verletzungen können nicht deshalb als von der Versicherung ausgeschlossen angesehen werden, weil sie an einer Arbeitsmaschine erfolgt sind. **b)** R. **08** 350 (Frankfurt). Unfallversicherung eines Karussellbesitzers: wenn angegeben war, der Besitzer sei insofern mittätig, als er hauptsächlich die Aufsicht und die Kasse führe, so ist auch die Einkassierung auf dem in Bewegung befindlichen Karussell als mitversichert anzusehen.

7. Schädigungen des Versicherten durch die Prozeßführung der Gesellschaft. **a)** Haftung der Gesellschaft verneinend. α. Kaiser, JW. **09** 33. β. **RG.** JW. **06** 263. **b)** aM. α. **RG.** JW. **08** 405. β. **RG.** JW. **08** 526.

VII. Kausalität. 1. **RG.** JW. **09** 468, R. **09** 2712, WarnE. **09** 423, DVersZ. **5** 140, VAPV. (Anh.) **8** 91, WVersZ. **44** 121, **43** 2169, ÖVersZ. **09** (Beil.) 259. Zulässig ist die Abrede, daß der Versicherer nur für solche Unfallsfolgen hafte, die ursächlich auf kein anderes Ereignis als auf den Unfall selbst zurückzuführen sind und in denen keiner der aufgezählten Faktoren (darunter eine, wenngleich noch verborgene und erst anläßlich des Unfalls in die Erscheinung getretene Krankheit) als mitwirkende Ursache in Frage kommt. Diese Bestimmung läßt der Haftung des Versicherers noch einen weiteren Raum, da sie, gleichviel ob der Unfall eine körperlich intakte oder eine abnorme Person betrifft, überall eintreten muß, wo der Unfall allein den Schaden verursacht hat, und dies wird eventuell auch dann stets zutreffen, wenn nach Lage des Falles anzunehmen ist, daß der Unfall die Folgen ohne die Mitwirkung der etwa vorhanden gewesenen Krankheit nach sich gezogen hat oder daß sie auch ohne die Abnormität oder Krankheit eingetreten wären oder daß diese Faktoren nur eine unwesentliche Rolle gespielt haben, wie z. B. wenn der Verletzte an einem bloßen durch den natürlichen Verlauf der Dinge begründeten Schwächezustande gelitten hätte, zumal eine Versicherungsgesellschaft mit derlei Vorkommnissen ohnehin regelmäßig zu rechnen hat. — In concreto war der Tod dadurch herbeigeführt, daß infolge des Hebens eines Steines das weit vorgeschrittene

Magengeschwür sowie eine daneben befindliche Schlagader geplatzt sind, hierdurch der Mageninhalt sich in die Bauchhöhle ergossen hat und so die tödlich verlaufene Bauchfellentzündung entstanden ist. Das Magengeschwür und die dadurch bedingten Veränderungen waren mitwirkende Ursachen, nicht bloß den Erfolgseintritt ermöglichende Bedingungen. Unerheblich ist, daß an sich der Verletzte trotz des Geschwürs unter Umständen noch lange hätte leben können. Der Versicherungsanspruch besteht nicht (vgl. auch JW. **08** 346 ff.).

2. **RG.** JW. **07** 272, VAPV. (Anh.) **6** 50, SeuffBl. **07** 592, WVersZ. **41** 1449. Bloße Veränderungen im Gesundheitszustande des Versicherten gehen auf Gefahr des Versicherers. Ein Unfall ist als direkte und ausschließliche Ursache des Todes auch dann anzusehen, wenn eine gewisse Empfänglichkeit des Körpers des Verletzten für die nachteiligen Einwirkungen des Unfalls vorhanden gewesen ist. Der Unfall ist aber dann nicht die unmittelbare, also durch Krankheit nicht vermittelte Ursache des Todes, wenn der Verletzte zur Zeit des Unfalls schon an einer bestimmten, ihrer Natur nach unaufhaltsam in absehbarer Zeit zum Tode führenden körperlichen Erkrankung gelitten und der Unfall nur durch Verschlimmerung des Leidens eine Beschleunigung des tödlichen Ausganges dieses Leidens herbeigeführt hat, was jedoch in früheren Fällen vom RG. bei „Herzmuskelschlaffheit" und „fehlerhafter Beschaffenheit des Herzens" verneint worden ist (für „Herzschlag" bleibt zunächst unentschieden). Auslegung der die Folgen von Schlaganfällen ausschließenden Vertragsbestimmung. (Bleibt Schlaganfall auch dann außer Betracht, wenn er durch einen Unfall ausgelöst wird?)

3. **RG.** JW. **07** 210, VAPV. (Anh.) **6** 52, DJZ. **07** 537 (vgl. hierzu das 2. Berufungsurteil des OLG. Cöln, VAPV. [Anh.] **6** 96). Die Bestimmung, daß der Tod des Versicherten durch den Unfall allein und nicht vermittelt durch Krankheiten eingetreten sein müsse, ist nicht wörtlich, aber auch nicht zu einschränkend, überhaupt nicht schematisch-grundsätzlich auszulegen. Tritt der Tod durch den Unfall früher ein (als er durch die bestehende Krankheit eingetreten wäre), so fehlt an sich der Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Tod nicht, es muß aber obige Vertragsbestimmung angewendet werden, die eben den Fall der mittelbaren Wirkung des Todes ausschließen will (Quetschung der linken Brusthälfte durch Fall; vor dem Unfalle war eine tödliche Lungen-Krebsgeschwulst vorhanden; Beschleunigung des Todes durch den Unfall).

4. **RG.** JW. **07** 749, WarnE. **08** 8, LeipzZ. **08** 316, DVersZ. **4** 20, WVersZ. **42** 677, VAPV. (Anh.) **7** 21, DJZ. **08** 79. Wenn die Haftung des Versicherers für den Fall ausgeschlossen ist, daß zu dem schadenbringenden Zustand ein von dem Unfall unabhängiger Umstand, insbesondere Krankheit, mitgewirkt hat, so ist die streng wörtliche Auslegung dieser Bestimmung nicht geboten und vielmehr nach dem Einzelfalle zu entscheiden (keine überall gleichmäßig mögliche Anwendbarkeit früherer Entscheidungen!). Haftung besteht nicht, wenn der Versicherungsnehmer an tabes dorsalis litt.

5. **RG. 68** 68, JW. **08** 280, LeipzZ. **08** 375, WVersZ. **42** 1458, ZVersWes. **08** 184, VersAnn. **08** 263, R. **08** Ziff. 1445. Bloße konstitutionelle Schwäche (durch Alkoholismus hervorgerufene Herzschwäche) ist, selbst wenn sie den schlimmen Verlauf des Unfalls beeinflußt, nicht als mitwirkende Ursache anzusehen.

6. **RG.** JW. **08** 346, LeipzZ. **08** 868, VAPV. (Anh.) **7** 52 (vgl. daselbst **6** 92), ZVersWes. **08** 489, WVersZ. **42** 1919, VersRdsch. **09** 57, R. **08** 348. Der Unfall kann nicht mehr als unmittelbare Ursache des Todes angesehen werden, wenn der Verletzte zur Zeit des Unfalls schon an einer bestimmten, in absehbarer Zeit zum Tode führenden Krankheit gelitten und der Unfall nur durch Verschlimmerung des Leidens eine Beschleunigung des tödlichen Ausganges bewirkt hat. (Todesursache eine infolge Stiches mit Tintenfeder hervorgerufene akute Erschöpfungspsychose oder

auch eine bereits vorhandene schwere und ohne weiteres lebensgefährliche Ernährungsstörung des Gehirns?)

7. **RG.** JW. **08** 348, WVersZ. **42** 1544, DVersZ. **4** 63, LeipzZ. **08** 760, VAPV. (Anh.) **7** 57, R. **08** 349. Kein Entschädigungsanspruch, wenn festzustellen oder aller Wahrscheinlichkeit nach anzunehmen ist, daß eine dem Versicherten zugestoßene geringfügige Verletzung ohne die bereits vorhandene Zuckerkrankheit des Verletzten glatt und ohne Komplikation geheilt wäre, also die schlimme Wendung auf die Zuckerkrankheit zurückzuführen ist. (Vertrag verlangte, daß der Unfall für sich allein und nicht beeinflußt durch irgendwelche anderen mit dem Unfalle nicht in ursächlichem Zusammenhange stehenden Krankheiten oder andere Umstände den Tod oder die Erwerbsunfähigkeit bewirkt habe.)

8. **RG.** WVersZ. **42** 2051, WarnE. **08** 330, BadRpr. **08** 200, VAPV. (Anh.) **7** 82, R. **08** 387. Das vertragliche Erfordernis, daß die körperliche Beschädigung nachgewiesenermaßen in direkter und ausschließlicher Folge den Tod verursacht habe, ist gegeben, wenn infolge des Unfalls ein tödlich verlaufendes Sarkomleiden eintritt, auch wenn eine Disposition zur Sarkombildung bereits bestanden hat.

9. **RG.** JW. **08** 564, VAPV. (Anh.) **7** 84, WarnE. **08** 478, WVersZ. **43** 183, R. **08** 551. Bei Beschränkung der Unfallversicherung auf solche körperliche Beschädigungen, die allein für sich, ohne Mitwirkung anderer Umstände Tod oder Erwerbsunfähigkeit verursachen, besteht eine Entschädigungspflicht nicht, wenn schon vor dem Unfall eine krankhafte Veränderung des Körpers des Verletzten bestand, ohne die der Unfall die Erwerbsunfähigkeit überhaupt nicht zur Folge gehabt haben würde. Die Mitwirkung einer bestehenden Erkrankung darf auch nicht schon deshalb verneint werden, weil nicht mit Sicherheit abzusehen ist, wann sie für sich allein auch ohne den Unfall die Erwerbsunfähigkeit herbeigeführt haben würde.

10. **RG.** LeipzZ. **09** 484, JW. **09** 57, WarnE. **09** 116, DVersZ. **4** 228, SeuffBl. **09** 421, VersAnn. **09** 23, ZVersWes. **09** 319, VAPV. (Anh.) **8** 23, WVersZ. **43** 801, JTVersZ. **09** 9, R. **09** Ziff. 2311. Bloße Empfänglichkeit des Versicherten für die Unfallswirkungen steht der Kausalität nicht entgegen; anders dann, wenn eine bestimmte mitwirkende Krankheit vorhanden ist, die ihrer Natur nach in absehbarer Zeit unaufhaltsam zum Tode geführt haben würde, und wenn der Unfall nur durch Verschlimmerung des Leidens eine Beschleunigung seines tödlichen Ausganges herbeigeführt hat. Anwendung dieser Grundsätze auf den Fall vorhandener (Alters-) Hauptschlagaderverkalkung und Herzmuskelentartung, die aber noch Jahre und Jahrzehnte hindurch nicht zum Tode zu führen brauchten und daher nicht als mitwirkende Ursache angesehen werden. (Vertrag bestimmte, daß der Tod durch den Unfall allein und nicht beeinflußt durch irgendwelche mit dem Unfalle nicht in ursächlichem Zusammenhange stehende Krankheiten oder andere Umstände verursacht sein müsse.)

11. VAPV. (Anh.) **7** 22 (KG.). Arteriosklerose. Herzfehler sind nicht mitwirkende Ursachen. Schweres Nervenleiden als Folge eines geringfügigen Unfalls (Sturz einer Papptafel vom Innern des Straßenbahnwagens auf den Fahrgast).

12. LeipzZ. **09** 168, ElsLothJZ. **09** 477 (Colmar). Als entschädigungspflichtiger Unfall wird angesehen der durch Heben einer Last verursachte Durchbruch eines bis dahin unbekannten Magengeschwürs. Es handelt sich nicht um eine Krankheit, die bestimmt und unaufhaltsam zum Tode führen mußte. Daher ist die Bedingung, daß der Unfall die alleinige und unmittelbare Todesursache bilden müsse, erfüllt. Der bedingungsgemäße Ausschluß der „durch . . . Krankheit verursachten" Schäden greift nicht Platz, weil er sich nur auf die Fälle bezieht, wo gelegentlich eines Unfalls die betreffende Krankheit den Tod usw. verursacht. Hier war aber Ursache des Todes nicht das Geschwür, sondern das durch Heben eingetretene Platzen des-

selben und die Zerreißung der Magenwand (aufgehoben vom RG.; s. oben zu VII 1).

VIII. Unfallfolgen und Unfallereignis. 1. Über Eintritt des Unfalls, Erkennbarkeit der Folgen und Anzeigepflicht s. zu § 33 II 2.

2. **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 15. Wenn die Unfallversicherung einer aktiven Militärperson mit deren Austritt aus dem aktiven Dienste enden soll, so fällt ein Unfall, der zwar nach der mit nachts 12 Uhr ablaufenden Kapitulationszeit, aber vor der erst für den nächsten Tag angeordneten Entlassung eintritt, dennoch unter die Versicherung.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 664, WVersZ. **41** 1937, R. **07** 841. Wenn bei Unfallversicherung Ersatz nur für diejenige Arbeitsunfähigkeit zu leisten ist, die als Folge des Unfalls längstens binnen Jahresfrist nach dem Tage des Unfalls eintritt, so ist eine erst später eintretende Arbeitsunfähigkeit von der Versicherung selbst dann ausgeschlossen, wenn schon vor Ablauf des Jahres ihr Eintritt als Unfallsfolge zu befürchten war.

4. **RG. 68** 108, JW. **08** 305, LeipzZ. **08** 375, VersAnn. **08** 289, ZVersWes. **08** 184, VersRdsch. **08** 232, WVersZ. **42** 1251, R. **08** 286, DJZ. **08** 481. Wenn jemand gegen die Folgen körperlicher Verletzungen versichert ist, „insoweit diese Verletzungen innerhalb Jahresfrist von ihrem Eintreten ab gerechnet den Tod, die Erwerbsunfähigkeit oder die Erwerbsbeschränktheit herbeiführen", so ist auch eine erst nach Jahresfrist eintretende völlige Erwerbsunfähigkeit zu entschädigen, sofern innerhalb der Jahresfrist schon eine voraussichtlich lebenslängliche Minderung der Erwerbsfähigkeit als Folge des Unfalls herbeigeführt war.

5. **RG.** WVersZ. **43** 145. Anmeldung zweier Unfälle innerhalb vier Tagen, von denen die Gesellschaft den ersten für versicherungspflichtig anerkennt, den anderen aber nicht, da durch den ersten die Versicherung bis zu völliger Wiederherstellung bedingungsgemäß erloschen sei. Nachträgliche Behauptung des Versicherten, daß nur der zweite (schwerere) Unfall ein solcher im Sinne der Versicherungsbedingungen gewesen sei.

6. **RG.** LeipzZ. **09** 402, JW. **09** 169, WVersZ. **43** 1153, VAPV. (Anh.) **8** 54, ZVersWes. **09** 451. Die Bestimmung, daß „die Folgen der erlittenen Körperverletzung längstens binnen Jahresfrist . . . eingetreten und als solche nachgewiesen" sein müssen, bringt klar zum Ausdrucke, daß der Versicherungsanspruch nur dann besteht, wenn innerhalb der Jahresfrist sowohl der Eintritt als auch der Nachweis dieses Eintritts erfolgt. Etwaige sich ergebende Härten können zu anderer Auslegung nicht führen und werden sich bei richtiger Auffassung von dem vom Versicherten zu erbringenden Nachweise vermeiden lassen.

7. LeipzZ. **09** 715, JTVersZ. **09** 249, R. **09** Ziff. 2312 (Hamburg). Wenn vereinbart ist, daß jeder Anspruch erlischt, wenn die Anmeldung nicht innerhalb 30 Tagen eingegangen ist, so ist anzunehmen, daß Ereignisse, die als Unfälle erst später als 30 Tage nach ihrem Eintritt erkennbar geworden oder angezeigt sind, von der Versicherung überhaupt nicht gedeckt sein sollen, es sei denn, daß rechtzeitige Anzeige schlechthin unmöglich ist (weite Entfernung usw.).

8. VAPV. (Anh.) **6** 57 (Hamburg). Unter der bedingungsgemäßen dauernden Arbeitsunfähigkeit (als Unfallsfolge) ist im Zweifel nicht eine solche zu verstehen, deren Behebung nach vernünftigem Ermessen ausgeschlossen erscheint, sondern eine solche, deren Dauer nicht mit auch nur einiger Bestimmtheit vorausgesetzt werden kann, deren Dauer mithin zunächst, d. h. bei ihrem Eintritte nicht abzusehen ist.

9. Vgl. auch zu § 33 II 2.

IX. Beweis. 1. Hohe Wahrscheinlichkeit als Beweis. a) Gegen die Verwertung von Wahrscheinlichkeitserwägungen im Unfallversicherungsprozesse WVersZ. **42** 1361. b) **RG.** LeipzZ. **08** 397, VAPV. (Anh.) **7** 56,

DVersZ. **4** 61 ff., VersAnn. **08** 454, R. **08** 287. Hohe Wahrscheinlichkeit kann für den Beweis eines Unfalls verwertet werden (**RG.** JW. **06** 120). **c)** **RG.** LeipzZ. **08** 397, VAPV. (Anh.) **7** 56, DVersZ. **4** 61, VersAnn. **08** 454, WVersZ. **42** 1553, R. **08** 287. Auch durch Wahrscheinlichkeitsmomente (nicht bloße Vermutungen) kann der nach den Versicherungsbedingungen erforderliche zweifelsfreie Beweis des Unfalls geführt werden (ein Stauer hatte gesund und nüchtern in einer windigen und regnerischen Nacht am Hafen einen Dampfer erwartet, einige Tage später wurde seine Leiche im Meere gefunden).

2. Mitwirkende Ursachen. **RG. 68** 68, JW. **08** 280, LeipzZ. **08** 375, WVersZ. **42** 1458, ZVersWes. **08** 184, VersAnn. **08** 263, R. **08** Ziff. 1446. Den Rechtsnachfolgern des Getöteten liegt der Beweis des ursächlichen Zusammenhanges ob; den Beweis, daß nicht ein anderer Umstand mitverursachend gewirkt hat, haben sie aber nur dann zu führen, wenn positive Anzeichen für die Mitwirkung solcher Umstände festgestellt sind.

3. Nichtvorliegen von bedingungsgemäß ausgeschlossenen Unfallursachen. **a)** **RG.** R. **08** 285. Der von einem Unfalle Betroffene hat nur zu beweisen, daß ein äußeres Geschehnis vorliegt, welches sich, an sich betrachtet, als ein Unfall darstellt, der unter die Versicherung fällt, und daß Momente, die für das Vorliegen eines die Haftung der Versicherungsgesellschaft ausschließenden Umstandes sprechen können, nicht gegeben sind. Der Versicherte braucht also nicht zu beweisen, daß der Unfall nicht infolge Ohnmacht eingetreten ist (welchenfalls kein Entschädigungsanspruch nach dem Vertrage bestehen würde). **b)** Wegen des Beweises der groben Fahrlässigkeit s. zu § 181 III 2 u. 3. **c)** Vgl. auch zu § 183 I 2 u. 3.

4. Beweishinderung. **a)** VAPV. (Anh.) **8** 32 (KG.). Beweisfälligkeit des Unfallversicherten, der simulationsverdächtig war (traumatische Neurose), aber der gerichtlichen Anordnung, sich auf unbestimmte Zeit in ein Krankenhaus zwecks Beobachtung zu begeben, keine Folge geleistet hat. **b)** Vgl. zu § 183 I 3 (ebenso) und § 183 I 2 a α (**RG.** aM.).

§ 179. 1. DVersZ. **3** 85 ff., WürttRpflZ. **1** 97, VAPV. (Anh.) **7** 16 (Stuttgart). Bei Versicherungsnahme durch den Betriebsunternehmer für Unfälle eines Werkmeisters ist im Zweifel Versicherung für fremde Rechnung als gewollt anzusehen, so daß der Versicherungsanspruch dem Angestellten, nicht dem Dienstherrn zusteht (vgl. **ROHG. 23** 162, **RG. 9** 314, **12** 317, **19** 81, v. Weinrich, ZVersWiss. **02** 346 ff., auch **RG.** JW. **05** 210). Dahingestellt bleibt, ob der Dienstherr Anrechnung des für die Zeit nach dem Unfalle zu zahlenden Gehalts fordern kann.

2. Im übrigen vgl. oben zu § 151 I 4 a und II, sowie zu § 79 Ziff. 2; wegen der Anzeigepflicht in solchen Fällen unten zu § 182 Ziff. 2.

§ 180. Literatur: Kißkalt, Rentenminderung infolge späterer Erwerbsunfähigkeit oder Erwerbsbeschränktheit aus anderen Ursachen, ZVersWiss. **9** 248 ff.

I. Kißkalt. **RG. 1** 66 ff. und **RG.** JW. **08** 434 ff. haben den Grundsatz aufgestellt, daß, wenn Schadensersatz in Form von Renten zu leisten ist, es auf das Kausalitätsverhältnis für jeden einzelnen Zeitabschnitt ankommt, so daß, wenn nach dem vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden ursächlichen Vorgang unabhängig von diesem ein neuer Umstand eintritt, der denselben Schaden ganz oder teilweise ebenfalls verursacht haben würde, insoweit jene Ersatzpflicht wegfällt. Verf. verfolgt diesen Grundsatz im Unfallrentenrecht und hält ihn für anwendbar, wenn der Versicherte nachträglich aus anderer Ursache ganz erwerbsunfähig wird (Geisteskrankheit) oder dauernd bzw. zeitweise (z. B. Militärdienst, Freiheitsstrafe) aufhört, seine Erwerbstätigkeit auszuüben, oder wenn er durch Veränderung der Erwerbstätigkeit wieder erwerbsfähig wird. Tritt später eine anderweit teilweise Erwerbsunfähigkeit ein, so mindert sich die Vollrente; die Teil-

rente fällt unter Umständen weg, unter Umständen bleibt sie bestehen, wenn die Folgen beider Ereignisse eine Minderung der Erwerbsunfähigkeit von zusammen mehr als 100 pCt. ausmachen, so müssen erneut die gesamten Verhältnisse des Versicherten geprüft und es muß die Teilrente insoweit verhältnismäßig herabgesetzt werden, als die 100 pCt. überschritten werden. Diese Sätze finden keine Anwendung, wenn die spätere Schädigung wieder von einem Dritten zu vertreten ist und dieser insoweit keinen Schadensersatz zu leisten hat, als der Schaden schon vorher entstanden war. Hier wirkt die frühere Ursache insoweit noch fort, als infolge derselben dem Versicherten Schadensersatzansprüche gegen jenen Dritten entgehen. Alle diese Sätze sind anwendbar bei rechtskräftigen Urteilen (§ 323 ZPO.), nicht aber bei Vergleichen.

II. **RG.** JW. **08** 190, LeipzZ. **08** 465, WarnE. **08** 201, SchlHolstAnz. **08** 312, ZVersWes. **08** 165, R. **08** Ziff. 940. Bei der Unfallversicherung bestimmt die sog. Gliedertaxe zugleich den Höchstbetrag der Entschädigung für den Fall, daß eine an den taxierten höchsten Grad der Gebrauchsunfähigkeit nicht heranreichende Schädigung vorliegt. Diese Fälle sind daher nicht nach derjenigen Vertragsbestimmung zu behandeln, wonach in „allen anderen, vorstehend nicht genannten Fällen" der Invaliditätsgrad nach dem Maße der eingetretenen Erwerbsunfähigkeit zu beurteilen ist. Denn es muß nach Treu und Glauben als ausgeschlossen angesehen werden, daß für eine weniger erhebliche Verletzung unter Umständen eine höhere Entschädgiung zu zahlen sei, als die für den schwereren Fall bestimmte Taxsumme.

§ 181. I. Tod im Zweikampfe. 1. Könige, LeipzZ. **07** 620 ff. Tod im Zweikampf ist kein Unfall. Jedenfalls wäre er nach § 181, weil vorsätzlich herbeigeführt, nicht zu entschädigen.

2. Im übrigen vgl. zu §§ 169, 170.

II. Selbstmord. 1. Vgl. zu § 169.

2. S. oben vor §§ 179 ff. VI 3 e α.

III. Grobe Fahrlässigkeit. 1. **RG.** R. **08** Ziff. 158. Wenn bedingungsgemäß bei Mutwillen oder grobem Verschulden des Versicherten Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen ist, so ist die Frage des Verschuldens und dessen Grades revisibel. Kein Anspruch, wenn ein Motorfahrer mit seinem Rade sich durch zwei in Fahrt befindliche Wagen einer Kleinbahn durchzuwinden sucht.

2. **RG.** VersAnn. **08** 565, WVersZ. **42** 2023, R. **08** 506. Wenn der Versicherte auf einem Eisenbahneinschnitt überfahren tot aufgefunden wird, Klärung des Falles nicht möglich, aber die — nicht lediglich abstrakte — Möglichkeit gegeben ist, daß der Versicherte ohne mutwilliges oder grobfahrlässiges Verhalten auf den Bahndamm hinabgestürzt sei, so kann der Versicherer nicht einwenden, es liege ein von der Versicherung bedingungsgemäß ausgeschlossener Unfall vor, den der Versicherte sich durch Mutwillen oder grobe Fahrlässigkeit zugezogen habe.

3. **RG.** LeipzZ. **09** 401, WVersZ. **43** 771, R. **09** Ziff. 591. Daß den Unfallversicherten der Vorwurf einer (den Versicherungsanspruch ausschließenden) groben Fahrlässigkeit (= schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt) trifft, muß lediglich der Versicherer darlegen und beweisen.

IV. Rettung anderer. **RG.** LeipzZ. **07** 914, VersAnn. **07** 771. Wer sich selbst in Lebensgefahr begibt, handelt nur dann schuldlos, wenn er nach Lage des Falles berechtigterweise annehmen durfte, sein Vorhaben, einen anderen aus einer Gefahr zu retten, werde Erfolg haben; nur dann kann von Erfüllung einer sittlichen Pflicht die Rede sein.

V. Trunkenheit. **RG.** LeipzZ. **08** 952, R. **08** 397. Unfälle, die der Versicherte im Zustande des Rausches (Trunkenheit) erleidet, sind an sich entschädigungs-

pflichtig. Die Entschädigungspflicht wird nicht durch § 827 BGB. ausgeschlossen. Es ist eine besondere Vertragsbestimmung erforderlich.

VI. Beteiligung an gesetzwidrigen Handlungen, Raufhandel. 1. **RG.** JW. **07** 209, VAPV. (Anh.) **6** 53, LeipzZ. **07** 354, VersRdsch. **07** 290, WVersZ. **41** 1489. Wenn bedingungsgemäß die Haftung ausgeschlossen ist, falls der Versicherte sich den Schaden bei einer gesetzwidrigen Handlung zugezogen hat, so fällt hierunter auch der Fall, daß der Versicherte, von seinem Gegner beleidigt und gereizt, auf diesen zuschreitet, um ihn zu züchtigen, und hierbei durch Messerstiche des Gegners tödlich verletzt wird. Gesetzwidrig ist nicht dasselbe wie strafbar. Ein Recht, sich selbst Genugtuung zu verschaffen, bestand nicht. Auch stand die Verletzung mit dem gesetzwidrigen Verhalten des Versicherten in ursächlichem Zusammenhange.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 237, JW. **07** 526, BadRpr. **07** 308. Bei Auslegung des Begriffs „Raufhandel" können der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, die im Prospekt enthaltenen Angaben und §§ 227, 367 Ziff. 10 StGB. herangezogen werden. Genügend ist die Teilnahme von drei Personen, maßgebend die objektive Beschaffenheit des Streites, unerheblich, ob er aus der Lust an Tätlichkeiten hervorgegangen ist. Die Auslegung der Versicherungsbedingungen kann ergeben, daß nur schuldhafte Beteiligung am Raufhandel den Versicherungsanspruch ausschließen soll. Solches Verschulden wird in concreto angenommen, weil der Versicherte den Raufhandel mitbegonnen und fortgesetzt habe ohne sein Verschulden ausschließende Gründe.

3. **RG.** WVersZ. **42** 629. Auslegung der Bestimmung der Police, daß die Schadensersatzpflicht der Gesellschaft nicht eintreten soll, wenn der Unfallversicherte an einer Rauferei oder gesetzwidrigen Handlung schuldhafterweise teilnimmt.

4. **RG.** WVersZ. **43** 1241, JTVersZ. **09** 25, R. **09** Ziff. 597. Eine den Versicherungsanspruch bedingungsgemäß ausschließende „Beteiligung an gesetzwidrigen Handlungen" liegt vor, wenn der Versicherte nach Wortwechsel den Gegner mit der Peitsche schlägt, von diesem und dessen Begleiter verfolgt und in den sich unmittelbar hieran anschließenden Tätlichkeiten verletzt wird.

5. VAPV. (Anh.) **6** 17 (Hamburg). Der Versicherte kann gegen die vertragsmäßig infolge Nichtbeobachtung der gesetzlichen Sicherheitsvorschriften (Betreten von Benzinlagerräumen) eingetretene Anspruchsverwirkung sich nicht auf eine mit dem klaren Wortlaute der in Frage kommenden Verordnung in Widerspruch stehende polizeiliche Auslegung und Duldung berufen.

VII. Wegen der Abtretung der Ansprüche des Unfallversicherten gegen dritte Haftpflichtige vgl. oben zu § 67.

VIII. Im übrigen vgl. allenthalben zu § 61.

§ 182. 1. Wegen des Verhältnisses von Unfallereignis und Beginn der Unfallanzeigefrist s. vor §§ 179 ff. VIII und zu § 33 II 2.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 600, DVersZ. **7** 120, WVersZ **07** 1973, R. **07** 840. Die in dem vom Dienstherrn zugunsten des Personals abgeschlossenen Kollektivversicherungsvertrage dem Versicherten auferlegte Pflicht, einen Schadensfall bei Vermeidung der Anspruchsverwirkung binnen bestimmter Frist anzumelden, trifft lediglich den begünstigten Dritten und dessen Rechtsnachfolger.

3. Wegen der Anzeigepflicht der Hinterbliebenen s. zu § 6 XIII 1.

§ 183. Literatur: Fuld, Behandlungs- und Operationspflicht, ZVersWiss. **09** 521 ff. — Derselbe, Die gesetzliche Regelung der Operationspflicht, DVersZ. **4** 12 ff. — Guyer, Die rechtliche Stellung des Versicherten im Heilverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Duldung von Operationen. Zürich, Schultheß u. Co., 1908. — Hahn, Weigerung eines Kranken, sich einem Heilverfahren zu unterziehen, GesuR. **09** 448 ff.

I. Untersuchung, Heilung, Operation. (S. a. BGB. § 254 Ziff. 5 u. Verweisungen.) 1. Hahn, GesuR. **09** 448 ff. Verf. bespricht **RG. 60** 147 ff. und die Rechtsprechung und Gesetzgebung über die Duldung von Heilbehandlungen im öffentlichen Versicherungsrechte.

2. Fuld, DVersZ. **4** 12 ff. Die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung sind zu billigen. Eine gesetzliche Regelung der Operations- und der sie einschließenden Behandlungsduldung ist nicht erforderlich. Denn sie könnte nicht die bedingungslose Pflicht zur Duldung von Operation bzw. Behandlung festsetzen, sondern müßte, wie dies bisher ebenfalls angenommen ist, dem subjektiven Empfinden und der Gestaltung des Einzelfalls weitgehende Berücksichtigung angedeihen lassen. Übrigens ist der Versicherer dafür beweispflichtig, daß der Versicherte, wenn er sich einer Operation bzw. Behandlung unterzogen hätte, völlig oder zum Teil geheilt worden wäre.

3. Fuld, ZVersWiss. **09** 521 ff. Als Ausgangspunkt muß im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht (522) daran festgehalten werden, daß es keine gegen den Willen des Versicherten erzwingbare bedingungslose Pflicht zur Duldung einer Operation oder Behandlung gibt. Andererseits gibt es wegen des § 254 BGB. kein bedingungsloses Recht zur Ablehnung jeder Operation oder Behandlung (523). Es ist immer nur auf Grund der individuellen Gestaltung des einzelnen Falles zu beurteilen, ob und welche Behandlung und Operation zu dulden ist (524). Zugrunde zu legen ist aber für die Frage, ob eine Ablehnung einer Behandlung oder Operation die Verkehrstreue verletzt, nicht der objektive (vom RG. vertretene Standpunkt), sondern der subjektive: es kommt darauf an, was der Verletzte und zwar vernünftigerweise getan haben würde, wenn er nicht in der Lage wäre, den Schaden auf andere abzuwälzen (525). Damit scheiden als unbeachtlich aus bloße unvernünftige Einbildungen des Versicherten und medizinisch nicht allgemein anerkannte Behandlungsarten. In Betracht kommen: Beschaffenheit des Leidens, dessen Einfluß auf Erwerbsfähigkeit und allgemeines Befinden, Geschlecht, Alter, Kräftezustand, soziale Stellung, Intelligenz, Vermögensverhältnisse, Möglichkeit des Erfolges, psychische Imponderabilien. Im Zweifel ist zugunsten des Versicherten zu entscheiden (526). Die Zahl der zuzumutenden Operationen ist nicht groß, weil in den meisten Fällen der Erfolg zweifelhaft und Gefahr für Leib und Leben gegeben ist. Die Weigerung des Verletzten bewirkt aber nur dann Verwirkung des Versicherungsanspruchs, wenn sie schuldhaft erfolgt, wobei keine größere Sorgfalt als diligentia quam suis gefordert werden kann (527). Der Gegner muß beweisen, daß der Verletzte sich schuldhaft geweigert hat und daß diese verschuldete Weigerung für den Schaden kausal war. Hierbei sind jedoch Wahrscheinlichkeitsschlüsse in weitem Maße zuzulassen. Auch hat die ungerechtfertigte Verweigerung der Behandlung und Beobachtung, die dem Versicherer den Beweis unmöglich macht, die Folge, daß dessen Behauptungen dem Versicherten gegenüber als bewiesen anzusehen sind (529). Eine Vertragsabrede, daß der Versicherungsanspruch auch bei unverschuldeter Weigerung verwirkt sein solle, widerspricht dem § 183 Satz 1 VVG. und ist daher unwirksam (530).

4. Entscheidungen. a) Anordnung von Anstaltsbehandlung und Kur. α. **RG.** JW. **07** 21, VersAnn. **07** 45. Anstaltsbehandlung kann vom Versicherer nicht verlangt werden, wenn sie dem Versicherungsnehmer nachteilig wäre. Die bezügliche Bestimmung der Versicherungsbedingungen bezieht sich ferner nur auf den Heilungsprozeß und auf die Zeit, bevor sich die endgültigen Folgen des Unfalls erkennen lassen, nicht aber auf die Zeit nach Ablehnung der Entschädigung seitens des Versicherers. Dieser kann also nicht im Prozesse zum Zwecke der Beweiserhebung Anstaltsbehandlung verlangen. β. **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 54, WVersZ. **41** 1553. Wenn die Verwirkung eintritt bei Unterbrechung der angeordneten Kur ohne triftigen Grund und ohne Einwilligung der Gesellschaft, so ist ein Verwirkungsfall nicht gegeben, wenn zwar die Einwilligung fehlt, aber ein triftiger Grund be-

stand. γ. **RG.** WVersZ. **42** 641, R. **08** Ziff. 166. Durch Nichtbefolgung von Anordnungen des Gesellschaftsarztes, insbesondere der Verweisung in eine Heilanstalt tritt die bedingungsgemäße Anspruchsverwirkung n i c h t ein, wenn die Anordnung eine wider Treu und Glauben verstoßende unbillige Härte enthält. Nicht unbedenklich ist, ob die bloße geschäftliche Unabkömmlichkeit die Nichtbefolgung einer an sich berechtigten Anordnung rechtfertigt, zumal wenn die Heilung sich lange hinzögert. δ. **RG.** LeipzZ. **09** 699, WarnE. **09** 313, WVersZ. **43** 1599, R. **09** 3222. Unbedingtes Folgeleisten bei Unfallheilungsanordnungen kann nur verlangt werden, wenn die Anordnungen nach §§ 133, 157 BGB. der Billigkeit entsprechen. Nicht unbillig ist die Verweisung in eine Klinik einer nahen Stadt; die Nichtbefolgung dieser Anordnung wäre nur dann entschuldigt, wenn dem mittellosen Versicherten keine ausreichende Vergütung gewährt würde; er muß also folgeleisten, wenn ihm kostenlose Hin- und Rückreise sowie kostenloser Aufenthalt in der Klinik von dem Klinikinhaber (bzw. der Gesellschaft) zugesichert wird. ε. BayRpflZ. **07** 113, LeipzZ. **07** 301, VAPV. (Anh.) **6** 10 (Zweibrücken). Die Bestimmung, daß der Versicherte Kuranordnungen der Gesellschaft u n b e d i n g t zu befolgen habe, ist an sich bedenklich, jedenfalls aber nur insoweit wirksam, als die Maßregel im Einzelfalle gerechtfertigt und dem Versicherten zuzumuten ist. Das wird in concreto bezüglich mediko-mechanischer Nachkur an entferntem Orte verneint wegen der Umstände des Heilungsprozesses (Ärzte halten die Nachkur nur für empfehlenswert, nicht für notwendig), wegen der persönlichen Verhältnisse des Versicherten und wegen des im Verhältnisse zur Kurkostenentschädigung erforderlichen hohen Aufwandes für die Kur. **b**) A n o r d n u n g v o n O p e r a t i o n e n. α. **RG.** LeipzZ. **07** 62. Bei der Frage, ob eine Operationsverweigerung den Versicherungsanspruch verwirkt, ist immer zu prüfen, ob nicht im Einzelfalle sogar eine übertriebene Vorstellung von der Gefährlichkeit nach allgemein herrschender Auffassung, so namentlich gegenüber einer Behandlung, die mit Narkose verbunden ist, als berechtigt aufzufassen ist. β. **RG.** LeipzZ. **09** 562, SeuffBl. **09** 633, WarnE. **09** 249, WVersZ. **43** 1545, HessRspr. **9** 122, **10** 129, JW. **09** 227, R. **09** Ziff. 1072, 1073. Wer sich bei einer Unfallversicherung der Vereinbarung unterwirft, daß er zur Vermeidung der Anspruchsverwirkung den Heilungsanordnungen unbedingt Folge zu leisten habe, begibt sich des Anspruchs für den Fall, daß er eintretendenfalls nicht dasjenige Maß von Selbstbeherrschung und Selbstüberwindung zeigt, das auch von einem besonders schmerzempfindlichen Menschen nach den Umständen des Falles verständigerweise gefordert werden darf. Wenn nach dem Beweisergebnis als w a h r s c h e i n l i c h anzunehmen ist, daß die Heilungsanordnung Erfolg gehabt haben würde, so ist dies genügend, um die Anspruchsverwirkung anzunehmen. γ. RheinA. **106** 92 (Cöln). Schon aus § 254 Abs. 2 BGB. folgt die Pflicht des Versicherten, Operationen zu dulden und sich Heilungsversuchen zu unterziehen. Maßgebend ist, was billiger- und vernünftigerweise verlangt werden kann. Eine Ablehnung, die lediglich in einer durch objektive Umstände nicht gerechtfertigten, bloßen subjektiven Würdigung des Versicherten ihren Grund hat, ist nicht zuzulassen und führt zur Versagung des Anspruchs auf die Versicherungssumme. δ. HessRspr. **9** 122 (Darmstadt). αα. Wenn Heilbehandlung und Operation deshalb unmöglich zu Erfolgen führen können, weil der Versicherte psychisch in außerordentlicher pathologisch abnormer Weise erregbar ist, so tritt die bedingungsgemäße Anspruchsverwirkung nicht ein. ββ. Daß nach § 254 BGB. ermittelt werde, inwieweit der Schaden, den der Versicherer durch das Unterbleiben von Heilbehandlung und Operation erleidet, vom Versicherten herbeigeführt ist, liegt nicht im Sinne des Versicherungsvertrags; vielmehr soll ein schädigendes Verhalten entweder einflußlos sein oder den Anspruch v o l l verwirken (a u f g e h o b e n vom **RG.**, s. oben LeipzZ. **09** 562, WarnE. **09** 249). c) U n t e r s u c h u n g. α. **RG.** ZVersWes. **08** 237, WVersZ. **42** 966, R. **08** Ziff. 164. Keine Verwirkung, wenn der Versicherte trotz An-

wendung der erforderlichen Sorgfalt sich entschuldbar irrig für nicht verpflichtet gehalten hat, die von der Gesellschaft begehrte ärztliche Untersuchung geschehen zu lassen. β. **RG.** LeipzZ. **09** 787, VAPV. (Anh.) **8** 52, WarnE. **09** 312, WVersZ. **43** 1627, R. **09** Ziff. 1718. Die Bestimmung, daß der Versicherte sich „jeder von der Gesellschaft gewünschten ärztlichen Untersuchung" zu unterziehen habe, ist einschränkend dahin auszulegen, daß nur nach verständigem Ermessen der Gesellschaft in Ansehung der Unfallsfolgen erforderliche Untersuchungen in Betracht kommen. Daher keine Anspruchsverwirkung, wenn der Versicherte die verlangte Untersuchung als überflüssige und ungerechtfertigte Belästigung ansehen durfte. γ. R. **08** Ziff. 1095 (Frankfurt). Weigerung des Versicherten, sich ärztlich untersuchen zu lassen, begründet die bedingungsgemäße Verwirkung nicht, wenn eine Untersuchung durch die Ärztekommission bevorstand. δ) **RG.** R. **09** Ziff. 2230. Für unschädlich wird erklärt die Nichtbefolgung des nach dem Unfalle vom Arzte gegebenen Rates, nicht nach Hause zu fahren, sondern am Orte des Unfalls ein Zimmer zu nehmen. Für die Verschuldensfrage kommt nicht nur die objektive Sachlage, sondern auch das subjektive Empfinden eines vernünftigen Menschen in Frage. Daß aber den Versicherten in dieser Beziehung ein Vorwurf trifft, ist nicht bewiesen.

II. Schäden infolge von Heilungsversuchen. 1. **RG.** **68** 108, JW. **08** 305, LeipzZ. **08** 375, VAPV. (Anh.) **7** 58, VersAnn. **08** 289, ZVersWes. **08** 184, VersRdsch. **08** 232, WVersZ. **42** 1251, DJZ. **08** 481, R. **08** 286. Volle Haftung der Versicherungsgesellschaft auch über die Versicherungssumme hinaus für Schäden, die der Versicherte infolge einer Röntgenbestrahlung erleidet, der er sich zufolge der Heilungsanordnung der Gesellschaft unterzieht.

2. **RG.** LeipzZ. **09** 562, JW. **09** 227, 1073, WarnE. **09** 249, SeuffBl. **09** 633, Hess. Rspr. **9** 122, **10** 129, WVersZ. **43** 1545, R. **09** 1072, 1073. a) Volle Schadenshaftung der Gesellschaft für Beschädigungen infolge von Unfallheilungsmaßregeln; keine Bindung an die Höhe der Versicherungssumme. b) Keine Klagänderung, wenn in 2. Instanz in dem aus einem erlittenen Unfall auf Zahlung der Versicherungssumme angestrengten Prozesse die Klage auf Schadensersatz gestützt wird, weil die Schädigung Folge einer ärztlichen Anordnung sei, der habe Folge geleistet werden müssen.

3. VAPV. (Anh.) **6** 57 (Cöln). Da der Versicherte den Heilungsanordnungen des Arztes bei Unfällen bedingungsgemäß Folge zu leisten hat, so haftet die Gesellschaft für eine dem Versicherten bei der Behandlung einschließlich der Untersuchung (Röntgenbestrahlung) durch ihren Vertrauensarzt zugefügte körperliche Beschädigung dem Versicherten aus Auftrag (nach Code civil, PrALR. und BGB.) für den vollen Schaden (nicht bloß in Höhe der Versicherungssumme) und nicht bloß unter Beobachtung der für einen Versicherungsunfall vorgeschriebenen Förmlichkeiten.

4. OLG. **14** 405 (KG.). Die Abnutzung der Garderobe auf den infolge des Unfalls nötig gewordenen Gängen zum Arzte und auf der Badereise gehört zu den „Kosten des Heilverfahrens".

5. Wegen des Todes in der Narkose s. oben vor §§ 179 ff. VI 2.

III. Wegen der Leichenausgrabung und wegen der Beibringung ärztlicher Berichte und Zeugnisse s. zu § 34.

§ 184. Literatur: Salinger, Zur prozessualen Geltendmachung der Versicherungsansprüche bei Unfall, R. **08** 143 ff. — Vgl. im übrigen zu **§ 64**.

I. Salinger, R. **08** 143 ff. Der Spruch der Schätzungskommission stellt die Zahlungspflicht noch nicht fest. Er hat nicht die Natur eines Schiedsspruchs. Über die Entschädigungspflicht entscheidet das Gericht, über die Kausalität des Unfalls und über Bestehen und den Grad der Erwerbsunfähigkeit die Schätzungskommission, deren Spruch bei offenbarer Unbilligkeit analog § 1040 ZPO. unwirksam ist. Daß der Spruch der Kommission noch nicht erfolgt ist, bildet keinen Grund, die Klage ohne

weiteres abzuweisen. Vielmehr muß das Gericht, wenn es zur Prüfung der Kausalität gelangt, dem Kläger die Beschaffung des Kommissionsspruchs aufgeben, und zwar durch unanfechtbare Beweisanordnung, vielleicht unter Anwendung von § 356 ZPO. Da die Gesellschaft zur Berufung der Kommission auch schon verpflichtet ist, ehe die Unbegründetheit ihrer sonstigen Einwendungen (Verwirkung usw.) rechtskräftig festgestellt ist, so ist, wenn die Gesellschaft auf jene Beweisanordnung hin schuldhaft die Kommissionsberufung verzögert, der Versicherte an die betreffende Policenbestimmung nicht mehr gebunden. Der Versicherte ist nach alledem nicht gehindert, auch vor dem Kommissionsspruche die Klage direkt auf Zahlung der Entschädigungssumme zu erheben.

II. Schiedsgericht oder Schiedsgutachten? 1. **RG.** LeipzZ. **09** 326, JW. **09** 199, JTVersZ. **09** 73, WVersZ. **43** 1442. Die Abrede, daß „ein Schiedsgericht über die Höhe der Entschädigung zu entscheiden habe“, kann auf ein echtes Schiedsgericht i. S. der ZPO. hindeuten. Nach dem Inhalte der Versicherungsbedingungen muß aber trotz des Wortlauts jener Bestimmung angenommen werden, daß nur ein Schiedsgutachten in Frage steht. — Als Aufgabe dieser Schiedsgutachter muß es aber angesehen werden, außer der Höhe auch festzustellen, ob und in welchem Grade der Versicherte dauernd erwerbsunfähig ist. Beim ordentlichen Gerichte kann daher nur die Frage der Entschädigungspflicht anhängig gemacht werden, wenn die Gutachter dauernde Erwerbsunfähigkeit festgestellt haben.

2. **RG.** WVersZ. **43** 161 behandelt ebenfalls die Frage, ob Schiedsgericht oder Schiedsgutachter gemeint ist (Ärztekommission).

3. VAPV. (Anh.) **6** 103 (KG.). Das bedingungsgemäß bei Streit wegen der Höhe eintretende Verfahren ist kein Schiedsgerichtsverfahren i. S. der ZPO., wenn es auch in den Bedingungen als Schiedsgerichtsverfahren bezeichnet ist.

4. R. **08** Ziff. 1094 (Frankfurt). Eine als „Schiedsgericht“ bezeichnete Kommission für die Frage des Bestehens, des Grades und der Dauer der Erwerbsunfähigkeit ist dennoch nur Schätzungskommission, nicht Schiedsgericht i. S. der ZPO.

III. Gegenstand des Schiedsgutachtens. 1. **RG.** JW. **08** 564, WVersZ. **43** 183, R. **08** 551. RG. läßt es unentschieden, ob die Entscheidung über den ursächlichen Zusammenhang von Ereignis und Unfall dem Gerichte zusteht, wenn nach den Versicherungsbedingungen darüber, ob und inwieweit die Invalidität Unfallsfolge ist, eine Schätzungskommission zu entscheiden hat.

2. OLG. **19** 178, R. **09** Ziff. 3148 (Kiel). In den Versicherungsbedingungen darf nicht die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Tod und Unfall und die Höhe der Entschädigung einem Schiedsgericht übertragen werden, wenn über die Entschädigungspflicht überhaupt die ordentlichen Gerichte entscheiden sollen.

IV. Personen der Schiedsgutachter. **RG.** JW. **08** 565, WVersZ. **42** 2065, VAPV. (Anh.) **7** 87, LeipzZ. **08** 697, DJZ. **08** 971, R. **08** 482. Die Gesellschaft kann in die Sachverständigenkommission auch solche Sachverständige berufen, die, wie ihr bekannt, eine ihr günstige Meinung haben. Der Versicherte kann sie aber ablehnen, wenn erhebliche Befangenheitsgründe vorliegen (nicht schon deshalb, weil der im übrigen wirtschaftlich unabhängige Arzt Vertrauensarzt der Gesellschaft ist). Obmann der Kommission kann aber nur eine bisher unbeteiligte, völlig unbefangene Person sein (vgl. **RG.** **45** 350 ff.).

V. Mängel des Gutachtens. 1. Ursachen. a) **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 54. Ungültigkeit des Spruches einer Ärztekommission, weil er der durch die Versicherungsbedingungen vorgeschriebenen erschöpfenden Begründung entbehrt. b) **RG.** WVersZ. **42** 2065, VAPV. (Anh.) **7** 87, JW. **08** 565, DJZ. **08** 971, LeipzZ. **08** 697, R. **08** 481. Anfechtbarkeit eines Schiedsgutachtens wegen offenbarer Unbilligkeit ist nach ALR. zu bejahen, ob nach § 319 BGB., bleibt dahingestellt. — Offenbare Unbilligkeit liegt aber nur dann vor, wenn zur Zeit die Erstattung

des Gutachtens bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung einem Sachverständigen sofort hätte in die Augen fallen müssen, daß dem Gutachten wesentliche Mängel anhafteten. Der bloße Umstand, daß das Gutachten auf einer objektiv unrichtigen Diagnose beruht, läßt es noch nicht ohne weiteres als offenbar unbillig erscheinen.

2. Folgen. a) **RG.** LeipzZ. **08** 239, VAPV. (Anh.) **7** 24, BadRpr. **08** 49, WVersZ. **42** 565, 878, VersRdsch. **08** 179, R. **08** Ziff. 161. Wenn der Spruch einer Schiedskommission wegen innerer oder äußerer Mängel (verschuldet oder unverschuldet) der verbindlichen Kraft entbehrt, so ist der Rechtsweg unbeschränkt eröffnet (vgl. **RG. 41** 396), da es im Zweifel nicht der Absicht der Parteien entspricht, den Rechtsweg so lange auszuschließen, bis feststeht, daß ein sachgemäßer Spruch überhaupt nicht zu erzielen ist. **b)** VAPV. (Anh.) **6** 113 (KG.). Feststellungsklage gegenüber einem Schiedsgutachten ist unzulässig. Ist es unbillig, dann muß Leistungsklage auf den der Billigkeit entsprechenden, vom Gericht zu bestimmenden Betrag erhoben werden.

VI. Berufung der Schiedskommission und gerichtliches Verfahren. 1. Vgl. zu § 183 I, II 1, V 2.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 63. Die Bestimmung, daß der Versicherte, wenn er sich durch die Entscheidung der Gesellschaft beschwert fühle, die Entscheidung eines Schiedsgerichts anrufen könne, gibt ihm nicht die Wahl zwischen Schiedsgericht und ordentlichem Gerichte, sondern nur die Wahl, ob er sich beruhigen oder das Schiedsgericht anrufen will.

3. **RG.** WVersZ. **44** 518, R. **09** 3811. Die bedingungsgemäß unter allen Umständen über Grad und Dauer der Krankheit und über die Beendigung der Kurzeit erforderliche Entscheidung der Ärztekommission muß auch dann angerufen werden, wenn nicht der Versicherte die Versicherungssumme ein-, sondern der Versicherer geleistete Zahlungen zurück klagt.

4. **RG.** LeipzZ. **07** 663, VAPV. (Anh.) **6** 94, VersRdsch. **08** 31. Die Frist, innerhalb deren die Gesellschaft die Schiedsgutachter bedingungsgemäß spätestens zu berufen hat, ist eine Ausschlußfrist. Nach ihrem fruchtlosen Ablaufe kann der Versicherte den Streit in vollem Umfange dem Gericht unterbreiten.

5. **RG.** ZVersWes. **08** 237, WVersZ. **42** 966, R. **08** Ziff. 165. Die Gesellschaft kann die Berufung der Ärztekommission aufschieben, bis gerichtlich festgestellt ist, daß sie überhaupt zur Entschädigung verpflichtet ist. Im Falle der Klage haben die Parteien den Ausspruch der Ärztekommission herbeizuführen. Wird die Herbeiführung des Spruches von der einen oder anderen Seite schuldhaft verzögert oder vereitelt, so hat das Gericht hieraus die gebotenen Folgerungen zu ziehen.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 905, LeipzZ. **09** 709, DVersZ. **5** 98, VAPV. (Anh.) **8** 88, WVersZ. **43** 1993, R. **09** Ziff. 2045. Das Gericht hat nur die Entschädigungspflicht festzustellen, wenn über den Grad der Invalidität und der Erwerbsunfähigkeit und die sich danach bemessende Höhe der Entschädigung eine Schiedskommission zu entscheiden hat.

7. **RG.** JW. **08** 19. Die Versicherungsgesellschaft kann auch nach Erlaß eines dem Grunde nach den Anspruch feststellenden Urteils von ihrem Rechte, zu verlangen, daß die Feststellung des Grades der Erwerbsunfähigkeit durch das Gutachten des Vertrauensarztes bzw. der Sachverständigenkommission erfolge, Gebrauch machen.

8. **RG.** R. **09** Ziff. 592. Wenn die beiden Schiedsgutachter sich nicht einigen, trotzdem aber die bedingungsgemäß für diesen Fall erforderliche Zuziehung eines Obmanns unterlassen, und daraufhin der Versicherte Klage auf die Versicherungssumme erhebt, so kann die Gesellschaft nicht erst in der Revisionsinstanz einwenden, der Versicherte könne nur den Betrag fordern, hinsichtlich dessen die beiden Gutachter einig waren. Sie hat vielmehr stillschweigend das Verfahren der Schiedsgutachter genehmigt und sich mit sofortiger Klagerhebung einverstanden erklärt.

8. R. **08** Ziff. 1097 (Frankfurt). Wenn die Gesellschaft jede Entschädigung abgelehnt und der Versicherte deshalb gegen sie Klage auf Anerkennung der Entschädigungspflicht erhoben hat und ihr rechtskräftig entsprochen ist, indem das Gericht die Frage, ob ein Leiden durch den Unfall veranlaßt sei, bejaht hat, so kann die Gesellschaft die bedingungsgemäß zur Entscheidung über Höhe und Dauer der Entschädigung berufene Ärztekommission nicht nochmals mit der Frage befassen, ob das Leiden Unfallsfolge sei. Sie kann nicht auf Grund des Gutachtens der Kommission jede Entschädigung verweigern.

10. R. **08** 396 (Colmar). Schadensersatzpflicht (§ 826 BGB.) des Versicherungsnehmers, der eine Verurteilung der Gesellschaft zur Berufung der Sachverständigenkommission erzielt und das Urteil vollstreckt hat, nachdem er die Gesellschaft von Einlegung eines Rechtsmittels durch die Erklärung abgehalten hatte, daß er die Verurteilung als gegenstandslos betrachte, weil die Gesellschaft die Kommission inzwischen berufen habe.

11. Über den Lauf der Frist für das Verlangen nach Berufung der Schiedskommission bei Miterben s. oben zu § 12 II 1 d; vgl. auch zu § 12 III 3.

12. Über die Frage, ob innerhalb der festgesetzten Klagefrist auch die Berufung der Schiedskommission verlangt werden muß, s. oben zu § 12 IV 2 a.

VII. Zu § 184 Abs. 2. Wegen der Beschwerde vgl. Hallbauer, R. **08** 732, oben zu § 64.

VIII. Wegen der Rückwirkung von § 184 Abs. 2 s. EGVVG. Art. IV.

IX. Im übrigen vgl. allenthalben zu § 64.

X. Wegen der Schädigungen des Versicherten durch den Prozeß s. vor §§ 179 ff. unter VI 7.

Fünfter Abschnitt. Schlußvorschriften.

Vorbemerkung zu §§ 186 ff.: Zum Rückversicherungsrechte haben wir in Ehrenbergs Schrift, die in gewohnter bewundernswerter Klarheit geschrieben ist, eine wertvolle Gabe erhalten. Die Transportversicherungsfragen sind zu § 116 VAG. dargestellt. Im übrigen hat das Problem der Versicherung gegen Arbeitslosigkeit bzw. Streik wiederholt Bearbeiter gefunden.

§ 186. Literatur: Ehrenberg, Das künftige Rückversicherungsrecht (Heft 15 der Veröff. des Deutschen Vereins f. VerWiss.). Berlin, Mittler, 1907.

Zur Rückversicherung. I. Ehrenberg. Die Seerückversicherung bleibt auch künftig dem Seeversicherungsrecht unterstellt (1). Der analogen, vorsichtigen Anwendung der allgemeinen Vorschriften des VVG. und der allgemeinen Vorschriften für die Schadensversicherung auf die Binnenrückversicherung steht § 186 VVG. an sich nicht im Wege (2). Fraglich aber ist, ob die Rückversicherung in Wahrheit gar kein Versicherungs-, sondern ein Gesellschaftsvertrag ist. Die Rückversicherung ist Spezial- oder aber (fakultative oder obligatorische) Generalrückversicherung, die als laufende Versicherung eingegangen zu werden pflegt und für deren häufigen Sonderfall der Exzedentenversicherung Voigt, Seeversicherungsrecht 294 ff., OLG. Hamburg u. RG. ausgesprochen haben, sie stelle einen Gesellschaftsvertrag dar, vgl. auch **RG. 55** 90 (34). Die Rückversicherung ist Schadens- und zwar eine Art Haftpflichtversicherung; Unter-, Über- und Doppelrückversicherung ist möglich (9). Aber bei jedem Punkte ist zu prüfen, ob eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Haftpflichtversicherung den Zwecken der Rückversicherung entspricht. Die auf Teilung des Risikos gerichtete Rückversicherung kann ebensowohl ein Versicherungs- wie ein Gesellschaftsvertrag sein (15). Sie trägt die Merkmale beider Vertragsarten an sich. Als Gesellschaft ist sie aber reine Innengesellschaft; ähnlich der stillen Gesell-

schaft ist die laufende Rückversicherung; Gelegenheitsgesellschaft ist die Spezialrückversicherung (17). Ob Gesellschafts- oder Versicherungsrechtssätze anwendbar sind, ist für alle in Frage kommenden rechtlichen Beziehungen gesondert festzustellen. Das wird im einzelnen von Ehrenberg durchgeführt. Er behandelt: Vertragsschluß (Anzeigepflicht, Pflicht des Selbstbehalts, Versicherungswert, Über- und Doppelversicherung), Geschäftsführung des Erstversicherers (juristische Konstruktion, Umfang und Befugnisse des Erstversicherers, insbesondere beim Abschluß und beim Laufe des direkten Versicherungsvertrags sowie beim Eintritte des Versicherungsfalls, die vom Erstversicherer anzuwendende Sorgfalt, die Beendigung seiner Geschäftsführung, die Kontrollbefugnisse des Rückversicherers), die Leistung des Rückversicherers (auf S. 46 Behandlung und Bejahung der Frage, ob der Rückversicherte seine volle Quote auch dann zu zahlen habe, wenn im Konkurse des Erstversicherers dessen Versicherte nur Konkursdividende erhalten, wobei er jedoch (48) die Vorschrift des § 157 VVG. nicht analog anwenden will), Übertragung der Rückversicherung, ihre Beendigung, Verjährung der Ansprüche. Ehrenberg kommt zum Ergebnisse (56, 158), daß eine verwickelte Auswahl aus den Bestimmungen des Gesellschafts- und des Versicherungsrechts zu treffen sei und daß zum Teil beide Vertragsgebiete versagen und eine selbständige Regelung der Rückversicherung nach der Natur der Sache notwendig ist.

II. Hecht, Veröffentl. des Deutschen Vereins f. VersWiss. Heft XIV 24. Es ist zweifelhaft, ob die auf bestehende Versicherungsverträge rückwirkenden Vorschriften des VVG. auch auf die hinsichtlich dieser Verträge vom Versicherer geschlossenen Rückversicherungen einwirken. Jedenfalls kann der Rückversicherer Einwände aus den dem Versicherer auferlegten gesetzlichen Mehrverpflichtungen nur machen, sofern diese in wesentlichen Punkten auf ihn unmittelbar zurückwirken. Das ist nur der Fall bei §§ 39, 12 Abs. 2 VVG. und zwar auch nur dann, wenn die gesetzlichen Fristen länger als die etwa vertragsmäßig bedungenen sind.

III. Über die Rückwirkung des VVG. auf Rückversicherungen s. auch Gerhard, ZVersWiss. **07** 295.

IV. 1. Kuhlenbeck, JW. **08** 703 ff., tritt der Entscheidung **RG. 55** 91 ff. entgegen; er führt aus: im Falle des Konkurses des Rückversicherten hat der Rückversicherer das Recht, die Versicherungssumme ganz an den Hauptversicherungsnehmer zu zahlen, keinesfalls kann man sagen, der Rückversicherer habe die volle Summe an die Konkursmasse zu zahlen, diese aber habe nur die Konkursdividende an den Hauptversicherungsnehmer abzuführen.

2. Vgl. zu § 157 II.

V. Entscheidungen. 1. VAPV. (Anh.) **6** 72 (LG. Hamburg). Der Rückversicherte kann im Verhältnisse zu seinen Versicherten demjenigen folgen, was er im guten Glauben und ohne offenbare Fehlgriffe für recht und billig hält; seine freie Bewegung und seine Kulanz wird nur insoweit gehemmt, als er sich nicht einer arglistigen Handlungsweise oder einer groben Fahrlässigkeit schuldig machen darf (**ROHG. 24** 393, **RG. 38** 208, DJZ. **06** 741 ff.). Aus diesen und weiteren tatsächlichen Erwägungen wird im vorliegenden Falle verneint, daß der Rückversicherer dem Rückversicherten Revalierung deshalb versagen könne, weil letzterer gelegentlich des Erdbebens in San Franzisko gezahlt hat, ohne dem Versicherten gegenüber die Fallklausel und die Klausel über Dynamitsprengung auf obrigkeitlichen Befehl vorgeschützt zu haben.

2. WVersZ. **42** 3 ff. (Hamburger Schiedsgericht). Die (ausländische) Rückversicherungsgesellschaft muß die dem Erstversicherer zufolge der nichtausreichenden Erdbebenklausel treffenden Schäden auch dann vergüten, wenn ihr bei der Neuredaktion des Rückversicherungsvertrags auf ihr Verlangen vom Erstversicherer

Versicherungsbedingungen übersandt waren, die eine tadellos gefaßte Erdbebenklausel enthielten. Im Gegensatze zu einem beigezogenen Gutachten Ehrenbergs wird eine Anzeigepflicht bei der Rückversicherung, deren Verletzung dem Erstversicherer den Versicherungsanspruch nehmen würde, verneint. Wenn culpa in contrahendo anzunehmen wäre, so müßte doch der Rückversicherer beweisen, daß er die Bedingungen mit der unzureichenden Erdbebenklausel nicht in Rückversicherung genommen haben würde. Überdies mußte sich die Rückversicherungsgesellschaft sagen, daß der Erstversicherer nicht in den verschiedenen Erdteilen und Ländern stets die gleichen, übersandten Bedingungen anwenden kann. Endlich liegt auch kein Irrtum i. S. von § 119 BGB. vor.

§ 187. Literatur: 1. Zur Transportversicherung und Automobilversicherung: s. vor § 2 VAG. u. zu § 116 daselbst. — 2. Kreditversicherung: Neumann, Zur Lösung des Kreditversicherungsproblems, ZVersWiss. **09** 176 (Vorschläge). — 3. Arbeitslosigkeit: Leo, Die neueste Entwickelung der Frage der Arbeitslosenversicherung, ZVersWiss. **07** 600 ff. — Meltzing, Der Streik als Versicherungsobjekt, AssekJahrb. **29** II 160 ff. — Oldenberg, Über Arbeitslosenversicherung und Arbeitsnachweis, SchmollersJ. **31** (07), Heft I, 277 ff., Heft II, 309 ff. — Stieda, Die Versicherung gegen die Folgen der Arbeitslosigkeit, LeipzZ. **09** 617 ff.

I. Kreditversicherung. HansGZ. **08** Hptbl. 301 ff. (Hamburg) behandelt eine Kreditversicherung mit der Klausel, daß der Ersatzanspruch gegen den Versicherer erlöschen soll, wenn nicht spätestens innerhalb der Dauer der Versicherung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch geordnetes Verfahren oder Konkurseröffnung oder fruchtlose Pfändung festgestellt ist, und erörtert die Frage, wie sich der Versicherte zu verhalten hat, wenn bei Ablauf seiner Versicherung der Versicherer durch Eröffnung des Konkurses über seinen Schuldner geschädigt werden würde, während das Zustandekommen eines außergerichtlichen Akkordes innerhalb der Versicherungsdauer ausgeschlossen erscheint.

II. Versicherung gegen Arbeitslosigkeit. 1. Stieda, LeipzZ. **09** 617 ff. Verf. schildert die Probleme und die Versuche, sie zu lösen, steht ihren Aussichten aber skeptisch gegenüber und erwartet viel Hilfe von durchgreifender Organisation der Arbeitsnachweise.

2. Melzing, AssekJahrb. **29** II 160 ff. Verf. kommt zum Ergebnisse, daß theoretisch die Streikversicherung unter gewissen Voraussetzungen möglich ist, läßt aber dahingestellt, ob sich ihre Durchführung in der Praxis wird ermöglichen lassen.

3. Oldenberg, SchmollersJ. **31** 277, 309 ff. Verf. behandelt ausführlich das amtliche Sammelwerk über Arbeiterversicherung (3 Bände, Berlin 1906, bearb. i. K. Statist. Amt), das Problem der Arbeiterversicherung, die Versicherung objektiv begründeter Arbeitslosigkeit, diejenige subjektiv begründeter Arbeitslosigkeit, Arbeitsnachweis und soziale Macht, mechanische Arbeitsvermittlung, die Machtsphäre des Arbeitsnachweises, Arbeitsnachweis im Dienste der Arbeitslosenversicherung, das Genter System der Arbeitslosenversicherung und macht praktische Vorschläge.

§ 189. Literatur: Hagen, Zur Reform der Volksversicherung, DJZ. **07** 350. — Derselbe, Zur Reform der Volksversicherung, DWirtschZ. **07** 253. — Seidel, Volks- und Pensionsversicherung und die Vereinsversicherungsbank für Deutschland, ZStaatsw **63** 264 ff. — v. Zwiedinek-Südenhurst, Zur Reform der Volksversicherung, ZStaatsw. **63** 118 ff.

I. Volksversicherung. 1. v. Zwiedinek-Südenhurst, ZStaatsw. **63** 118 ff. Verf. definiert die Volksversicherung als eine für Minderbemittelte bestimmte Kapitalversicherung, die regelmäßig über Beträge unter 1000 M. abgeschlossen wird und einen durch Einrichtung mehrerer unterjähriger Prämienteilzahlungen erleichterten Zahlungsmodus gewährt. Er bekämpft sie in ihrer gegenwärtigen Gestalt energisch als nicht geeignet, in den Dienst Minderbemittelter gestellt zu werden, weil die Prämien und der Verwaltungszuschlag zu hoch und die Zahl der vorzeitigen

Abgänge zu bedeutend sei, die ohne Ersatz oder nur mit ungenügendem Ersatze (Rückkauf, Policenumwandlung) erfolgen, und weil endlich zum Teil die Volkversicherung sogar noch Dividenden für die Aktionäre abwerfen müsse. Er macht Vorschläge zu Änderungen.

2. Seidel, ZStaatsw. **63** 264 ff. Verf. geht auf die Mißstände der Volksversicherung und die Notlage vieler Sterbekassen infolge des VAG. ein, schildert und lobt das Mully von Oppenriedsche System einer Verbindung von Sparkasse und Versicherung in Gestalt einer Alters- und Invaliditätssparkasse und begrüßt die Schaffung der Vereinsversicherungsbank, deren Zweck und Organisation er darlegt.

3. Hagen, DJZ. **07** 350, führt aus, daß zur Erhaltung der nach dem PVAG. vielfach existenzunfähigen Kassen und zu dem Zwecke, die Volksversicherung in großem Stile zu betreiben, sich eine „Vereinsversicherungsbank f. Deutschland" in Düsseldorf gebildet habe, die wirtschaftlich und rechtlich interessant sei.

4. VAPV. **7** 74. Bei der Volksversicherung sind Einrichtungen der Gesellschaft wesentlich, die eine bequeme Entrichtung der Prämien gewährleisten.

II. Über die Grundsätze des APV. bei Zulassung von Abweichungen s. VAPV. **8** 168.

§ 191. Wegen der eingeschriebenen Hilfskassen s. zu § 122 VAG.

§ 192. [Literatur: Durmayer, Das Recht der öffentl. Vieh- und Pferdeversicherungsvereine Bayerns (Diss. Straßb. 1907). Speyer 1907. — Edelmann, Die Schlachtviehversicherungsgesetzgebung des Kgr. Sachsen. Leipzig, Roßberg, 1907. — v. Hauck, Die Brandversicherungsgesetze f. Kgr. Bayern. 4. Aufl., bearb. v. Herm. Stör. München, Beck, 1907. — Silbernagel, Das Verhältnis des bayerischen Landesversicherungsrechts zum Reichsprivatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Immobiliarversicherung (Diss. Heidelb. 1907). Heidelberg, Weiß, 1907. — Vgl. auch zu §§ 119, 120 VAG.

1. **RG.** VAPV. (Anh.) **6** 29. Auch die Verträge mit öffentlichen Versicherungsanstalten (preuß. Provinzialfeuerversicherung) ohne Versicherungszwang sind privatrechtlicher Natur. Anwendung auf sie findet daher das zur Zeit des Abschlusses bestehende Reglement. Es kann durch ein vom Provinziallandtag beschlossenes, vom Finanzminister und vom Min. des Inn. genehmigtes neues Reglement, das also keine staatlich mit bindender Kraft versehene objektive Rechtsnorm darstellt, nicht bestimmt werden, daß das neue Reglement auch auf die bestehenden Versicherungen Anwendung finde, wenn die Versicherten nicht bis zu einer bestimmten Zeit ihre Versicherung abmelden würden. Nötig ist vielmehr, daß die früheren Versicherten sich dem neuen Reglement freiwillig durch Einwilligung unterwerfen.

2. SächsAnn. **29** 502 ff., R. **09** Ziff. 120 (SächsKompGH.). Die Entscheidung über das Bestehen einer Entschädigungsforderung gegen die Landesbrandversicherungsanstalt auf Grund des SächsBrandversicherungsG. v. 15. Oktober 1886 steht den Gerichten zu. Der gesetzliche Beitrittszwang beeinflußt nur den Eintritt in das Versicherungsverhältnis, berührt aber dessen Inhalt, der privatrechtlichen Charakter hat, in keiner Weise (ebenso Begr. z. VVG. u. die dort angezogenen Entsch. des RG.; aM. Schneider, VVG. § 192).

3. Wegen § 143 SächsG. betr. die Landesbrandversicherungsanstalt s. oben zu § 67 III 1; vgl. auch § 82 II.

4. Vgl. zu § 194.

§ 193. Vgl. zu § 97.

§ 194. Hallbauer, R. **08** 732. Wegen der hierunter fallenden „Ansprüche" s. oben § 48. § 194 ist auch anwendbar im Falle des § 192 Abs. 2, und auch dann, wenn das Versicherungsverhältnis nur teilweise dem neuen Rechte zu unterstellen ist (Art. 4 EG.), falls die Revision die Verletzung einer der im Art. 4 EG. erwähnten Gesetzesstellen rügt.

Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Vorbemerkung zu Artt. I ff.: Die Fragen der Rückwirkung des VVG. sind besonders schwierig. Sie haben aber gerade deshalb eine reichhaltige Bearbeitung gefunden und zwar von den verschiedensten Gesichtspunkten aus.

Art. II. Vgl. zu § 192 VVG.

Vor Artt. III ff. Literatur: Heft XIV Veröffentl. des Deutschen Vereins f. Versicherungswissenschaft: 3 Gutachten von Hecht, Kimmig u. Georgii über: Die rückwirkende Kraft des künftigen Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag. Berlin, Mittler, 1907. — Gerhard, Der Einfluß des künftigen Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag auf die bestehenden Versicherungsbedingungen, ZVersWiss. **07** 277 ff. — Derselbe, Inwiefern üben solche Vorschriften des VVG., denen ausdrücklich im Gesetz eine Rückwirkung nicht beigelegt ist, dennoch eine Rückwirkung aus? LeipzZ. **09** 811 ff. — Hallbauer, Die rückwirkenden Bestimmungen des VVG., R. **09** 521 ff. — Hecht, Noch eine Replik zur Frage der rückwirkenden Kraft des künftigen ReichsG. über d. Versicherungsvertrag, ZVersWiss. **08** 301 ff. — Hüttner, Die Einwirkung des VVG. auf bestehende Vertragsverhältnisse, LeipzZ. **09** 916 ff. — Josef, Die rückwirkende Kraft des VVG., AcivPr. **104** 292 ff. — Neumann, Die preußische Landesgesetzgebung nach Inkrafttreten des VVG., ZVersWiss. **08** 233 ff., 249 ff., 263 ff.

I. Hallbauer, R. **09** 530. Die rückwirkenden und die zwingenden Vorschriften sind nicht identisch. Soweit die rückwirkenden Bestimmungen im VVG. als nicht zwingend bezeichnet sind, weichen sie den entgegenstehenden Vorschriften auch der älteren Versicherungsverträge. — Die Rückwirkung bezieht sich ferner nur auf Vorgänge, Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte, die sich im Rahmen des älteren Vertrags nach dem 1. Januar 1910 abspielen.

II. Gerhard, ZVersWiss. **07** 277, bespricht eingehend die Rückwirkung des VVG., ferner wie sich die bisherigen Versicherungsbedingungen hierzu verhalten, wie man sich im Versicherungswesen gegenüber den sich ergebenden Modifizierungen verhalten soll und ob und welche Änderungen der alten Bedingungen zweckmäßig sind.

III. Neumann, ZVersWes. **08** 233 ff., 249 ff., 263 ff. Auch nach Inkrafttreten des VVG. bleiben wenigstens formell eine Anzahl Bestimmungen des früheren Rechtes (die im einzelnen eingehend besprochen werden) bestehen. Ihre Gültigkeit ist aber nur zu einem Teile außer Zweifel. Es ist geboten, durch Gesetz mit diesen alten Bestimmungen reinen Tisch zu machen.

IV. Gerhard, ZVersWiss. **07** 285. Soweit gesetzliche Einwirkung der Rückwirkung auf die alten Bedingungen vorliegt, ist Zustimmung der Versicherten zu Neuredaktionen der Bedingungen nicht erforderlich, auch nicht bei VVaG. (§ 41 Abs. 3 VAG.).

Art. III. Hüttner, LeipzZ. **09** 916 ff. Nur die regelmäßige, an bestimmte Zeitabschnitte geknüpfte Kündigung kommt in Betracht. Ist sie für beide Teile ungleich bemessen, so entscheidet der spätere Kündigungstermin. — Die Wirkungen von Tatsachen und Ereignissen, die vor dem Zeitpunkte des Art. III liegen, bestimmen sich nach altem Rechte, alle anderen nach neuem Rechte. Die alten Vertragsbestimmungen verlieren aber ihre Kraft nur insoweit, als sie mit zwingenden Vorschriften des VVG. in Widerspruch stehen.

Art. IV. I. Ziff. 4. Hüttner, LeipzZ. **09** 920 ff. Nicht rückwirkend ist § 175 VVG. (921). Nötig ist für Art. IV Ziff. 4 immer, daß es sich um eine nach dem 1. Januar 1910 zahlbare Prämie handelt. Es genügt nicht, daß lediglich der Verzug, nicht aber die Fälligkeit nach dem 1. Janur 1910 liegt.

II. Ziff. 5. 1. Hüttner aaO. Ziff. 5 ist wörtlich zu nehmen, daher rückwirkend nur §§ 43—47 VVG., nicht aber § 48.

2. Gerhard, ZVersWiss. **07** 283. Art. IV Ziff. 5 EGVVG. ist unklar. Man muß sagen, daß alle Vorschriften der §§ 43—48 VVG. rückwirkende Kraft haben sollen.

III. In VAPV. 8 241 gibt das APV. eine kurz erläuternde Zusammenstellung über die auf bestehende Versicherungsverträge anwendbaren Vorschriften des VVG.

IV. Rückwirkung weiterer als der in Art. IV aufgezählten Vorschriften. 1. Verneinend: Josef, ACivPr. **104** 292 ff. Auf die beim Inkrafttreten des VVG. bestehenden Versicherungsverträge finden sofort nur die im Art. 4 EGVVG. angeführten Vorschriften des VVG. Anwendung, nicht aber irgendwelche anderen Bestimmungen des VVG., denen nach allgemeinen Grundsätzen wegen ihres reformatorischen oder prohibitiven Charakters rückwirkende Kraft an sich innewohnen würde. Und auch gegenüber den im Art. IV aufgeführten Vorschriften behalten die Vorschriften der bestehenden Versicherungsverträge insoweit ihre Gültigkeit, als sie nicht zwingenden Vorschriften des neuen Rechtes widersprechen.

2. Bejahend: **a)** Hecht, ZVersWiss. **08** 301 ff. Entgegen dem Wortlaute des Art. IV EGVVG. kommt Georgii (Heft 14 der Veröff. des Deutsch. Vereins f. VersWiss.) zu dem Ergebnisse, daß außer den im Art. IV aufgezählten Vorschriften noch folgenden Bestimmungen rückwirkende Kraft zukomme: §§ 8, 14, 48, 69—73, 81, 87, 114, 59 Abs. 2, 157, 51 Abs. 2, 59 Abs. 3, 15, 89 Abs. 2, 98, 115, 128 Abs. 2 VVG. — Zu dieser Erweiterung des Kreises der rückwirkenden Vorschriften liegt ein Anlaß nur insoweit vor, als § 98 sowie die Verfahrensvorschriften der §§ 48, 157, 64 Abs. 2 u. 184 Abs. 2 in Frage stehen. **b)** Gerhard, LeipzZ. **09** 811 ff. Soweit die Versicherungsbedingungen Abweichendes enthalten, werden die für rückwirkend erklärten dispositiven Bestimmungen des VVG. doch nicht maßgebend, die zwingenden aber erhalten je nach dem sich aus Artt. III, IV EGVVG. ergebenden Zeitpunkt unter Aufhebung entgegenstehender Bedingungen Wirksamkeit (812). Im Zweifel muß man sich eher gegen als für die Rückwirkung einer Vorschrift erklären (814). Im Anschluß an die Abhandlungen von Georgii und Hecht in Heft 15 der Veröff. d. Dtsch. Ver. f. VersWiss. wird dann im einzelnen die von Georgii formulierte Gruppe a) (Normen, die ihrer Natur nach ipso jure rückwirkend sind) behandelt (815 ff.). Rückwirkung wird verneint bei § 14 (816), § 59 Abs. 2 (820, sofern die mehreren Versicherungen sämtlich vor 1. Januar 1910 geschlossen sind), § 8 (823, erst bei der zweiten nach dem 1. Januar 1910 erfolgenden Verlängerung greift § 8 Platz), § 51 Abs. 2 (823), §§ 87, 89 Abs. 1 (824). Dagegen wird die Rückwirkung bejaht bei § 15 (817), § 48 (818), § 64, § 184 Abs. 2 (818), § 157 für jeden nach dem 1. Januar 1910 eröffneten Konkurs (820), §§ 69—73, 114, 115, 128 Abs. 2 sämtlich insoweit, als die Veräußerung nach dem 1. Januar 1910 erfolgt (821), § 98, sofern die Abtretung nach dem 1. Januar 1910 erfolgt (822), § 81 (824), § 10 (825). **c)** Hüttner, LeipzZ. **09** 925 ff. Andere als die in Artt. III, IV, VI EGVVG. aufgezählten Bestimmungen des VVG. sind nicht rückwirkend mit Ausnahme der folgenden: §§ 48, 157, 64 Abs. 2, 15, 98 (prozessuale Natur und bei den beiden letzteren außerdem der Umstand, daß es sich hier um von außen an das Versicherungsverhältnis herantretende Tatsachen handelt, die deshalb innerlich nicht berühren). **d)** Seuffert, LeipzZ. **09** 105. §§ 15, 98 VVG. gelten auch für bestehende Versicherungen, obwohl sie im Art. IV EGVVG. nicht aufgeführt sind.

V. Wegen der Rückversicherung s. zu § 186.

VI. Wegen § 8 s. daselbst.

VII. Wegen § 157 s. daselbst.

Art. VI. Hüttner, LeipzZ. **09** 924. Nicht richtig ist, daß Art. VI keinen zwingenden Charakter habe und daß daher abweichende Abreden in Kraft bleiben,

soweit sie nach bisherigem Rechte, insbesondere § 225 BGB., zulässig seien (so Gerhard, ZVersWiss. 7 291, Gerhard-Manes, Komm. § 12 Anm. 6). Vielmehr gilt sofort § 12 Abs. 3 VVG. Hiernach aber sind Vereinbarungen über Erleichterung der Verjährung unwirksam. Erschwerung oder Ausschließung aber sind nach § 225 BGB. unzulässig.

Konkursordnung.

(1908 und 1909.)

Literatur: Aschaffenburg, Die Anwendung des § 41 Abs. 2 KO. im Falle des § 146 Abs. 6 KO., LeipzZ. 08 532. — Baumgarten, Zum § 70 KO., LeipzZ. 08 219. — Becker, Auflösung der Genossenschaft infolge des Konkurses und darauffolgende Fortsetzung der Genossenschaft auf Grund Generalversammlungsbeschlusses, HoldheimsMSchr. 08 216. — Behrend, Lebensversicherung und Gläubiger. III. Der Konkurs des Versicherungsnehmers, LeipzZ. 08 125. — Bendix, Der sog. Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ABürgR. 32 140 ff., bes. 240. — Bernstein, Die Wirkung der deutschen Konkursordnung im Lichte der Konkursstatistik, BankA. 8 136. — Boschan, Ansprüche aus Kreditverkäufen im Konkurse des Käufers, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung die gekaufte Ware lombardiert hat. — Breit, Grundlagen des internen Scheckrechts, GoldschmidtsZ. 64 445. — Breitling, Grundzüge des Konkursrechts und Konkursverfahrens, 2. Aufl., besorgt von Schöninger. Stuttgart 1908. — Breme, Kann ein Hypothekengläubiger während des Konkurses des Eigentümers des belasteten Grundstücks eine seiner Post vorgehende Belastung anfechten? LeipzZ. 09 540. — Birkenbihl, Gewährt die einem Angestellten für die von ihm gemachten Erfindungen zugesicherte Vergütung das Vorrecht des § 61 KO.? R. 08 326 ff. — v. Dassel, Wirkung eines mit dem Gemeinschuldner vor dem Konkurse geschlossenen Akkordvertrags in dem späteren Konkurse, R. 09 635. — Deumer, Ist eine neue öffentliche Bekanntmachung nach § 151 KO. erforderlich, wenn der Beschluß, durch den die Aussetzung der Abschlagsverteilung auf Antrag des Gemeinschuldners gemäß § 160 KO. angeordnet war, wieder aufgehoben wird? LeipzZ. 09 306. — Diederichs, Der Kuxschein, GoldschmidtsZ. 63 411. — Eckels, Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers im Konkurse des Eigentümers und in der Zwangsversteigerung, ZBlFG. 9 201 ff., bes. 204 ff., 211 ff. — Ermel, Ergreift der Postarrest des § 121 KO. die Fernsprechnachricht an den Gemeinschuldner? DJZ. 09 767. — Flatau, Die Anfechtung der Veräußerung einer fremden Sache, KGBl. 09 37. — Flechtheim, Das Absonderungsrecht des „Dritten" im Konkurse des Haftpflichtversicherungsnehmers, LeipzZ. 08 801. — Friedländer, Handaktenretentionsrecht des Anwalts im Konkurse des Auftraggebers, LeipzZ. 09 272 ff., 464 ff. — Friedländer, Ewald, Schutz und Verfolgung der Rechte des Gläubigers im Konkurse seines Schuldners. Dresden 1908. — Frommhold, Über das Jagdrecht, JheringsJ. 53 188 ff., insbes. 210 ff. — Fürst, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, LeipzZ. 08 407. — Geiger, Die Stellung unserer Rechtsprechung in der Frage des Umfanges der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, HoldheimsMSchr. 08 97. — Goldberger, Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehre mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. Ein Beitrag zum Vertretungsrechte. Berlin 1908. — Goldmann, Bindung des Konkursverwalters an formlose Zusagen des Gemeinschuldners, künftige Eigentümergrundschulden nicht geltend zu machen, LeipzZ. 09 358. — Gößmann, Die Bezeichnung des Bezugsberechtigten bei der Lebensversicherung auf Todesfall, ZVersWiss. 09 139 ff., 331 ff. — Hartmann, Kann ein Schuldner, welcher als Gemeinschuldner in Gemäßheit des § 125 KO. den Offenbarungseid geleistet hat, die nochmalige Leistung des gemäß § 807 ZPO. zu leistenden Eides auf Grund der Bestimmung des § 903 ZPO. verweigern? KGBl. 08 41. — Hecht, Kollision von Bestimmungen der Konkursordnung? DJZ. 09 1326. — Heine, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Konkursstrafrechts, LeipzZ. 08 849. — Derselbe, Zum Begriffe der Zahlungseinstellung, LeipzZ. 09 379. — Derselbe, Einfluß des Verlegerkonkurses auf schwebende Verlagsverträge, LeipzZ. 09 133. — Derselbe, Verhältnis des § 46 KO. zum § 281 BGB., LeipzZ. 09 843. — Hellwig, Der Konkursverwalter in der neueren Judikatur des Reichsgerichts, DJZ. 08 1198. — Herold, Über die Pflicht zur Herausgabe der Handakten, NaumburgAK. 08 47. — Hofmann, Können die Konkursgläubiger und die Realgläubiger während des Konkurses ihre Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner im ordentlichen Rechtsweg und im Mahnverfahren geltend machen? WürttZ. 50 325. — Hörle, Die Nachlaßpflegschaft nach §§ 1960, 1961 BGB., ZBlFG.

9 711 ff., 751 ff. — Jaeger, Der Konkursverwalter in der neueren Rechtsprechung, DJZ. **08** 1268. — Derselbe, Örtliche Zuständigkeit des Konkursgerichts, LeipzZ. **09** 662. — Derselbe, Laien als Konkursverwalter, LeipzZ. **09** 1. — Derselbe, Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Aufl., 2./4. Liefg. Berlin 1909. — Josef, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten, JheringsJ. **56** 159. — Derselbe, Berechtigung zum „Rückkaufe der Police", HoldheimsMSchr. **08** 29. — Derselbe, Veräußerung von Zubehör und Einziehung der Versicherungsforderung durch den Konkursverwalter, LeipzZ. **09** 521. — Derselbe, Der Einfluß des Konkurses auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, LeipzZ. **09** 829. — Derselbe, HoldheimsMSchr. **08** 29. — Derselbe, Beurkundung der Erklärung nicht gleichzeitig Anwesender in demselben Protokolle, ZBlFG. **10** 145. — Keidel, Die Entscheidungen auf dem Gebiete des Konkursrechts. Gesammelt und nach dem Systeme der KO. geordnet, mit Gesetzestext und Sachregister. 1. Ergänzungsband, enthaltend die Entsch. von 1896 bis 1908. Gießen 1908. — Kirchberger, Die Wirkung der Anfechtung gemäß § 30 KO. auf die der angefochtenen Pfändung nach § 845 ZPO. vorausgegangene Vorpfändung, LeipzZ. **08** 765. — Kisch, Vermeidung des Konkurses durch Vergleich, R. **09** 681. — Kleinrath, Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, LeipzZ. **08** 270. — Könige, Der österreichische Entwurf über den Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, LeipzZ. **08** 138. — Kreß, Konkurseröffnung und Selbsthilfeverkauf, R. **09** 123. — Kretzschmar, Nachlaßverwaltung, ZBlFG. **9** 447 ff., bes. 453. — Kurlbaum, Der Kostenerstattungsanspruch des Gemeinschuldners, LeipzZ. **08** 589. — Labes, Begriff und Fälle des Sonderkonkurses, GoldschmidtsZ. **62** 110. — Lehmann, Der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche, BuschsZ. **38** 68 ff. — Lenhard, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, BuschsZ. **38** 165 ff. — Derselbe, Sperrung des Grundbuchs durch Konkurseröffnung? LeipzZ. **09** 905 ff. — Levetzow, Der Kostenerstattungsanspruch des Gemeinschuldners, LeipzZ. **08** 587. — Linckelmann, Zur Verfügung des Herrn X., JW. **09** 263. — Lubowski, Eigentumsvorbehalt, ZBlFG. **9** 68. — Meili, Die geschichtliche Entwickelung des internationalen Konkursrechts (in Festschrift für v. Bar). Zürich 1908. — Mendelssohn-Bartholdy, Reformen im englischen Konkursrechte, DJZ. **09** 574. — Merckens, Ist die Genossenschaft verpflichtet, im Konkurse ihres Mitglieds dessen Geschäftsguthaben gegen ihre Konkursforderung aufzurechnen? Verliert sie die Aufrechnungsbefugnis, wenn sie von ihr keinen Gebrauch macht? BlGenossW. **09** 54. — Meuret, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Haftpflichtversicherten, LeipzZ. **08** 900. — Mosler, Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners nach Beendigung des Konkursverfahrens, R. **09** 343. — Müller, Die Wirkung der heutigen exceptio rei venditae et traditae (§ 986 BGB.) im Konkurse, LeipzZ. **08** 684. — Naucke, Leitfaden für Konkursgläubiger und Gemeinschuldner. Leipzig 1908. — Nissen, Die Gläubigeranfechtung und der § 1124 BGB., LeipzZ. **09** 838. — Derselbe, Handaktenretentionsrecht des Anwalts im Konkurse des Auftraggebers, JW. **09** 89, LeipzZ. **09** 384. — Ottenheimer, Sind Erfüllungsgeschäfte anfechtbar? WürttRpflZ. **1** Beibl. und Stuttgart 1908. — Otto, Doktrinarismus in der deutschen Zivilrechtspflege, SächsRpflA. **09** 513 ff., insbes. 514 ff. — Pasquai, Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurs und ihre Befugnisse, GoldschmidtsZ. **65** 409 ff. — Peiser, Kontrahieren des Gewalthabers mit sich selbst usw., PosMSchr. **08** 3. — Pollak, Laien als Konkursverwalter, LeipzZ. **09** 660. — Raape, Das gesetzl. Veräußerungsverbot. Berlin 1908. — Reichel, Die Schuldmitübernahme. Bd. 19 von Fischers Abhdlg. z. PrivR. u. ZPr. d. D. Reichs. München 1909. — Derselbe, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 ZPO.). Ihre bürgerlich-rechtlichen Wirkungen, JheringsJ. **53** 108 ff., insbes. 156. — Derselbe, Arrestverfahren und Anfechtungsklage, R. **08** 329. — Reinhard, Ist die Genossenschaft verpflichtet, im Konkurs ihres Mitglieds dessen Geschäftsguthaben gegen ihre Konkursforderung aufzurechnen? Verliert sie die Aufrechnungsbefugnis, wenn sie von ihr keinen Gebrauch macht? BlGenossW. **08** 607 und **09** 457. — Riehl, Das System des deutschen Gläubigeranfechtungsrechts, GruchotsBeitr. **53** 162. — Rintelen, Zur Frage der Nachhaltigkeit der Konkurswirkungen im deutschen und österreichischen Konkursrechte, GoldschmidtsZ. **61** 147. — Rundstein, Zur Theorie des interlokalen Konkursrechts, GoldschmidtsZ. **63** 145. — Sachße, Zur Prämienrückzahlungspflicht der unwiderruflich begünstigten Ehefrau beim Konkurse des lebensversicherten Ehemanns, LeipzZ. **08** 440. — Saeger, Die Vergütung des Konkursverwalters, LeipzZ. **08** 141. — Sarl, Konkurs des stillen Gesellschafters, LeipzZ. **08** 903. — Schimmelbusch, Der Tod des Gemeinschuldners, RheinA. **107** 32 ff. — Scholz, Die Rechtsstellung der Fernsprechverwaltung im Konkurse des Anschlußteilnehmers, GruchotsBeitr. **52** 359. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen, ABürgR. **32** 12 ff., insbes. 18,

19, 52. — Senst, Die Verwaltung von Konkursen nach der Reichskonkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1908. — v. Seuffert, Die konkursrechtlichen Vorschriften des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, LeipzZ. **09** 97. — Silberstein, Vor dem Konkurse. Praktische Ratschläge für Gläubiger und Schuldner. Straßburg 1908. — Stiebeling, Das Recht der Anfechtung nach der KO. Berlin 1908. — Derselbe, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. Textausgabe. München 1908. — Auf Grund der Rechtspr. des RG. in Form eines Kommentars zu den §§ 29—42 und in Auszügen aus den Entscheidungen dargestellt. — Strasser, Art und Umfang des Vorbehaltsguts der Ehegatten. Heidelberg. Diss. 1909. — Thiele, Fällt die nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Verkäufers diesem bewilligte Stempelermäßigung in die Konkursmasse? LeipzZ. **09** 912. — Ullmann, Zur Frage der Anfechtbarkeit von Eheverträgen, LeipzZ. **09** 447. — Voß, Die konkursmäßige Behandlung der sog. titulierten Forderungen nach §§ 152 ff., LeipzZ. **09** 455. — Derselbe, Über die Anwendung des § 265 Abs. 2 ZPO. auf Konkursfeststellungsprozesse, LeipzZ. **08** 732 ff., 840 ff. — Derselbe, Über den Schutz des Veräußerungsverbots (§§ 135, 136 BGB.) gegen Beseitigung der Veräußerung im Konkurs- und Anfechtungsfällen, LeipzZ. **09** 755. — Derselbe, Anfechtung des Engagementsvertrags eines Handlungsgehilfen seitens seiner Gläubiger, SächsRpflA. **08** 526. — Derselbe, Konkursanfechtung und Nachtragsverteilung, GoldschmidtsZ. **61** 419. — Derselbe, Die Unanfechtbarkeit sittlich gebotener Erfüllungshandlungen, LeipzZ. **08** 213. — Derselbe, Die Sperrwirkung des Konkursvermerkes, ZBlFG. 8 569. — Derselbe, Die Besitzergreifung des Konkursverwalters, GoldschmidtsZ. **62** 356. — Wach, Zwei konkursrechtliche Fragen. I. Der Offenbarungseid im Konkurse. II. Die Grundlosigkeit des Konkurses, LeipzZ. **09** 590 ff., 592 ff. — Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Rechtswiss. Studien **23**. Berlin 1908. — Willenbücher, Konkursordnung und Anfechtungsgesetz. 3. Aufl., bearbeitet von Günther. Berlin 1909. — Derselbe, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Aufl., vollständig neu bearbeitet von Günther. Berlin 1908. — Wolcke, Die Beschränkung des Brief- und Telegraphengeheimnisses im Konkurse, EisenbE. **25** 101. — Wolff, Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse, LeipzZ. **08** 36 ff., 107 ff. — v. Ziegler, Fusion von Aktiengesellschaften, HoldheimsMSchr. **09** 57, 113, 139, 169.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. A. Dogmatisches. I. Über wen kann der Konkurs verhängt werden? Schwarz, ABürgR. **32** 52 ff. Da der Zweck des Konkurses die Liquidierung der Schulden ist, so kann man über jedes Vermögen, das Schulden haben kann, auch einen Konkurs verhängen. Die herrschende Lehre liebt es, den Konkurs nicht als den Konkurs eines Vermögens, sondern als den einer Person, eines „Rechtssubjekts" zu konstruieren. Hieraus entstehen Schwierigkeiten. Der Konkurs bedeutet nicht einen persönlichen Zustand des Gemeinschuldners, sondern eine gewisse veränderte Zweckbestimmung eines Vermögens. Da eine Person mehrerlei Vermögen, mehrere Personen ein gemeinsames Vermögen haben können, so ist es einerseits möglich, daß nicht das allgemeine Vermögen, sondern irgendein Sondervermögen des A. in Konkurs gerät (Sonderkonkurs), andererseits, daß das gemeinsame Vermögen mehrerer im Konkurs ist. Beispiele dafür sind der Konkurs der Handelsgesellschaften und der Nachlaßkonkurs in Fällen, wo der Nachlaß mehreren Erben zukommt. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auch über eine nichtige Aktiengesellschaft und über eine nicht rechtsfähige Privatgesellschaft ein Konkursverfahren eröffnet werden kann, obwohl in beiden Fällen ein Rechtssubjekt nicht vorhanden ist.

II. Konkursvermögen und allgemeines Vermögen des Gemeinschuldners. Schwarz aaO. Das Konkursvermögen ist zwar das Vermögen des A., doch nicht des A. „als solchen", sondern des A. „als Gemeinschuldners". Das heißt: dieses Vermögen ist nicht den allgemeinen, wie immer gearteten Interessen des A., sondern nur jenem einzigen Interesse dienstbar, daß seine Konkursgläubiger befriedigt werden. A. „als solcher" kann gegen A. „als Gemeinschuldner" klagen, z. B. wenn der Gläubigerausschuß mit ihm einen Dienstvertrag geschlossen, oder ihm einen Unterhalt gewährt hat; und zwar klagt er zugunsten des

seinen allgemeinen Interessen dienstbaren Vermögens gegen dasjenige Vermögen, welches den Konkursinteressen dient. Das allgemeine Vermögen des A. ist von dem Konkursvermögen dermaßen abgesondert, daß, wenn er während des Konkurses des alten ein neues Geschäft anfängt und in demselben neue Schulden kontrahiert, über das Vermögen des neuen Geschäfts ein neuer Konkurs verhängt werden kann. Ja es ist begrifflich nicht ausgeschlossen (falls das positive Gesetz es nicht verbietet), daß, wenn die Masseschulden des Konkurses allzusehr überhand nehmen, die Konkursmasse selber in Konkurs gerät.

III. Universal- und Sonderkonkurs. *Labes, GoldschmidtsZ. **62** 110 ff. 1. Zwischen dem Universalkonkurs und dem Sonderkonkurs, bei dem eine Sonderung sowohl bezüglich der Aktivmasse wie bezüglich der Passivmasse stattfindet, sind einzuschieben die Fälle eines Sonderkonkurses mit Sonderung nur bezüglich der Aktivmasse; zwischen dem Sonderkonkurse mit doppelter Sonderung und dem Absonderungsrechte steht das Konkursverfahren mit Bildung getrennter Massen. 2. Die Fälle a) des Sonderkonkurses mit doppelter Sonderung sind: der Konkurs über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins, einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, eines Nachlasses, des Gesamtguts bei fortgesetzter Gütergemeinschaft, über Lehen, Stammgut, Familienfideikommißvermögen (landesrechtlich, § 5 EGKO.), der Erstkonkurs im Verhältnisse zum Zweitkonkurs, der Erbenkonkurs bei beschränkter Haftung des Erben, der Konkurs über das Vermögen einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau, wenn nur Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind. Kein Konkurs über das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (115), einer Reederei (116); kein Sonderkonkurs über die mit einem Nießbrauche belasteten Vermögensrechte, das Gesamtgut der in Liquidation befindlichen Gütergemeinschaft (119). b) Sonderkonkurse mit Sonderung nur in betreff der Aktivmasse sind: der Konkurs über das inländische Vermögen im Falle des § 238 KO., über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters, der Erbenkonkurs (schlechthin und tatsächlich bei unbeschränkter Haftung des Erben), der Zweitkonkurs, der Konkurs über das allodiale Vermögen des Lehen-, Stammgut-, Familienfideikommißbesitzers, falls § 5 EGKO. angewendet ist. c) Konkursverfahren mit Bildung getrennter Massen: HypBankG. § 35, PrivVersG. §§ 51 und 61, Konkurs über das Vermögen der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau, wenn nicht nur Vorbehaltsgutsgläubiger vorhanden sind, § 128 KO. (Vorerbenkonkurs), § 228 KO., § 2336 BGB.; nicht: § 289 HGB., § 850 vorl. Abs. ZPO., § 4 Ziff. 3 LohnBG. d) Zulässigkeit eines Zweitkonkurses (126). Die Gläubiger des Erstkonkurses nehmen am Zweitkonkurse teil, aber nur in Höhe des Ausfalls (136).

IV. Tod des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 35 ff. Der Tod des Gemeinschuldners hat keinen sachlichen Einfluß auf das Konkursverfahren: keine Aufhebung oder Einstellung, keine Unterbrechung des Verfahrens, kein Übergang in einen Nachlaßkonkurs. Die Zuständigkeit des Gerichts bleibt unberührt, die Person des Verwalters erleidet keinen Wechsel, die Bildung des Teilungsmasse, die Feststellung der Forderungen, die Abschlagsverteilungen erleiden keine Verzögerung, Prozesse, die nach der Konkurseröffnung vom Verwalter oder gegen ihn aufgenommen worden sind, werden nicht unterbrochen. Der Tod des Gemeinschuldners verändert also weder den Umfang der Masse, noch den Kreis der Gläubiger. Daher: die Konkursgläubiger können das beim Tode des Gemeinschuldners vorhandene Vermögen, das nicht zur Masse gehört, nach dessen Tode, solange der Konkurs schwebt, nicht zur Masse ziehen. Andererseits: Solche Gläubiger des Gemeinschuldners, deren

Anspruch erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, können nach dem Tode des Gemeinschuldners während der Dauer des Konkurses sich nur aus dessen nicht zur Konkursmasse gehörendem Vermögen befriedigen und nicht etwa am Konkurse teilnehmen. Auf den Umfang der Teilungsmasse wirkt der Tod des Gemeinschuldners ein, wenn der Gemeinschuldner Nießbraucher, Renten- oder Pensionsberechtigter, Vorerbe, Mieter war.

B. Rechtsprechung und Aufsätze vorwiegend praktischen Inhalts. I. Allgemeines. 1. Bedeutung der Konkurseröffnung. **RG.** (Straff.) **41** 256. Die Konkurseröffnung enthält eine Beschlagnahme des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens im Sinne des § 137 StGB.

2. Rechtliche Stellung der Konkursmasse (vgl. auch § 6). **a)** **RG.** (Straff.) LeipzZ. **08** 303. Die Konkursmasse ist kein Rechtssubjekt, demgegenüber eine Unterschlagung begangen werden kann. Als Rechtsobjekt gehört sie weder dem Konkursverwalter, noch den Gläubigern, sondern ist Eigentum des Gemeinschuldners. Nur gegen ihn kann sich die Unterschlagung einer zur Masse gehörenden Sache richten, auch wenn die Unterschlagung erst nach der Konkurseröffnung begangen wird. Eignet sich ein Bevollmächtigter des Gemeinschuldners Gelder an, die er für diesen eingezogen hat, so macht er sich der Untreue (§ 266 Ziff. 2 StGB.) auch dann schuldig, wenn die Einziehung nach dem durch den Konkurs des Vollmachtgebers bewirkten Erlöschen der Vollmacht, aber ohne Kenntnis des Erlöschens erfolgt ist. **b)** BayObLG. **8** 240 (Bay. ObLG.). Die Konkursmasse, das gemäß § 6 der Verwaltung und Verfügung des Konkursverwalters unterworfene Vermögen des Gemeinschuldners, ist eine dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners gegenüber in gewissem Maße selbständige Vermögensmasse; es ist ihr aber nicht die Befugnis beigelegt, Rechte zu erwerben oder Verbindlichkeiten einzugehen, sie hat auch keinen eigenen Namen, unter dem sie im Rechtsverkehr auftreten könnte. Sie darf daher nicht als Eigentümer oder sonstiger Berechtigter im Grundbuch eingetragen werden. Dagegen ist es zulässig, auf Grund einer Auflassung, in der eine Konkursmasse als Erwerber eines Grundstücks bezeichnet ist, den Gemeinschuldner als Eigentümer und gleichzeitig die Konkurseröffnung einzutragen. **c)** BayNotZ. **07** 247, DNotV. **08** 426, ZBlFG. **8** 256, DJZ. **08** 880 (BayObLG.). Die Konkursmasse kann nicht als Eigentümerin eines vom Konkursverwalter für sie erworbenen Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden. Es ist jedoch bei Entscheidung über einen solchen Antrag des Verwalters gemäß § 133 BGB. zu prüfen, ob nicht etwa die Eintragung des Gemeinschuldners als Eigentümers und zugleich die Eintragung des Konkursvermerkes nach § 113 KO. begehrt wird; diesem Antrag ist stattzugeben.

II. Umfang der Konkursmasse. 1. Im allgemeinen. Unterlassungsansprüche. Lehmann, BuschsZ. **38** 68, untersucht die dem Kridar zustehenden Unterlassungsansprüche — und zwar sowohl die obligatorischen, wie die auf Ausschlußrechten infolge absolut geschützter Rechtsgüter beruhenden — auf ihre Zugehörigkeit zur Konkursmasse. Nach Ansicht des Verf. schließt der Mangel der Selbständigkeit des Anspruchs seine Zugehörigkeit zur Masse nicht aus, wenn das Recht einem Vermögensstück oder -inbegriffe dient, der zur Masse gehört. Verf. behandelt sodann den Charakter der gegen den Gemeinschuldner gerichteten Unterlassungsforderungen. Schließlich wird der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche und -pflichten erörtert.

2. Handelsgeschäft. Firma. **a)** OLG. **19** 231, R. **09** Ziff. 2831 (Braunschweig). Im Nachlaßkonkurs unterliegt das von den Erben fortgeführte Geschäft des Erblassers dann nicht dem Beschlagsrechte des Konkursverwalters, wenn es mit dem ererbten Geschäfte nicht mehr identisch ist. Dies wird dann nicht

der Fall sein, wenn seit dem Erbfalle schon längere Zeit verstrichen ist. b) RJA. **9** 46, ZBlFG. **8** 438, DNotV. **08** 762, R. **08** Ziff. 44 (KG.). Zur Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Firma durch den Konkursverwalter bedarf es der Einwilligung des Gemeinschuldners. Die Firma beruht im Namenrecht und ist daher kein in die Konkursmasse fallendes Vermögensrecht (**RG. 9** 106, **58** 169, Jaeger § 1 Anm. 6 u. a.). Dies gilt auch, wenn der Name des Gemeinschuldners nicht in der Firma enthalten ist; denn auch solche Firma ist Handelsname des Kaufmanns.

3. Geschäftsanteil an einer GmbH. a) **RG. 70** 64, JW. **09** 27, ZAktGes. **16** 110. Der Geschäftsanteil an einer GmbH. gehört auch dann zur Konkursmasse des Inhabers, wenn seine Veräußerung satzungsgemäß nur mit Genehmigung der Gesellschaft zulässig, die Genehmigung aber nicht erteilt ist. b) OLG. **16** 116, HansGZ. **08** Beibl. 57 (Hamburg). Zur Konkursmasse gehört auch der Geschäftsanteil des Gemeinschuldners an einer GmbH., folgeweise auch die Befugnis, die Auflösung der Gesellschaft im Wege der Klage nach § 61 GmbHG. zu verlangen. Diese Befugnis trägt keinen höchstpersönlichen Charakter.

4. Versicherungsansprüche. a) Josef, HoldheimsMSchr. **08** 29 ff. Die dem Versicherungsnehmer zustehenden Rechte, die Versicherung zu kündigen und sie in eine prämienfreie zu verwandeln, sind nicht höchstpersönliche, sondern rein vermögenswerte Rechte, die an sich zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen gehören und folglich im Konkurse des Versicherungsnehmers zur Konkursmasse gehören, danach auch vom Konkursverwalter ausgeübt werden können. Dagegen können diese Rechte auf Kündigung und Umwandlung nicht für die einzelnen Gläubiger des Versicherungsnehmers gepfändet werden, denn die Pfändung kann begrifflich nur in Höhe der beizutreibenden Forderung erfolgen und ist daher unzulässig, wenn der zu pfändende Anspruch nur einheitlich und unteilbar ausgeübt werden kann. b) Vgl. auch v. Seuffert, LeipzZ. **09** 97 ff. Verf. bespricht die konkursrechtlichen Vorschriften des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag, und zwar α) diejenigen, die sich auf den Konkurs des Versicherers (§§ 13, 40 Abs. 3 aaO.), β) diejenigen, die sich auf den Konkurs des Versicherungsnehmers beziehen (§§ 14 Abs. 1, 15, 98, 157 das.). c) **RG.** JW. **09** 500, auch ThürBl. **55** 188 (Jena). Der Konkursverwalter, der die Forderung einer Berufsgenossenschaft auf Entschädigung eines im Betriebe des Gemeinschuldners verunglückten Arbeiters anerkennt, kann von der Versicherungsgesellschaft, bei welcher der Gemeinschuldner, ein Angehöriger der Berufsgenossenschaft, seine Arbeiter gegen Unfälle versichert hat, Ersatz der anerkannten Forderung in voller Höhe und nicht nur nach Verhältnis des auf die Genossenschaft im Konkurs entfallenden Prozentsatzes verlangen. Bei gegenteiliger Annahme würde die Gesellschaft einen durch nichts gerechtfertigten Gewinn aus dem zufälligen und das Regreßverhältnis nicht berührenden Umstande ziehen, daß ihr Gläubiger nicht mehr in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. d) LeipzZ. **08** 172 (Frankfurt). Das Rückkaufsrecht aus einer Lebensversicherung gehört zur Konkursmasse. e) OLG. **16** 371 (Stuttgart). Eine vom Gemeinschuldner genommene Versicherung zugunsten eines Dritten, der die Versicherungssumme erst bei deren Fälligkeit erwerben soll, kann im Konkurse des Versicherungsnehmers vom Verwalter widerrufen werden.

5. Anspruch des Mandanten gegenüber seinem Anwalt auf Herausgabe der Handakten. a) Friedländer, LeipzZ. **09** 272 ff., 464 ff. Der zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Anspruch des Gemeinschuldners auf Herausgabe der Handakten des Rechtsanwalts gehört zur Konkursmasse, soweit die Handakten einen selbständig realisierbaren Vermögenswert haben oder mit zur Konkursmasse gehörigen Rechten in Zusammenhang stehen (nicht also bei Status- und Privatklagen usw.). b) AM. Nissen, JW. **09** 89, LeipzZ.

09 384. Das Recht auf Herausgabe der Handakten ist ein Persönlichkeitsrecht, das mit dem dem Mandanten gegenüber dem Anwalte zustehenden Rechte auf Verschwiegenheit nahe verwandt ist. Es gehört also grundsätzlich nicht zur Konkursmasse; der Anwalt hat ein Retentionsrecht gegenüber dem Verwalter. **c)** Herold, NaumburgAK. **08** 47, wendet sich gegen Friedländer. Er erkennt eine beschränkte Herausgabepflicht nur hinsichtlich einzelner Teile der Handakten an, die er des näheren bezeichnet. Im übrigen spricht er sich für ein Zurückbehaltungsrecht des Anwalts gegenüber dem Konkursverwalter seines Mandanten aus.

6. Auf Familienrechten beruhende Vermögensansprüche. **a)** HansGZ. **09** Beibl. 157 (Hamburg). Schließt eine Ehefrau mit ihrem Manne als dem Vertreter der beiderseitigen minderjährigen Kinder einen Vertrag ab, so kann sie ihn, da der Mann insoweit zur Vertretung nicht befugt ist (§§ 1630, 1795 BGB.), bis zur Genehmigung durch einen berechtigten Vertreter widerrufen, sofern ihr der Mangel der Vertretungsmacht unbekannt war (§ 178 aaO.). Dieses Widerrufsrecht ist kein höchstpersönliches Recht; es unterliegt vielmehr der Zwangsvollstreckung und kann daher auch vom Konkursverwalter ausgeübt werden, solange ein berechtigter Vertreter der Kinder noch nicht genehmigt hat. **b)** LeipzZ. **09** 488 (Naumburg). Über die Behandlung des eingebrachten Gutes im Konkurs einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau fehlt es sowohl im BGB. wie in der KO. an gesetzlichen Bestimmungen. Jedenfalls bleibt das Recht des Ehemanns am eingebrachten Gute von der Konkurseröffnung im allgemeinen unberührt. Aus allgemeinen Grundsätzen folgt jedoch, daß dieses Gut insoweit von den Konkursgläubigern in Anspruch genommen werden kann, als sie sich auch außerhalb des Konkurses ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns an dieses Gut halten können, insoweit also der Ehemann die Zwangsvollstreckung in dieses Gut dulden muß.

7. Erbrechtliche Ansprüche und Verwandtes. **a)** SächsOLG. **30** 512, LeipzZ. **09** 794 (Dresden). Eine dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung als Nacherben angefallene und von ihm angenommene Erbschaft gehört zur Konkursmasse, wenn der Erbfall vor der Konkurseröffnung eingetreten ist. **b)** ElsLothJZ. **09** 189 (Colmar). Ein Pflichtteilsanspruch gehört nach § 1 KO., § 852 ZPO. nur dann zur Konkursmasse, wenn er zur Zeit der Konkurseröffnung durch schriftlichen Vertrag (§ 780 BGB.) anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Ein mündliches Anerkenntnis bei einer Abrechnung genügt nicht; nur das mündliche Anerkenntnis des Ergebnisses der Abrechnung ist gemäß § 782 BGB. rechtswirksam. **c)** BayRpflZ. **09** 458 (Nürnberg). Eine nach dem RGes. vom 31. Mai 1901 einer Witwe gewährte Witwenbeihilfe gehört zur Konkursmasse, wenn sie nach dem Tode der Berechtigten und nach Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlaß angewiesen wird. Der Nachlaßkonkurs ergreift auch Gegenstände, auf die sich ein zu Lebzeiten des Erblassers eröffnetes Konkursverfahren nicht erstreckt hätte; denn Pfändungsverbote, die dem vermögenslosen Schuldner Dasein und Fortkommen ermöglichen sollen, werden nach seinem Tode unanwendbar.

8. Andere Ansprüche. **a)** Heine, LeipzZ. **08** 849. Der Anspruch des Gemeinschuldners auf Lieferung eines nach Maß bestellten Rockes gehört, sofern nicht besondere, eine andere rechtliche Auffassung rechtfertigende Umstände vorliegen, zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners (abweichend **RG.** [Straff.] **40** 105). **b)** Thiele, LeipzZ. **09** 912. Die nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Käufers diesem bewilligte Stempelermäßigung fällt in die Konkursmasse (vgl. auch das dort mitgeteilte Urteil des OLG. Königsberg).

III. Versehentliche Nichteinbeziehung von Vermögensstücken in die Konkursmasse. DJZ. **09** 1154, R. **09** Ziff. 3154 (Stutt-

gart). Ist eine Forderung des Gemeinschuldners versehentlich nicht zur Masse gezogen worden, so kann daraus gegenüber der Klage eines späteren Zessionars kein Einwand hergeleitet werden.

IV. Geltendmachung der Beschlagsfreiheit von Vermögensstücken. a) OLG. **19** 231, R. **09** Ziff. 2830 (Braunschweig). Hat der Konkursverwalter ohne Hilfe des Gerichtsvollziehers die Konkursmasse in Besitz genommen, so kann der Gemeinschuldner die Beschlagsfreiheit von Vermögensstücken nicht im Wege der Einwendung nach § 766 ZPO., sondern nur durch ordentliche Klage gegen den Konkursverwalter geltend machen (so auch **RG. 37** 398, Jaeger, KO. [2] Anm. 50 zu Ziff. 1, Petersen-Kleinfeller, KO. [4] Anm. 1 zu § 1 u. a.; aM. namentlich Hellmann, DKR. 434, 435 § 41, Kohler, Leitfaden zum DKR. [2] 236 § 48, Seuffert, DKPrR. § 45 Anm. 2, § 280, SeuffA. **51** 249). ➠ (Die hier vertretene Ansicht wird u. a. aus der Entstehungsgeschichte des § 766 ZPO. begründet. Wenn dieser eingeführt worden sei, weil Streitigkeiten über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ihrer Einfachheit halber für die kollegialische Beratung ungeeignet seien, so treffe dies für die Streitigkeiten über den Umfang der Konkursmasse nicht zu). ⬅ b) OLG. **17** 189 (Breslau). Der Anspruch des Gemeinschuldners auf Freigabe der zur Masse gezogenen Vermögensstücke, welche einer Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, ist nicht im Wege der Erinnerung (ZPO. § 866), sondern nur im Wege der Klage zu verfolgen.

C. Zu Abs. 3. Mosler, Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners nach Beendigung des Konkursverfahrens, R. **09** 343. Verf. erörtert die Frage, was nach Beendigung des Konkurses mit den Büchern des Schuldners geschieht, wenn dieser sich weigert, sie vom Verwalter zurückzunehmen oder wenn er geflüchtet oder gestorben ist und seine Erben unbekannt sind oder die Erbschaft ausgeschlagen haben. Verf. gelangt in analoger Anwendung des § 44 HGB. und unter Heranziehung der §§ 157, 302 das. zu folgenden Ergebnissen: Der Konkursverwalter muß die Bücher des Gemeinschuldners aufbewahren, aber nur, sofern und soweit der Gemeinschuldner selbst zur Aufbewahrung verpflichtet wäre, also (§ 44) nur, sofern es sich um einen Vollkaufmann handelt und nur auf die Dauer von 10 Jahren. Seiner Aufbewahrungspflicht genügt er durch Hinterlegung der Bücher an einem sicheren Orte (vgl. § 302 HGB.). Mit der Hinterlegung geht die Gefahr auf den Gemeinschuldner oder seine Rechtsnachfolger über; event. muß das Gericht aus § 1913 BGB. Vorsorge treffen. Nach Ablauf der 10jährigen Frist werden die Bücher nach fruchtloser öffentlicher Aufforderung zu vernichten sein; Verwertung ist nach § 117 KO. ausgeschlossen ➠ (auch die Bestimmung bei der Hinterlegung, daß die Bücher nach Ablauf der Frist in das Eigentum des Hinterlegenden übergehen sollen, ist unzulässig, da hierin eine unzulässige Verwertung liegen würde). ⬅ Die Bücher von Minderkaufleuten sind nach öffentlicher Aufforderung zu vernichten.

§ 2. *Labes, GoldschmidtsZ. **62** 118, 129. Behandlung des Konkurses der im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau vgl. § 1 A III Ziff. 2 a und c. Die Vollgläubiger werden aus dem Vorbehaltsgute nur in Höhe des Ausfalls befriedigt (136).

§ 3. 1. Konkursforderungen. „Zur Zeit der Eröffnung begründet". a) HansGZ. **09** Beibl. 46 (AG. Hamburg). Wenn der Ersteher eines Grundstücks, aus dessen Bargebot eine Hypothek zu decken ist, in Konkurs gerät und der Hypothekengläubiger darauf die Zwangsverwaltung beantragt, sind die Kosten dieses Antrags nicht schon als „zur Zeit der Konkurseröffnung begründet" (§ 3) anzusehen. Sie sind also nicht einfache Konkursforderung, sondern eine nachher gegen den Gemeinschuldner erwachsene Forderung und sind demnach auch im Falle eines Zwangsvergleichs in voller Höhe zu erstatten. b) **RG.** LeipzZ. **08** 606,

R. **08** Ziff. 1254. Hat ein Gläubiger, dem der Anspruch des Schuldners aus einem Lebensversicherungsvertrage verpfändet worden ist, die nach der Eröffnung des Konkurses über das Schuldnervermögen fällig werdenden Prämien für den Schuldner bezahlt, so sind seine hieraus entspringenden Erstattungsansprüche keine Konkursforderungen (sie waren zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begründet).

2. Gläubiger, die vor der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner akkordiert haben. a) R. **09** Ziff. 2223 (Hamburg). Wenn ein in Zahlungsschwierigkeiten geratener Schuldner mit seinen Gläubigern unter Festsetzung einer Akkordquote einen Vergleich schließt, so hat dieser Vergleich grundsätzlich auch für den nachfolgenden Konkurs Geltung, so daß die Gläubiger nur die Akkordquote im Konkurs als ihre Forderungen anmelden können. Nur bei besonderer Lage des Falles — die allerdings in der Regel dann gegeben sein wird, wenn der Akkord allein in der prozentualen Herabsetzung der Gläubigerforderung besteht — läßt sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Schluß ziehen, daß der Akkord unter der stillschweigenden Bedingung geschlossen ist, daß es nachträglich nicht zum Konkurse kommt. b) v. Dassel, R. **09** 635, billigt diese Entscheidung.

3. Ansprüche des Pfandgläubigers und des Verpfänders im Konkurse des Schuldners. **RG.** LeipzZ. **08** 458, BankA. **7** 380, R. **08** Ziff. 1809. Hat der Inhaber einer Forderung, für welche ein Dritter ein Pfand bestellt hat, diese Forderung ganz — also einschließlich des sichergestellten Teiles — zum Konkurse des Schuldners angemeldet, und ist die ganze Forderung im Prüfungstermine festgestellt worden, so kann der Dritte, der demnächst infolge der von ihm geleisteten Sicherheit den Gläubiger für den sichergestellten Teil befriedigt, auf Grund des § 1225 BGB. für seine durch die Zahlung entstandene Forderung nicht die Zulassung zur Konkursmasse beanspruchen. Bis zur vollen Deckung seines Guthabens hat der Gläubiger neben seinem Rechte aus der Sicherheit den Anspruch auf Zulassung zur Konkursmasse für seine ganze Forderung.

4. Zurückbehaltungsrecht im Konkurse. *Th. Wolff, LeipzZ. **08** 36 ff., 107 ff. Der Konkursgläubiger verliert das Zurückbehaltungsrecht durch die Konkurseröffnung. Für Ansprüche, welche nicht zu den Konkursforderungen gehören, bleibt das Zurückbehaltungsrecht bestehen. Hierzu gehören u. a. die klaglosen Ansprüche, die verjährten Forderungen nur, wenn der Verwalter die Verjährung geltend macht. Der Besitzer behält für die Verwendungen das Zurückbehaltungsrecht, solange nicht der Verwalter den Verwendungsanspruch dem Grunde nach anerkennt; ähnlich der Erbschaftsbesitzer. Das Zurückbehaltungsrecht der Massegläubiger wird durch den Konkurs nicht beeinflußt.

5. Gemeindegewerbesteuer. PrOVG. **52** 155. Die Konkurseröffnung hat weder das Erlöschen der Steuerpflicht zur Folge, noch stellt sie eine nach der Veranlagung eingetretene neue Tatsache dar, auf welche eine unbefristete Beschwerde gegen die Heranziehung gestützt werden könnte.

§ 4. 1. Vgl. Breme zu § 36.

2. Verwertung von Zubehörstücken eines zur Masse gehörigen Grundstücks durch den Verwalter. **RG. 69** 85, JW. **08** 561, SchlHolstAnz. **08** 193, BayRpflZ. **08** 398, DJZ. **08** 1033, R. **08** Ziff. 2716. Die Verwertung von Zubehörstücken eines zur Masse gehörigen Grundstücks durch den Konkursverwalter ist zwar keine Pfändung, sie steht aber materiell einer Pfändung gleich und wirkt auf Dritte, denen das Gesetz ein Widerspruchs- oder ein Vorzugsrecht für den Fall einer Zwangsvollstreckung beigelegt hat, wie eine Pfändung. Deshalb ist die rechtliche Stellung der Absonderungsberechtigten zu der durch den Konkursverwalter erfolgten Veräußerung von Zubehör — wenn sie sich nicht als eine zur ordnungsmäßigen Fortführung der Wirtschaft gehörige Maßregel und somit als eine

zulässige Verwaltungshandlung rechtfertigen läßt — so zu beurteilen, wie wenn die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung für persönliche Gläubiger stattgefunden hätte. Den Absonderungsgläubigern steht sonach — und zwar auch, wenn sie gegen die Veräußerung keinen Widerspruch erhoben haben — das Recht zu, den Erlös für die Immobiliarmasse in Anspruch zu nehmen. Vgl. § 6.

§ 6. I. Allgemeines. a) Schimmelbusch, RheinA. **107** 58. Die Vorschrift des § 6 findet im Falle des Todes des Gemeinschuldners auf den Erben Anwendung. **b)** Lenhard, vgl. zu § 7.

II. Zu Abs. 1. Rechtsstellung des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung. 1. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Grundbuchverfahren. a) Josef, LeipzZ. **09** 829. Der infolge des Konkurses eintretende Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter (§§ 6, 7 KO.) hat eine Entziehung jener Befugnisse für den Gemeinschuldner zur Folge, so daß von da ab Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als unbefugt erscheinen. Daher hat in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffen, das Gericht Anträge des Gemeinschuldners abzulehnen und an seiner Stelle zum Verfahren den Konkursverwalter zuzuziehen; es hat insbesondere die Eintragung in öffentliche Bücher und Register abzulehnen, wenn sie auf Grund von Anträgen und Bewilligungen des Gemeinschuldners verlangt wird. **b)** **RG. 71** 38, ElsLothZ. **34** 421, JW. **09** 365. Verfügungen des Gemeinschuldners, die erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen oder (§ 878 BGB.) beim Grundbuchamt eingereicht werden, können nicht zu Eintragungen im Grundbuche führen (dagegen in ständiger Rechtsprechung das KG., vgl. § 7 A 1 Ziff. 3 b, § 15 Ziff. 1 a).

2. Können die Konkursgläubiger den Gemeinschuldner während des Konkurses im ordentlichen Rechtsweg und im Mahnverfahren belangen?. Hofmann, WürttZ. **50** 325, verficht die Ansicht, daß die Konkurs- und Realgläubiger während des Konkursverfahrens ihre Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner im ordentlichen Rechtsweg und im Mahnverfahren geltend machen können. Von dem Satze ausgehend, daß die Konkurseröffnung die Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners nicht berühre (so die h. M., aA. insbes. Jaeger), meint er, daß es Interessen des Gläubigers gebe, die ihn von der Verfolgung seiner Rechte im Konkursverfahren zurückhielten. Voraussetzung des Prozeß- und Mahnverfahrens sei jedenfalls die Nichtanmeldung der Forderung im Konkurse. Gegenüber der Klage oder dem Zahlungsbefehle würde der Schuldner — im Mahnverfahren durch Widerspruch — mit Erfolg verlangen können, daß er nur zur Leistung nach Konkursbeendigung verurteilt werde (vgl. auch **RG. 29** 76); gegenüber einer vorzeitigen Zwangsvollstreckung schütze den Schuldner der § 14.

3. OLG. **16** 338 (Breslau). Gelangen während des Konkursverfahrens Grundstücke des Gemeinschuldners zur Zwangsversteigerung, ohne daß sie der Verwalter freigegeben hat, so steht dem Gemeinschuldner ein Beschwerderecht gegen den Zuschlag nicht zu.

III. Zu Abs. 2. Befugnisse des Konkursverwalters. 1. Im allgemeinen. **RG.** SeuffA. **63** 172, auch WürttJ. **20** 136 (Stuttgart). Der Konkursverwalter hat bei der ihm durch § 6 auferlegten Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, soweit ihm nicht ausdrücklich anderes gestattet ist, die vom Gemeinschuldner geschlossenen Verträge zu beachten und die Vertragspflichten zu erfüllen. Handelt er einem solchen Vertrage zuwider, so darf ein Dritter, der infolge dieses vertragswidrigen Verhaltens eine Leistung zu bewirken hat, diese auf Grund des Vertrags und als eine auf seine

Kosten ohne rechtlichen Grund eingetretene Bereicherung der Konkursmasse nach § 59 Ziff. 1 u. § 3 zurückfordern und, soweit die Leistung noch nicht gemacht ist, diese verweigern.

2. Einzelne Fälle. a) BayObLG. 8 240 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, soweit die Verwaltung oder die Verwertung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens es erfordert, Grundstücke für die Konkursmasse zu erwerben, insbesondere um tunlichst Deckung für eine Forderung des Gemeinschuldners gegen den Grundstückseigentümer zu erlangen. b) RheinA. **106** 51 (Cöln). Der Konkursverwalter ist legitimiert, einen vom Gemeinschuldner einer GmbH. erhobenen, auf Auflösung der Gesellschaft gerichteten Rechtsstreit (§ 61 GmbHG.) aufzunehmen. c) BlGenossW. **07** 680, SeuffA. **62** 468, DJZ. **08** 880 (BayObLG.). Trotz der Vorschrift des § 101 GenG. kann der Konkursverwalter einer Genossenschaft berechtigt sein, für diese Grundstücke zu erwerben. d) OLG. **16** 371 (Stuttgart). Der Konkursverwalter ist berechtigt, die vom Gemeinschuldner zugunsten seiner Familie genommene Lebensversicherung insoweit zu widerrufen (BGB. § 330), als die Zahlung an diese erfolgen soll. e) BayObLG. 8 103 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, in Ansehung der von ihm freigegebenen Grundstücke die Löschung des auf Ersuchen des Konkursgerichts in das Hypothekenbuch eingetragenen Konkursvermerkes zu beantragen. f) LeipzZ. **08** 93, ZBlFG. 8 507 (LG. Leipzig). Zur Verfügung über Liegenschaftsrechte, die zur Masse gehören, ist dem Grundbuchamte gegenüber ausschließlich der Konkursverwalter, nicht auch der Gemeinschuldner (aM. KG., vgl. § 15 Ziff. 1 a) legitimiert. § 6 enthält mehr als ein bloßes Veräußerungsverbot. g) SächsOLG. **29** 186 (Dresden). Die Zwangsvollstreckung in ein vom Konkursverwalter zur Masse gezogenes Grundstück des Gemeinschuldners erfordert einen gegen den Verwalter erwirkten Schuldtitel.

3. Binden Abreden, die der Schuldner vor der Konkurseröffnung getroffen hat, den Verwalter? a) **RG.** JW. **06** 424, LeipzZ. **07** 353, 834, JW. **08** 200. Ein wenn auch nur formloser Verzicht des Grundstückseigentümers gegenüber einem Hypothekengläubiger, aus Vorhypotheken künftig entstehende Eigentümergrundschulden geltend zu machen, bindet im Konkurse des Eigentümers auch dessen Konkursverwalter. b) Goldmann, LeipzZ. **09** 358, wendet sich gegen diese Rechtsprechung, die mit dem Rechte des BGB. nicht vereinbar sei. Soweit derartige Abreden nicht durch Vormerkung nach § 1179 BGB. gesichert seien, entständen aus ihnen nur in Geld zu liquidierende Konkursforderungen (§ 69 KO.). c) **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1121. Die Abrede zwischen Grundstückseigentümer und Hypothekengläubiger, daß die von ersterem bezahlte und zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek wiederum in eine Hypothek für andere Forderungen des Gläubigers umgewandelt werden solle, wirkt im Konkurse des Eigentümers nicht; sie begründet auch kein Zurückbehaltungsrecht.

4. Unzulässige Rechtshandlungen des Verwalters. a) **RG.** SchlHolstAnz. **08** 193. Aus § 6 KO. folgt nicht, daß der Konkursverwalter Zubehörstücke eines Grundstücks mit Wirkung gegen die Hypothekengläubiger gemäß § 1121 BGB. für die Konkursmasse verwerten kann. b) **RG. 69** 85, JW. **08** 561, BayRpflZ. **08** 398, DJZ. **08** 1033, R. **08** Ziff. 2717. Der Konkursverwalter ist nicht berechtigt, Zubehörstücke eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks des Gemeinschuldners zu veräußern und den Erlös zur Masse zu ziehen, falls die Veräußerung nicht durch die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist. Die Hypothekengläubiger können den Erlös aus der Masse zurückfordern, auch wenn sie der Veräußerung nicht widersprochen haben. Unrichtig ist die Annahme, der Konkursverwalter habe nicht nur nach § 6 KO. das Recht, sondern nach §§ 82, 117 KO. sogar die Pflicht, noch nicht in Beschlag genommene Zubehörstücke zum Besten der Konkursmasse zu ver-

werten. Die Pflicht des Konkursverwalters in dieser Beziehung erschöpft sich in einer ordnungsmäßigen Verwaltung der Konkursmasse; zu einer grundlosen Bereicherung der Konkursmasse und Entwertung oder doch Verschlechterung der Hypotheken durch Wegbringung des Zubehörs hat er aber kein Recht und vollends keine Verpflichtung. **c)** SchlHolstAnz. **08** 366, SeuffBl. **09** 484 (Kiel). Einstweilige Anordnungen zum Schutze eines Hypothekengläubigers gegen die Veräußerung von Zubehör durch den Konkursverwalter sind zulässig.

5. Verzicht des Verwalters auf ein Masseobjekt. LeipzZ. **08** 172 (Frankfurt). Will der Konkursverwalter auf das ihm nach § 6 an einem Grundstücke des Gemeinschuldners zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht wirksam verzichten, so bedarf es einer ausdrücklichen, dahin gehenden Erklärung, die zur Kenntnis des Gemeinschuldners gelangt. Ein lediglich passives Verhalten des Verwalters genügt nicht, um das Grundstück aus der Masse auszuscheiden.

6. Wechsel in der Person des Verwalters. SächsRpflA. **08** 273 (LG. Freiberg). Durch einen Wechsel in der Person des Konkursverwalters wird die Wirksamkeit einer dem Vorgänger gegenüber bewirkten Forderungspfändung auch dann nicht berührt, wenn die Pfändung auf den Namen des früheren Verwalters bewirkt ist.

III. Aufhebung des Konkursverfahrens. 1. **a)** SchlHolstAnz. **08** 13 (Kiel). Nach Aufhebung des Konkursverfahrens ist der Gemeinschuldner Rechtsnachfolger des Konkursverwalters und deshalb berechtigt, gemäß § 727 ZPO. die Umschreibung der Vollstreckungsklausel für ein vom Konkursverwalter für die Konkursmasse erstrittenes Urteil auf seinen Namen zu verlangen. **b) RG.** LeipzZ. **08** 613, R. **08** Ziff. 1038. Eine zulässigerweise eingelegte Berufung wird nicht durch Beendigung des Konkursverfahrens und den damit gegebenen Wegfall der Vertretungsmacht des Konkursverwalters für und gegen ihn unzulässig (i. S. des § 547 Nr. 1 ZPO.), sondern nur, soweit er das Berufungsverfahren weiter verfolgt hat, ihm gegenüber unbegründet.

2. R. **09** Ziff. 890 (Stuttgart). Der Schuldner kann aus der Tatsache, daß die gegen ihn von dem Zessionar eingeklagte Forderung in einem früheren, beendeten Konkursverfahren des Zedenten nicht berücksichtigt wurde, einen erfolgreichen Einwand gegen die Klage auch dann nicht herleiten, wenn nach der Abtretung der Forderung eine — derzeit noch nicht erledigte — Nachtragsverteilung (nach § 166 Abs. 2 KO.) angeordnet worden ist.

§ 7. A. Allgemeines. I. Wird das Grundbuch durch die Konkurseröffnung gesperrt? 1. *Voß, ZBlFG. 8 569. Der § 7 KO. gewährt Schutz gegen den nach § 6 in seiner Verfügung bereits beschränkten Gemeinschuldner. Nicht in der Weise, daß hieraus eine den Sinn des § 6 beschränkende Auslegung des § 7 herzuleiten ist, sondern zur Ergänzung der Schutzwirkung des ersteren. — Für den Gemeinschuldner bildet nicht die Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse ein Tatbestandserfordernis, sondern die Zugehörigkeit zur Masse ein Wirksamkeitshindernis seiner Verfügungshandlungen. Auch nach der Konkurseröffnung kann er in betreff der Masse tatbeständlich gültige Rechtshandlungen vornehmen, denen gegenüber die Gläubiger nach § 7 unvollkommen geschützt sind. Für die Gläubiger wird es demnach wichtig, daß solchen Handlungen vorgebeugt werden kann. Hierzu dient unter anderen Maßregeln auch der Konkursvermerk (§ 113). Daher kann es nicht seine Aufgabe sein, der Anwendung des § 7 dem durch § 6 begründeten Ausschlußrechte des Verwalters gegenüber eine andernfalls nicht vorhandene gesetzliche Handhabe vorzubehalten oder neu zu eröffnen. Der Verwalter soll dem Gemeinschuldner gegenüber nicht eine derjenigen des Nacherben vergleich-

bare Stellung einnehmen. Die konkursfreien Rechtsbeziehungen des Gemeinschuldners zu Massegrundstücken sind für die grundbuchmäßige Darstellung nicht mit stillschweigender Selbstverständlichkeit geeignet. Nur mit Genehmigung des Verwalters können sie ins Grundbuch eingeführt werden.

2. Lenhard, LeipzZ. **09** 905 ff. Die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sind nicht schlechthin unwirksam im Sinne des § 185 BGB. (so Eccius, Gruchots Beitr. **50** 482, Predari, LeipzZ. **07** 454, und Jaeger, § 6 KO. Anm. 24, § 7 KO. Anm. 9, sowie jetzt auch RG. in seinem Beschluß LeipzZ. **09** 938 f.), sondern im allgemeinen wirksam, den Konkursgläubigern gegenüber aber kraftlos. Die Ansicht des KG. (OLG. **3** 194 u. **14** 72), wonach die Unwirksamkeit des § 7 KO. die relative Nichtigkeit des § 135 BGB. ist, ist abzulehnen. Die Unwirksamkeit des § 7 KO. ist vielmehr eine noch weiter abgeschwächte; sie gibt den Konkursgläubigern lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Dritten auf Rückgewähr des Empfangenen, einen Anspruch, auf den verzichtet werden kann. § 185 BGB. kann nicht herangezogen werden, da er sich einerseits nur auf Verfügungen bezieht (und auch lediglich auf Verfügungen desjenigen, der an dem Gegenstand ein materielles Recht nicht hat) und dem in seiner persönlichen Verfügungsfähigkeit beschränkten Gemeinschuldner materielle Rechte an seinem Vermögen sonst nicht genommen sind — andererseits der § 185 eine totale Unwirksamkeit im Auge hat, während der Unwirksamkeit des § 7 durch Abs. 2 das. enge Grenzen gezogen sind. (Bei totaler Unwirksamkeit würden z. B. vertauschte Gegenstände im Eigentum der Fortgebenden verbleiben, ein Ergebnis, das mit dem Gesetz nicht in Einklang steht.) Ebensowenig kann eine relative Nichtigkeit (§ 135 BGB.) angenommen werden; denn diese ist eine Abart der Nichtigkeit überhaupt. Verf. zieht aus alledem den Schluß, daß die Konkurseröffnung das Grundbuch nicht zu sperren vermag.

3. Rechtsprechung. a) **RG. 71** 38, JW. **09** 365, ElsLothNotZ. **09** 289, auch LeipzZ. **09** 938, R. **09** Ziff. 1919. Für die Auslegung des § 7 KO. hat entscheidende Bedeutung die unmittelbar vorausgehende Bestimmung des § 6 KO., nach der der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkursverfahrens die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis „verliert". Der Gesetzgeber hat aber, indem er dem Gemeinschuldner das Verfügungsrecht ohne Einschränkung, auch nicht mit der Einschränkung des § 135 BGB., entzog und dessen Ausübung in die Hand des Konkursverwalters legte, den Gläubigern nicht nur überhaupt Schutz, sondern auch ausreichenden Schutz hat gewähren wollen. Hieraus folgt, daß Verfügungen des Gemeinschuldners, die erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen oder — § 878 BGB. — beim Grundbuchamt eingereicht werden, zu Eintragungen im Grundbuche nicht führen können (übereinstimmend: Jaeger, KO. [3 u. 4] §§ 7—9; Eccius, GruchotsBeitr. **50** 486; Predari, GBO. 312; Oberneck, GBO. **1** 337; aM.: KG., KJA. **2** 139 u. **8** 47; R. **01** Ziff. 1821 u. **07** Ziff. 1277; Planck, BGB. III 178, Turnau-Förster, GBO. I 465). **b)** Dagegen KG. (in ständiger Rechtspr., zuletzt SeuffBl. **73** 836): Die etwaige Unwirksamkeit einer Grundbucheintragung gegenüber den Konkursgläubigern berechtigt den Grundbuchrichter nicht, den auf eine Bewilligung des Gemeinschuldners gestützten Eintragungsantrag abzulehnen, sofern nur die Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen ist und es sich nicht um eine Löschung handelt.

II. Sonstige Literatur und Judikatur allgemeinen Inhalts. 1. Beginn der Wirkungen der Konkurseröffnung. Kretzschmar, Nachlaßverwaltung, ZBlFG. **9** 447 ff. Gemäß §§ 7, 8 in Verbindung mit § 1984 Abs. 1 Satz 2 BGB. verliert der Erbe bei Anordnung der Nachlaßverwaltung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen mit

der Fassung des Eröffnungsbeschlusses (so Planck § 1984 Anm. 1, Strohal § 79 Nr. 16 u. a.), nicht erst mit der Zustellung dieses Beschlusses (so KG., RJA. 8 29; Eccius, GruchotsBeitr. **43** 634; Dernburg § 130 Anm. 13 — auf Grund von § 16 Abs. 1 FGG.).

2. Dauer der Wirkungen der Konkurseröffnung. OLG. **19** 202 (Stettin). Die Unwirksamkeit des § 7 ist zwar nur relativ, sie ist aber nicht auf die Dauer des Konkurses beschränkt. Auch nach Aufhebung des Konkurses kann die Unwirksamkeit, namentlich auch einredeweise, geltend gemacht werden.

3. Unwirksamkeit der §§ 7, 15 und Anfechtbarkeit i. S. der §§ 29 ff. **RG. 68** 150, JW. **08** 343, R. **08** Ziff. 2062. Aus den §§ 7, 15 ergibt sich zwar, daß Rechtshandlungen, die nach der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner vorgenommen sind und ebenso der Erwerb von Rechten an Bestandteilen der Konkursmasse den Konkursgläubigern gegenüber an sich wirksam sind, soweit die Voraussetzungen der §§ 892, 893 BGB. zutreffen. Über die Frage aber, ob und inwieweit derartige gültige Rechtshandlungen und ein derartiger gültiger Rechtserwerb hinterher „angefochten" werden können, ist aus den §§ 7, 15 nichts zu entnehmen, darüber treffen erst die §§ 29—42 Bestimmung.

B. Einzelheiten. 1. Literatur. a) *Fürst, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, LeipzZ. **08** 407. Eine nach Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner erfolgende Bezahlung eines von ihm vor Konkurseröffnung ausgestellten Schecks ist der Konkursmasse gegenüber wirkungslos, während die etwa darauf gesetzten Indossamente usw. gültig sind; eine vom gutgläubigen Bezogenen geleistete Zahlung kann die Konkursmasse von dem Empfänger als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen. Aus einem vor dem Ausstellerkonkurse begebenen Scheck kann ein nach Konkurseröffnung erfolgendes Indossament dem Aussteller gegenüber nur die bei Konkurseröffnung bestehenden Rechte übertragen, nicht, wie sonst ein Indossament, selbständige Rechte begründen. **b)** *Scholz, Die Rechtsstellung der Fernsprechverwaltung im Konkurse usw., GruchotsBeitr. **52** 359—384. Führt der Gemeinschuldner mittels seines Fernsprechanschlusses gebührenpflichtige Gespräche, so sind diese den Konkursgläubigern gegenüber nicht Gespräche des „Gemeinschuldners", die ihnen gegenüber nach § 7 KO. der rechtlichen Wirkung ermangeln würden, sondern Gespräche eines „Dritten", wodurch gemäß Nr. 19 Abs. 4 der Ausführungs-Bestimmungen zur Fernsprechgebührenordnung die Masse belastet wird. **c)** *Schimmelbusch, RheinA. **107** 58. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners findet die Bestimmung auf den Erben Anwendung.

2. Rechtsprechung. a) RheinA. **105** 166 (Düsseldorf). Die Rückgewähr einer Hypothek, die der Schuldner anfechtbar an ihren Nießbraucher abgetreten hat, kann nur unbeschadet des Nießbrauchs erfolgen. Die Hypothek bleibt mit dem Nießbrauche beschwert; der Nießbraucher ist nicht verpflichtet, den Hypothekenbrief herauszugeben oder auch nur zwecks Vermerkes der Pfändung dem Amtsgerichte vorzulegen. **b)** ElsLothJZ. **09** 147 (LG. Colmar). Die erfolgreiche Anfechtung der Bestellung einer Sicherungshypothek und der Veräußerung des Grundstücks berechtigt den Anfechtenden zu dem Antrage, wegen seiner vollstreckbaren Forderung eine Sicherungshypothek mit dem Vorrang vor jener einzutragen, nicht aber zu dem Antrag auf Berichtigung des Eigentums auf den Namen des Schuldners.

§ 8. 1. *Goldberger, Schutz gutgläubiger Dritter 36. Ein Dritter, welcher an einen Vertreter leistet, dessen Vollmacht infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vollmachtgebers erloschen ist, kann sich auf den zweiten und dritten Absatz des § 8 KO. nur berufen, wenn die Voraussetzungen der §§ 170 f. BGB. gegeben sind.

2. Breit, GoldschmidtsZ. **64** 445, lehnt gegen Fürst (vgl. § 7 B Ziff. 1 a) die Anwendbarkeit des § 8 auf den normalen Scheck ab.

3. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 58. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners findet die Bestimmung auf den Erben Anwendung.

§ 9. 1. Josef, LeipzZ. **09** 829. Wie es vom Belieben des Gemeinschuldners abhängt, ob er die ihm vor der Konkurseröffnung angefallene Erbschaft annehmen oder ausschlagen will, so kann er auch vom Nachlaßgerichte hierüber einen Ausweis, also den Erbschein verlangen. Neben dem Antragsrechte des Gemeinschuldners besteht aber auch ein solches des Konkursverwalters; dies entspricht der Absicht des Gesetzes, da der Konkursverwalter den Erbschein nicht zu einem wirtschaftlichen Privatzwecke, sondern zur Durchführung seines Amtes als Verwalter braucht.

2. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 59. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners findet die Bestimmung auf den Erben Anwendung.

Zu §§ 10 ff. Eröffnung des Konkurses über einen an einem schwebenden Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Beteiligten. Josef, LeipzZ. **09** 829. In dem sogenannten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben die Beteiligten nicht eine festabgegrenzte Parteistellung, wie im Zivilprozesse; sie sind vielmehr nur Objekte für die dem Gerichte nach § 12 FGG. obliegende Pflicht zur Ermittelung des Sachverhalts von Amts wegen. Daher wird die durch den Antrag des Beteiligten entstandene Ermittelungspflicht durch den Konkurs nicht beseitigt, das Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit also durch die Konkurseröffnung nicht kraft Gesetzes unterbrochen. Das Gericht wird indes, sofern der Streit das zur Masse gehörige Vermögen betrifft, mit Rücksicht auf die §§ 6, 7 KO. das Verfahren zweckmäßig bis zur Erklärung des Konkursverwalters aussetzen.

§ 10. 1. Zu Abs. 1. Fall eines sog. „Aktivprozesses". OLG. **16** 116, HansGZ. **08** Beibl. 57 (Hamburg). Ein Rechtsstreit betrifft die Konkursmasse des Klägers auch dann, wenn dieser auf Auflösung einer GmbH., der er angehörte, geklagt hat (vgl. § 1 B II Ziff. **3** b).

2. **a)** Rechtsmitteleinlegung während Unterbrechung des Verfahrens. **RG.** JDR. **6** § 10 Ziff. 3, auch HansGZ. **08** Beibl. 39. **b)** Urteilszustellung während Unterbrechung des Verfahrens. HansGZ. **09** Beibl. 263 (Hamburg). Zur Aufnahme eines durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Verfahrens (§ 240 ZPO.) gehört nach § 250 aaO. die Zustellung eines Schriftsatzes; diese kann durch die Zustellung des ergangenen Urteils nicht ersetzt werden. **c)** Urteilszustellung nach Verfahrensaufnahme an den Gemeinschuldner. OLG. **19** 202 (Rostock). Ein gegen den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ergangenes Urteil kann nach der durch die Konkurseröffnung bewirkten Unterbrechung des Verfahrens (§ 240 ZPO.) an den Gemeinschuldner oder seinen Prozeßvertreter 1. Instanz nicht rechtswirksam zugestellt werden. Ein Verzicht des Konkursverwalters auf die Rüge der ordnungswidrigen Zustellung ist unzulässig.

3. Zu Abs. 2. Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter. **a)** **RG. 70** 368, JW. **09** 225, R. **09** Ziff. 1366. Aus dem Umstande, daß der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt hat, und aus der Vorschrift des § 10 Abs. 2 KO. folgt nicht ohne weiteres die materielle Klageberechtigung des Gemeinschuldners. Handelt es sich in der Klage um die Anfechtung eines zweiseitigen Vertrags — der Gemeinschuldner hatte einen Grundstückskauf wegen Betrugs angefochten —, deren erfolgreiche Durchführung die Rückgewähr von beiden Seiten zur Folge hat, so kann der Gemeinschuldner die von dem Konkursverwalter abgelehnte Prozeßführung nur

dann übernehmen, wenn ihm der Konkursverwalter auch das zur Konkursmasse gehörige Grundstück zur Verfügung stellt. Ein Herausgreifen des Anfechtungsanspruchs und dessen Überweisung an den Gemeinschuldner unter Zurückbehaltung des Grundstücks ist nicht zulässig (vgl. **RG. 54** 137). Unzulässig ist es auch, wenn der Konkursverwalter mit der Ablehnung der Prozeßführung lediglich den Zweck verfolgt, der Kostenersparnis wegen den Prozeß durch den im Armenrechte streitenden Gemeinschuldner für Rechnung der Masse führen zu lassen. **b)** ZAktG. **16** 279, HansGZ. **09** Beibl. 195, R. **09** Ziff. 1580 (Hamburg). Erklärt der Konkursverwalter dem Gemeinschuldner, daß er auf weitere Verfolgung der in erster Instanz abgewiesenen Ansprüche des Gemeinschuldners verzichte, so liegt darin nicht eine Abtretung von Ansprüchen der Konkursmasse an den Gemeinschuldner, sondern ein Wegfall der Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des sachlich berechtigten Gemeinschuldners. Dieser kann ohne weiteres den Prozeß fortsetzen und ist berechtigt, gegen das Urteil erster Instanz Berufung einzulegen.

§ 11. 1. Unterbrechung des Verfahrens. **a)** OLG. **19** 137, R. **09** Ziff. 2461 (Cassel). Ist das Konkursverfahren über einen Nachlaß eröffnet worden, nachdem der Kläger Berufung gegen ein Urteil eingelegt hat, durch das der als Erbe belangte Beklagte auf Grund seines Anerkenntnisses unter Vorbehalt der Beschränkung auf den Nachlaß verurteilt und der Kläger mit den Kosten beschwert ist, so ist das Verfahren unterbrochen. **b)** SächsOLG. **29** 185 (Dresden). Bestreitet im Patentverletzungsprozesse der Beklagte lediglich die Patentverletzung, behauptet aber nicht, daß er die Handlungen, in denen Kläger die Verletzung findet, auf Grund eines Rechtes (Vorbenutzungsrecht, Lizenz) vorgenommen habe, so tritt durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein. **c)** OLG. **19** 138, SächsOLG. **30** 327 (Dresden). Ein im Ausland über das Vermögen einer Partei eröffneter Konkurs unterbricht den im Inland anhängigen Rechtsstreit nicht. Ein in Österreich eröffneter Konkurs unterbricht das Verfahren auch dann nicht, wenn nach dem mit Sachsen geschlossenen, durch EGKO. nicht beseitigten Staatsvertrag in das in Sachsen befindliche Vermögen nicht vollstreckt werden darf.

2. Aufnahme des Verfahrens. **a) RG.** JW. **08** 305, LeipzZ. **08** 540. Der beklagte Gemeinschuldner ist zur Aufnahme des Verfahrens nicht befugt, wenn hinsichtlich der Widerklage der Konkursverwalter das Verfahren aufgenommen hat. **b)** OLG. **19** 135, R. **09** Ziff. 3109 (KG.). Wird nach Verkündung, aber vor Zustellung des Urteils das Verfahren unterbrochen, so sind Anträge auf Änderung dieses Urteils nur durch Rechtsmittel geltend zu machen. **c)** MecklZ. **27** 50 (Rostock). Die Berufung gegen ein Urteil, das vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten ergangen ist, ist unzulässig, wenn das Urteil nach der Konkurseröffnung dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Gemeinschuldners zugestellt worden ist (mit Literaturangabe). **d)** Aufnahme zwecks Kostenerstattung. α. Levetzow, LeipzZ. **08** 587. Wenn in einem Rechtsstreite der Beklagte nach Erlaß, aber noch vor Zustellung des klagabweisenden Urteils in Konkurs verfällt und der Kläger seinen Anspruch im Konkurse nicht anmeldet, so kann der Konkursverwalter den Rechtsstreit zwecks Kostenerstattung aufnehmen. β. AR. Kurlbaum, LeipzZ. **08** 589. **e)** Ausspruch des Gerichts über die erfolgte Aufnahme. **RG.** LeipzZ. **09** 688, JW. **09** 22, R. **09** Ziff. 107. Ein Ausspruch des Gerichts, daß das Verfahren aufgenommen sei, kann nicht verlangt werden; enthält der Aufnahmeschriftsatz nur eine Ladung zur Verhandlung über einen solchen Antrag, so ist die Aufnahme nicht erfolgt. **f)** Ist Aufnahme durch Erhebung einer neuen Klage möglich? PosMSchr. **08** 143 (Posen). Wenn ein sogenannter Passivprozeß nach Eröffnung des Konkursverfahrens vom Kläger nicht nach § 240

ZPO. aufgenommen, sondern wenn eine auf denselben Anspruch gerichtete neue Klage gegen den Konkursverwalter erhoben wird, so steht dem Verwalter dieser Klage gegenüber die Einrede der Rechtshängigkeit zu. Wenn das Gericht den späteren Rechtsstreit mit dem früheren verbindet und in dem früheren eine Entscheidung in der Sache selbst erläßt, so unterliegt auch dieses Urteil der Aufhebung, da das Verfahren nicht ordnungsgemäß aufgenommen ist (die Erhebung der neuen Klage ist keine rechtsgültige Aufnahme) und während der Unterbrechung wirksame Rechtshandlungen gegenüber dem Konkursverwalter nicht vorgenommen werden können.

3. Zu Abs. 2. NaumburgAK. **09** 43 (Naumburg). Der Konkursverwalter, der sich weigert, dem Hypothekengläubiger einen Vollstreckungstitel zu verschaffen, hat die Kosten der dinglichen Klage zu tragen, auch wenn er den Anspruch sofort anerkennt.

§ 12. 1. „Nur nach Maßgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren." Die Frage, ob der Gläubiger während des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners seine Forderung außerhalb des Konkurses gegen den Gemeinschuldner persönlich verfolgen kann, falls er auf Deckung aus der Konkursmasse verzichtet, wird gegenüber der herrschenden Lehre (vgl. insbes. **RG. 29** 74, JW. **94** 173) vom OLG. Hamm (14. 6. 09, LeipzZ. **09** 868) im Anschluß an Jaeger (KO. [4] § 12 Anm. 6—8) und Eccius (GruchotsBeitr. **44** 776) verneint. Vgl. dagegen Hofmann zu § 6.

2. Zusage des Gemeinschuldners, Eigentümergrundschulden nicht geltend zu machen. **RG.** LeipzZ. **08** 384, JW. **08** 20, RheinNotZ. **53** 132, WürttJ. **20** 136. Ein Abkommen, durch das der Eigentümer eines Grundstücks der neu einzutragenden Hypothek den Rang unmittelbar hinter dem wirklich valutierten Betrag einer vorgehenden Hypothek anweist, stellt sich bereits als ein endgültiger Verzicht auf die künftige Eigentümergrundschuld wenigstens insoweit dar, als es sich um den Vorrang vor der neu eingetragenen Hypothek handelt. Diese trotz Nichteintragung bereits mehr als obligatorische Bindung hat auch der Konkursverwalter zu beachten. Vgl. dazu Goldmann § 6 III Ziff. 3 b und die Ziff. 3 das. zit. Entsch.

3. **RG.** WarnE. **1** Ziff. 272. Der Konkursverwalter ist nicht verpflichtet, eine vom Gemeinschuldner zugesagte Hypothek für eine Forderung zu bestellen, denn er braucht nicht allgemein die persönlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu erfüllen.

4. Schiedsgerichtsklausel, vgl. § 146

§ 13. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 68. Der Konkurs des „kollidierenden Dritten" schadet dem „Geschützten" nicht. Was den Konkurs des „Verpflichteten" selbst betrifft, so muß zwar nicht der Verwalter, wohl aber er selbst das Veräußerungsverbot nach wie vor beachten. Fällt der Verpflichtete nach Vornahme der verbotenen Veräußerung in Konkurs, so greift § 13 überhaupt nicht Platz.

2. Verpflichtung des Gemeinschuldners, nicht über einen Rangvorbehalt zu verfügen. Die Entsch. JDR. **6** § 13 jetzt auch ZBlFG. **8** 362.

§ 14. 1. Inhalt der Vorschrift. **RG. 68** 150, JW. **08** 343, R. **08** Ziff. 2063. Wenn im Abs. 2 des § 14 bestimmt ist, daß in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke während der Dauer des Konkursverfahrens eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung zugunsten einzelner Konkursgläubiger nicht eingetragen werden kann, so ist hieraus zwar zu schließen, daß Zwangsvormerkungen gegenüber konkursfreien Grundstücken des Gemeinschuldners

auch den einzelnen Konkursgläubigern nicht verwehrt sind, nicht aber, daß der Erwerb aus Zwangsvormerkungen als ein rechtsgeschäftlicher und nicht als ein durch Zwangsvollstreckung erlangter Erwerb zu erachten sei.

2. Zulässige Rechtshandlungen des Gläubigers. a) *Labes, GoldschmidtsZ. **62** 133. § 14 steht der Pfändung des dem besonderen Zugriffe der Unterhaltsberechtigten auf Grund des § 850 vorl. Abs. ZPO., § 4 Ziff. 3 LohnBG. unterliegenden Teiles des Gehalts usw. nicht entgegen. **b**) OLG. **18** 412, SeuffA. **94** 298, LeipzZ. **09** 489 (Kassel). Der Arrestgläubiger, dessen Forderung im Konkurse des Arrestschuldners festgestellt ist, kann während des Konkurses die Überweisung der für ihn gepfändeten Forderung des Gemeinschuldners beantragen. § 14 steht nicht entgegen; denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf Konkursgläubiger, nicht aber auf Absonderungsberechtigte, zu denen der Arrestgläubiger gehört. Zur Durchführung der Zwangsvollstreckung ist ein schlechthin vollstreckbarer Titel erforderlich; hierzu ist die Feststellung der Forderung in der Tabelle geeignet. Der Absonderungsberechtigte wird von diesem Titel regelmäßig schon während des Konkurses Gebrauch machen müssen, um den Nachweis führen zu können, inwieweit er bei abgesonderter Befriedigung ausgefallen ist und demnach verhältnismäßigen Anteil an der Verteilung erlangen kann (§ 64; vgl. hierzu Jaeger, KO. § 14 Anm. 9, § 164 Anm. 6, DJZ. **1899** 488, **RG. 35** 81). **c**) HansGZ. **08** Beibl. 60 (Hamburg). Die Vorschrift des § 14 steht der Aufrechnung einer festgestellten Konkursforderung mit einer sog. konkursfreien Forderung des Gemeinschuldners nicht entgegen. **d**) SeuffBl. **73** 836, OLG. **19** 203, R. **09** Ziff. 3155 (KG.). Die Eintragung im Grundbuch auf Grund einer Bewilligung ist auch dann kein Akt der Zwangsvollstreckung, wenn die Abgabe der Bewilligungserklärung durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist. Eine Verurteilung dieser Art liegt jedoch nicht vor, wenn der durch eine Vormerkung aus § 648 BGB. geschützte Gläubiger lediglich ein Urteil auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gegen den Gemeinschuldner erwirkt hat.

3. Versprechen der Deckung aus künftigem Vermögenserwerbe. **RG.** LeipzZ. **09** 74, JW. **08** 722, DJZ. **09** 83, GruchotsBeitr. **53** 710, R. **08** Ziff. 3672. Hat ein Schuldner bei Eingehung der Schuld ihre Berichtigung aus einem ihm später anfallenden Vermögen versprochen, so ist darin, daß er während des über sein Vermögen eröffneten Konkursverfahrens aus jenem ihm nach der Konkurseröffnung zugefallenen Vermögen den Gläubiger befriedigt, nicht mit Rücksicht auf § 14 eine vorzeitige Erfüllung und damit eine Begünstigung dieses Gläubigers zu erblicken.

§ 15. 1. Sperrt der Konkursvermerk das Grundbuch? a) SeuffBl. **08** 836 (KG.). Die etwaige Unwirksamkeit einer Grundbucheintragung gegenüber den Konkursgläubigern berechtigt den Grundbuchrichter nicht, den auf eine Bewilligung des Gemeinschuldners gestützten Eintragungsantrag abzulehnen, sofern nur die Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen ist und es sich nicht um eine Löschung handelt (KG. in ständiger Rechtsprechung, zuletzt 30. März 1908). **b**) Dagegen RG. in ständiger Rechtsprechung (vgl. § 6 II, bes. § 7 A I Ziff. 3 a). Durch die Eintragung des Konkursvermerkes wird das Grundbuch gegen weitere Eintragungen auf Grund rechtsgeschäftlicher Verfügungen des Gemeinschuldners gesperrt. Eintragungen, die den Erwerb von Rechten an einem Grundstücke zum Ziele haben, dürfen auch dann nicht erfolgen, wenn sie vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung bewilligt sind, der Berechtigte aber den Eintragungsantrag erst nachher stellt. **c**) Die Entsch. JDR. **6** § 15 II jetzt auch ZBlFG. **08** 358, 506.

2. Absonderung für Kommissionsforderungen. R. **08** Ziff. 3312, 3673 (Marienwerder). Ein Kommissionär, der dadurch, daß der Konkursverwalter in seinen Vertrag mit dem Gemeinschuldner eingetreten ist, nach der Kon-

kurseröffnung ein Pfandrecht an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand als Massegläubiger erworben hat, kann trotz § 15 KO. ein Absonderungsrecht an diesem Gegenstande für seine vor der Konkurseröffnung erworbenen Kommissionsforderungen nach § 49 Ziff. 2 KO., § 397 HGB. als Konkursgläubiger beanspruchen.

3. „Unwirksamkeit" nach §§ 7, 15 und „Anfechtbarkeit" nach §§ 29 ff. vgl. § 7 A II Ziff. 3.

§ 16. Verhältnis zu § 45. Hecht, Kollision von Bestimmungen der KO.? DJZ. **09** 1326, behandelt den Fall, daß eine Ehefrau einen Gegenstand zusammen mit ihrem Manne — beispielsweise je zur ideellen Hälfte — erwirbt, und zwar mit „Mitteln" des Mannes oder zwar nicht mit solchen, wohl aber nicht mit nachweislich eigenen Mitteln. Wenn hier der Ehemann nach dem Erwerb in Konkurs fällt, so greift einmal § 45 ein, wonach die Ehefrau ein Aussonderungsrecht an dem Gegenstande nicht, also auch nicht zur ideellen Hälfte, geltend machen kann. Andererseits wird aber durch diese Versagung des Auseinandersetzungsrechts nichts an der obligatorischen Berechtigung der Frau, Auseinandersetzung hinsichtlich ihres Miteigentums zu verlangen (§ 16), geändert; denn § 45 besagt nicht, daß ein nicht nachweislich mit Frauenmitteln erworbener Gegenstand der Frau überhaupt nicht gehöre, sondern nur, daß eine konkursrechtliche Geltendmachung im Wege der Aussonderung ausgeschlossen ist; die Frau kann also hier auf Grund des § 16 Versteigerung und Verteilung des Erlöses zwecks Auseinandersetzung verlangen. Verf. billigt die Entsch. **RG. 8** 102; § 45 treffe nur die dingliche Seite (das Aussonderungsrecht) und habe keinen Einfluß auf die obligatorischen Ansprüche der Frau aus ihrem Miteigentume, d. h. auf die Auseinandersetzungsansprüche.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17. I. Anwendungsgebiet der Bestimmung. LeipzZ. **09** 568 (Königsberg). Die Vorschrift bezieht sich nur auf zweiseitige, d. h. vollkommen gegenseitige, und nicht auch auf einseitige, d. h. unvollkommen gegenseitige Verträge, zu welchen der Auftrag gehört.

II. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Kaufvertrag über Mobilien unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB.). Lubowski, ZBlFG. **9** 68 ff., wendet sich gegen die vom **RG. 64** 204 und 334 (vgl. JDR. **6** § 17 II Ziff. 1) ausgesprochene Ansicht, daß beim Verkaufe beweglicher Sachen unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises den Vertrag mit der Übergabe im Sinne des § 17 „nicht vollständig erfüllt habe", und daß mithin dem Verwalter im Konkurse des Käufers das Wahlrecht des § 17 zustehe, wenn der Gemeinschuldner noch nicht gezahlt habe. Bei dem Eigentumsübergange sei zwischen Eigentumsverschaffung und Eigentumsübertragung zu unterscheiden; die Verschaffung sei Voraussetzung der Übertragung. Im Falle des § 455 habe der Verkäufer seiner Verpflichtung, Eigentum zu „verschaffen", genügt; er habe nichts mehr zu gewähren; der Eigentumserwerb hänge nur noch vom Käufer ab. Unrichtig sei die Ansicht des RG., daß der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, „in dem Momente vorhanden sein müsse, in welchem durch Zahlung die Bedingung eintrete"; vielmehr sei der bedingte Vertrag schon vorher geschlossen, und das Eigentum gehe mit der Zahlung auch gegen den Willen des Verkäufers über. Dem Konkursverwalter stehe also das Wahlrecht des § 17 nicht zu. Der Verkäufer sei beim Vorhandensein der Kaufsache in der Masse durch sein Aussonderungsrecht, im übrigen durch § 46 ausreichend geschützt.

2. Kaufvertrag über ein Grundstück, wenn es bezahlt und übergeben, aber noch nicht aufgelassen ist. a) Müller,

LeipzZ. **08** 684. Wenn der Gemeinschuldner einem Dritten vor der Konkurseröffnung ein ihm gehöriges Grundstück verkauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen hat und wenn der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat, so kann der Konkursverwalter das Grundstück nicht zur Masse ziehen; dem Käufer verbleibt der Besitz des bezahlten Grundstücks und die Möglichkeit, nach Ausscheidung des Grundstücks aus der Konkursmasse (§ 43), spätestens nach Abschluß des Konkursverfahrens, vom Gemeinschuldner die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu erwirken. **b**) Jaeger, LeipzZ. **08** 688, widerspricht diesen Ausführungen. Der Erwerber des Grundstücks ist lediglich Konkursgläubiger; er hat der Masse gegenüber nur Anspruch auf anteilmäßige Befriedigung, nicht ein Recht auf Besitz. Ebensowenig hat er ein Aussonderungsrecht, da das Grundstück noch dem Verkäufer gehört. Schließlich sprechen auch Billigkeitsgründe nicht für die Müllersche Ansicht; wer einen Austauschvertrag ohne genügende Deckung einseitig erfüllt, nimmt das Risiko des Konkurses in den Kauf.

3. Vertrag mit der Fernsprechverwaltung. *Scholz, GruchotsBeitr. **52** 359. § 17 KO. findet Anwendung, wenn der Gemeinschuldner einen Fernsprechanschluß besitzt, da das Anschlußverhältnis wohl als Werkvertrag, nicht als Miete aufzufassen ist (vgl. zu § 631 BGB.). Über die Behandlung der Fernsprechgebühren vgl. Scholz zu § 59.

4. Verlagsvertrag. Heine, LeipzZ. **09** 133, spricht sich für Beseitigung des im § 36 Abs. 1 VerlagsG. dem Konkursverwalter gegebenen Wahlrechts nach § 17 KO. aus. Tatsächlich und auch gesetzlich (§ 23 VerlagsG.) habe der Verfasser seinen wesentlichsten Vertragspflichten mit Ablieferung des Werkes genügt.

5. Sonstige Verträge. **a**) Frommhold, JheringsJ. **53** 188 ff., insbes. 210 ff., bespricht den Einfluß der Konkurseröffnung auf schwebende Jagdpachtverträge. **b**) Verkaufskommissionsvertrag; § 17 ist nicht anwendbar (vgl. § 23 II Ziff. 2 a).

6. Annahmeverzug des Käufers beim Handelskaufe. Kreß, R. **09** 129. Ist bei einem Handelskaufe der Käufer mit der Annahme und Bezahlung gekaufter Waren in Verzug gekommen, so kann der Verkäufer ungeachtet einer inzwischen erfolgten Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers zum Selbsthilfeverkaufe nach § 373 HGB. schreiten. Er kann aber der Masse gegenüber nur die Rechte aus § 326 BGB., nicht die aus § 373 HGB. geltend machen.

III. Erfüllungsverlangen und Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters. 1. **a**) OLG. **19** 206 (Hamburg). Ein Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters im Sinne des Abs. 2 liegt auch dann vor, wenn der Verwalter in erster Linie das Nochvorhandensein einer Verpflichtung des Gemeinschuldners bestreitet, in zweiter Linie aber erklärt, erfüllen zu wollen, wenn die Verpflichtung noch bestehe. **b**) **RG.** LeipzZ. **08** 385, R. **08** Ziff. 1255. Lehnt der Konkursverwalter die weitere Erfüllung eines von dem Gemeinschuldner als Unternehmer eingegangenen Werkvertrags ab, so verwandelt sich der Erfüllungsanspruch des Bestellers ohne weiteres kraft Gesetzes in einen Schadensersatzanspruch, der seine Grundlage in dem an sich fortbestehenden Vertrage hat. **c**) LeipzZ. **09** 689, ZAktG. **16** 266, SeuffA. **64** 343, R. **09** Ziff. 2499 (Dresden). Lehnt der Konkursverwalter die Vertragserfüllung ab, so kann er nicht das vom Gemeinschuldner schon Geleistete zurückfordern. **d**) SächsRpflA. **09** 142 (Dresden). Der Besteller eines Werkvertrags kann im Konkurse des Unternehmers dem Konkursverwalter durch eine Kündigung nach § 649 nicht das Recht abschneiden, die Erfüllung mit der Wirkung abzulehnen, daß kein Teil vom anderen die weitere (gänzliche oder teilweise) Vertragserfüllung fordern darf; lehnt der Verwalter ab, so hat der Besteller lediglich eine „Forderung wegen Nichterfüllung" aus § 26. **e**) *Scholz, GruchotsBeitr. **52** 359 ff. Lehnt der Verwalter die Erfüllung eines Fernsprechvertrags (vgl. oben II

Ziff. 3) ab, so erwächst der Fernsprechverwaltung ein Schadensersatzanspruch als gewöhnliche Konkursforderung. Dieser beläuft sich (als positives Vertragsinteresse) auf den Betrag der im Rahmen des Anschlußverhältnisses rückständigen und künftig fällig werdenden Gebühren, ohne Ersparnisabzug, zuzüglich der in Ziff. 16 der AusfBest. zur FernsprechGebO. geregelten „Abbruchsgebühr".

2. Einfluß der Entschließungen des Konkursverwalters auf den Zessionar des Gemeinschuldners. a) BadRpr. **08** 41 (Karlsruhe). Der Zessionar, dem der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung seinen Anspruch auf die Gegenleistung aus einem noch nicht vollständig erfüllten Werkvertrag abgetreten hat, kann die Vergütung für die Arbeiten, die nach der Konkurseröffnung von dem in den Vertrag eingetretenen Konkursverwalter vorgenommen sind, nicht beanspruchen; der Anspruch hierauf steht nur der Konkursmasse zu, aus deren Mitteln die Leistung bewirkt ist. b) OLG. **19** 205, R. **09** Ziff. 3156, SächsRpflA. **4** 140 (Dresden). Die Erfüllungsablehnung des Verwalters wirkt auch gegenüber dem Zessionar des Gemeinschuldners. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch bereits vor der Konkurseröffnung abgetreten worden ist und schon damals fällig war.

3. Umfang des Schadensersatzanspruchs bei Ablehnung der Erfüllung seitens des Verwalters. LeipzZ. **09** 83 (Braunschweig). Verwandelt sich der Anspruch auf Erfüllung in eine Konkursforderung auf Schadensersatz, so kann nicht nur im Falle des § 18, sondern auch in den Fällen des § 17 Ersatz nicht allein des konkreten, sondern auch des abstrakten Schadens verlangt werden.

4. Unmöglichkeit eines Eintretens des Konkursverwalters in den Vertrag. a) Behrend, LeipzZ. **08** 125 ff. In den Lebensversicherungsvertrag des Gemeinschuldners kann der Konkursverwalter nicht eintreten. Er kann nur den Rückkaufswert zur Masse einziehen, nicht aber kann er die Prämien fortzahlen und darauf spekulieren, daß der Gemeinschuldner während des Konkurses verstirbt. — Das Zugriffsrecht der Gläubiger erlischt, sobald ihnen von anderer Seite als von dem Versicherer der ihnen zukommende Betrag zur Verfügung gestellt wird. Diese andere Seite kann der Gemeinschuldner selbst sein; ihm darf nicht verwehrt werden, aus Mitteln, die er nach der Konkurseröffnung erworben hat, die Versicherung aufrechtzuerhalten. — Der bezugsberechtigte Dritte kann im Verhältnisse zu den Gläubigern gegen Zahlung des Rückkaufswerts in die Versicherung eintreten; der Versicherungsnehmer braucht sich jedoch den Eintritt des Dritten nur dann gefallen zu lassen, wenn dessen Recht bereits unwiderruflich geworden ist. b) **RG.** R. **08** Ziff. 3072 (Düsseldorf). Ist einer Handelsgesellschaft der Alleinverkauf von Waren eines Fabrikanten in einem bestimmten Bezirk übertragen worden, und hat sie die Verpflichtung übernommen, sich um den Verkauf jener Waren zu bemühen, so fällt, wenn die Gesellschaft in Konkurs gerät und die Gläubigerversammlung beschließt, das Geschäft nicht fortzuführen, für den Konkursverwalter die Möglichkeit fort, die dem Gemeinschuldner aus jenem Vertrag obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, und der Fabrikant wird von seiner ferneren Leistungspflicht frei. Die einmal erloschene Leistungspflicht lebt ohne ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung auch dann nicht wieder auf, wenn nach Aufhebung des Konkursverfahrens von den Gesellschaftern die Fortsetzung der Handelsgesellschaft beschlossen wird. c) RheinA. **106** 145 (Düsseldorf). Ein niederrheinischer Auktionator, der im Auftrag eines Dritten eine Mobiliarversteigerung vornimmt, verliert die ihm hierbei zustehende Befugnis, die Kaufpreise von den Ansteigerern im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers einzuziehen, mit der Eröffnung des Konkurses

über sein Vermögen. Bei der Natur des Vertrags (es wird ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag aus § 675 BGB. angenommen), bei dem die Ausführung der Arbeiten an seine Person geknüpft ist, kann von einem Eintreten des Konkursverwalters in den Vertrag keine Rede sein.

5. Vertragswidriges Verhalten des Konkursverwalters? **RG.** R. **08** Ziff. 1039 (Stuttgart). Handelt der Konkursverwalter nach den Vorschriften der KO., so kann ihm, wenn er einem Vertrage zuwiderhandelt, den ein Dritter vor der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner geschlossen hat, weder vertragswidriges Verhalten, noch gar Arglist vorgeworfen werden.

IV. Zu Abs. 2. LeipzZ. **09** 162 (KG.). Eine Aufforderung gemäß § 17 Abs. 2, welche die eine Vertragspartei wenige Stunden, bevor über das Vermögen der anderen der Konkurs eröffnet worden ist, dieser „zu Händen der Konkursverwaltung" hat zugehen lassen, muß der Konkursverwalter als für die Konkursmasse wirksam anerkennen, wenn er zur Zeit der Konkurseröffnung in der tatsächlichen und rechtlichen Lage war, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen (vgl. **RG. 50** 191), insbesondere also, wenn das Schreiben zu diesem Zeitpunkt in den Geschäftsräumen des Gemeinschuldners zu seiner Verfügung lag.

§ 18. LeipzZ. **08** 87 (Hamburg). Die im überseeischen Verkehr übliche Vereinbarung bestimmter Abladetermine macht den Kauf nicht zum Fixgeschäfte; § 18 kommt nicht zur Anwendung.

§ 19. 1. Allgemeines. — Tod des Gemeinschuldners. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 45 f. Gegensatz zum Kündigungsrecht aus § 569 BGB. im Falle des Todes des Gemeinschuldners: Für die Kündigung aus § 569 BGB. ist der Tod des Gemeinschuldners Voraussetzung, für die aus § 19 KO. braucht er nur Veranlassung zu sein.

2. Einzelne Vertragstatbestände. **a)** Vertrag mit der Fernsprechverwaltung. *Scholz, GruchotsBeitr. **52** 359 ff. Fällt der Inhaber eines Fernsprechanschlusses in Konkurs und behandelt man das Anschlußverhältnis als Miete (vgl. hierzu § 17 Abs. 2 Ziff. 3), so kommt § 19 KO. zur Anwendung. Die Kündigungsfrist ist alsdann die dreitägige des § 565 Abs. 2 BGB. (nicht die dreimonatige aus Ziff. 8 der AusfBest. zur FernsprechGebO.). Die der Fernsprechverwaltung durch eine Kündigung seitens des Konkursverwalters erwachsende Schadensersatzforderung (positives Vertragsinteresse) beläuft sich auf den Betrag der vom Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist vertraglich noch laufenden Gebühren ohne Ersparnisabzug, zuzüglich der in Ziff. 16 der AusfBest. zur FernsprechGebO. geregelten „Abbruchsgebühr". **b)** Einfluß der Konkurseröffnung auf schwebende Jagdpachtverträge, vgl. § 17 Abs. 2 Ziff. 5 a. **c)** Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Mieters auf dessen Vertrag mit einem Untermieter, vgl. § 21 Ziff. 1.

3. Zu Satz 3. Schadensersatz. PosMSchr. **08** 109 (Königsberg). Der Schadensersatz nach Satz 3 kann nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

§ 20. Einfluß der Konkurseröffnung auf schwebende Jagdpachtverträge, vgl. § 17 Abs. 2 Ziff. 5 a.

§ 21. 1. Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Mieters auf dessen Vertrag mit einem Untermieter. **RG. 67** 372, JW. **08** 208, LeipzZ. **08** 377, BadRpr. **08** 248, R. **08** Ziff. 1853. Hat der Geimeinschuldner ein von ihm gemietetes Grundstück an einen anderen untervermietet und ist nach Eröffnung des Konkurses der Hauptmietvertrag gemäß § 19 KO. vorzeitig aufgekündigt worden, so erreicht damit auch der Untermietvertrag gemäß § 556 Abs. 3 BGB. sein Ende. In solchem Falle kann der Untermieter Ansprüche wegen der vorzeitigen Aufhebung des Mietverhältnisses nicht als Masseforderung, sondern gemäß § 26 KO. nur als gewöhnliche Konkursforderung

geltend machen. Denn die Nichterfüllung auch des Untermietvertrags ist — wenigstens mittelbar — nur eine Folge der Konkurseröffnung. Gleiches gilt, wenn der Hauptmietvertrag nicht infolge Kündigung nach § 19, sondern durch Vertrag zwischen dem Konkursverwalter und dem Vermieter aufgehoben wird.

2. Verhältnis des Konkurses zur Zwangsverwaltung hinsichtlich der Mietzinsforderung des Gemeinschuldners. BreslauAK. **07** 64 (Breslau). Eine Mietzinsforderung aus einem fortlaufenden Mietvertrage fällt mit der Eröffnung des Konkurses über Vermögen oder Nachlaß des Vermieters zur Konkursmasse. Hieran wird durch die spätere Einleitung des Zwangsverwaltungsverfahrens über das Mietgrundstück nichts geändert.

3. Frommhold, JheringsJ. **53** 188 ff., insbes. 210 f. Bei der Konkurseröffnung über das Vermögen des Verpächters einer Jagd findet auf das Pachtverhältnis Abs. 1 des § 21, nicht aber finden Abs. 2 und 3 Anwendung.

§ 22. a) **RG.** LeipzZ. **09** 689. Das Rechtsverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Vorstandsmitgliedern stellt sich im Konkurse der Gesellschaft als ein in ihrem Erwerbsgeschäft angetretenes Dienstverhältnis im Sinne des § 22 dar. **b)** JW. **08** 138 (Hamburg). § 22 findet auf den Agenturvertrag keine Anwendung (vgl. **RG. 62** 249, **63** 73). **c)** Vgl. im übrigen § 61.

§ 23. I. Zu Abs. 1. *Goldberger, Schutz gutgläubiger Dritter 35. Beim Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 170 f. BGB. erwirbt der gutgläubige Dritte aus dem mit einem Vertreter, dessen Vollmacht infolge der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vollmachtgebers erloschen ist, abgeschlossenen obligatorischen Geschäfte eine Konkursforderung.

II. Zu Abs. 2. Werkvertrag mit Geschäftsbesorgung. 1. Allgemeines. Heine, LeipzZ. **08** 850. Ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag, bei dem es sich um die Herstellung körperlicher Sachen handelt, untersteht den Bestimmungen der §§ 675 BGB., 23 KO. nur dann, wenn die persönliche Mitwirkung des Unternehmers zur Herstellung ausbedungen ist.

2. Einzelne Fälle. a) Verkaufskommissionsgeschäft. **RG. 71** 76, JW. **09** 366, R. **09** Ziff. 1920; (vgl. auch LeipzZ. **09** 543.) Der Kommissionsvertrag ist ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Ein Verkaufskommissionsgeschäft erlischt deshalb nach § 23 Abs. 2 KO. durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Kommittenten, wenn es zur Konkursmasse gehöriges Vermögen betrifft, unbeschadet der dem Kommissionär aus §§ 27, 23 KO. zustehenden Rechte. Folge: Der Verkaufskommissionär erwirbt an dem nach der Konkurseröffnung in seinen Besitz gelangten Kommissionsgute kein Pfandrecht (§ 397 HGB.) mehr für seine vor der Konkurseröffnung erworbenen Kommissionsforderungen. Dies gilt auch dann, wenn nach der Konkurseröffnung gemäß Vereinbarung zwischen Konkursverwalter und Kommissionär das Kommissionsverhältnis fortgesetzt wird. **b)** Scheckvertrag. α. Fürst, Leipz.Z **08** 407. Der Scheckvertrag ist nach § 675 BGB. zu beurteilen; er erlischt also durch die Konkurseröffnung, ist aber zugunsten eines gutgläubigen Zahlers nach §§ 23 und 6 KO. und zwar jeweils nach der dem Zahlenden günstigeren Gesetzesbestimmung, als noch fortbestehend zu betrachten. β. Breit, GoldschmidtsZ. **64** 445, behandelt den Konkurs des Ausstellers eines Schecks und die Rechtsfolge des Konkurses. Er hält gleichfalls den § 23 für anwendbar, will aber der Bank einen Aufrechnungsanspruch für ihre Ersatzforderung aus der Geschäftsbesorgung in voller Höhe (trotz § 27!) gewähren.

§ 24. 1. Bedeutung der Vorschrift. **a)** LeipzZ. **09** 493 (Cöln). Durch § 24 soll einer Vormerkung auch dem Konkursverwalter gegenüber ihre Wirkung erhalten werden. Da sie jedoch nur eine Sicherungsmaßregel, wenn auch ding-

licher Natur, ist, die bloß akzessorische Bedeutung hat und mit dem Rechte, dem sie dient, steht und fällt, so kann sie auch dem Konkursverwalter gegenüber nur Wirkung üben, wenn das Recht, zu dessen Sicherung sie dient, Bestand hat. Dieser bloß akzessorische Charakter ist der Vormerkung durch § 24 nicht genommen und hat ihr nicht genommen werden sollen. **b)** **RG.** ZBlFG. **9** 100. Aus dieser Vorschrift ist nicht zu entnehmen, daß der Konkursverwalter den mündlichen Verzicht auf Geltendmachung einer Eigentümergrundschuld zu beachten hat (vgl. hierzu auch § 12).

2. Nichterfüllung infolge Konkurseröffnung; vgl. § 26 Ziff. 1a.

3. Vgl. Goldmann zu § 6 III.

§ 26. 1. Nichterfüllung einer Verbindlichkeit. **a)** LeipzZ. **09** 491 (Cöln). Unter „Nichterfüllung infolge der Konkurseröffnung" ist die Nichterfüllung zu verstehen, die durch die mit der Konkurseröffnung eintretende Veränderung der Erfüllungsart eintritt, eine Veränderung, welche darin besteht, daß der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnen und der Gläubiger nicht mehr Befriedigung in der bisherigen Weise, der Verkäufer also nicht mehr schlechthin Zahlung des Kaufpreises, sondern nur die Konkursdividende oder, falls er Absonderungsberechtigter ist, Befriedigung im Wege der Absonderung verlangen kann. Ein im Vertrage vorgesehenes, aber bis zur Konkurseröffnung nicht ausgeübtes Rücktrittsrecht, das erst mit seiner Ausübung ein Recht auf Rückübertragung des Kaufgegenstandes gibt, kann hiernach nach der Konkurseröffnung nicht mehr geltend gemacht werden. Hieran ändert auch nichts, wenn der etwaige Rückübertragungsanspruch durch einstweilige Verfügung gesichert ist. Denn § 26 KO. wird durch § 24 KO. nicht berührt. **b)** Folge der Erfüllungsablehnung, vgl. § 17 III Ziff. 1. **c)** Kein Rückforderungsrecht des Konkursverwalters hinsichtlich des vom Gemeinschuldner schon Geleisteten, vgl. § 17 III Ziff. 1c.

2. Zu Satz 2. Forderung wegen Nichterfüllung usw. **a)** Kausalzusammenhang zwischen Nichterfüllung und Schaden. **RG.** LeipzZ. **08** 385, R. **08** Ziff. 1255. Der Schadensersatzanspruch aus § 26 setzt voraus, daß der entstandene Schaden ursächlich auf der Nichterfüllung beruht. Das mit der Nichterfüllung eröffnete Ursächlichkeitsverhältnis zu dem Schaden wird durch einen anderweiten Vertragsschluß seitens des Geschädigten nicht unterbrochen oder aufgehoben. **b)** Einzelnes. **RG. 67** 372, JW. **08** 208, LeipzZ. **08** 377, BadRpr. **08** 248, R. **08** Ziff. 1853. Unter diese Vorschrift fällt die Entschädigungsforderung des Untermieters (Unterpächters) bei Aufhebung des Hauptmiet-(pacht-)vertrags (vgl. § 21 Ziff. 1.)

Dritter Titel. Anfechtung.

§ 29. I. Dogmatisches. 1. Lenhard, BuschsZ. **38** 165 ff. Anfechtungsrecht ist das bestimmten Personen zustehende Recht, eine anfechtbare Rechtshandlung als unwirksam anzufechten, d. h. sich auf die Anomalien eines Tatbestandes zu berufen (Crome). Mit dem Anfechtungsrechte nicht zu verwechseln ist der Anfechtungsanspruch (das Recht auf Rückgewähr dessen, was aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist). Anfechtungsrecht und -Anspruch entstehen zu gleicher Zeit. Die Anfechtung bewirkt nicht die Unwirksamkeit, sondern stellt sie fest. Abzulehnen ist hiernach die Ansicht sowohl derjenigen, die das Bestehen des „Anfechtungsanspruchs" überhaupt leugnen (Hellwig, Verträge 381 und in BuschsZ. **26** 474; Windscheid-Kipp 954; Crome **1** 353) als auch derjenigen, welche den Anfechtungsanspruch erst durch die geltend gemachte Anfechtnng als entstanden ansehen wollen (Jaeger, KO. § 29 Anm. 1 u. a.). Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch sind dinglicher Natur. Unzutreffeud ist die Ansicht Hellwigs, daß der Anfechtungsbegriff der KO. und des AnfG. demjenigen des BGB. gleichzusetzen sei. Denn die anfechtbaren Geschäfte der KO.

und des AnfG. leiden nicht an einem Willensmangel wie diejenigen des BGB. — Die Dinglichkeit der Gläubigeranfechtung folgt einmal aus dem Begriffe der Unwirksamkeit und sodann aus der KO. und dem AnfG. selbst. Verf. gibt eine Begriffsbestimmung des dinglichen Anspruchs (bezweckt das Verbot von Störungen oder — bestritten — ein positives Tun oder Dulden) und stellt dann gegen die herrschende Meinung den Satz auf, daß Unwirksamkeit im Sinne des § 29 KO. relative Nichtigkeit (im Sinne des BGB.) bedeute. Da nun die an die relative Nichtigkeit geknüpften Ansprüche dinglicher Natur seien, müsse auch der Anfechtungsanspruch dinglich sein. Dies zeigen nach Ansicht des Verf. die KO. und das AnfG. selbst; denn wenn der Anspruch auch auf eine Leistung gerichtet sei und wenn auch dem Anfechtungsgläubiger bestimmte Verpflichtete gegenüberständen, so sei er doch ein sachenrechtlicher Wiederherstellungsanspruch, ein Anspruch, der auf Rückgewähr des Empfangenen in natura geht, sei es in toto, sei es, soweit die Rückgabe zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist (§ 37 Abs. 1 KO., § 7 Abs. 1 AnfG.). Auch diese teilweise Rückgewähr ist eine solche in natura. Der Anfechtungsanspruch richtet sich gegen Dritte (§ 40 KO., § 1 AnfG.) (194 ff.), genießt also absoluten Klageschutz, nicht nur Rechts-, sondern auch Besitznachfolgern gegenüber (196 f.); die Gegenleistung des Gegners ist in natura zurückzuerstatten (§ 38 KO.); die Forderung des Gegners, die durch Tilgung des Schuldners kraftlos geworden ist, lebt wieder auf (§ 39 KO., eine Bestimmung, die mit der obligatorischen Lehre völlig unvereinbar ist). Eine Reihe praktischer Folgen dieser Dinglichkeitslehre Lenhards ist 203 ff. behandelt.

2. Kirchberger, LeipzZ. **08** 766. Durch die Vorpfändung nach § 845 ZPO. entsteht weder ein „einstweiliges" (so Stein, SächsRpflA. **09** 1), noch ein resolutiv-, noch ein suspensivbedingtes Pfandrecht, noch wird das Pfandrecht zurückdatiert, sondern die Vorpfändung hat lediglich die Wirkung eines Veräußerungsverbots und es wird hinsichtlich des durch die Pfändung entstehenden Pfandrechts nur so angesehen, als ob es zur Zeit der Vorpfändung entstanden wäre. Hieraus folgt, daß Vorpfändung und Nachpfändung in einem unlösbaren Zusammenhange stehen; daher schließt die erfolgreiche Anfechtung der Nachpfändung nach § 30 die Wirksamkeit einer — wenn auch vor der fraglichen Zeit erfolgten — Vorpfändung aus (aA. die h. M., insbes. **RG. 42** 365).

II. Rechtsprechung. 1. Form der Anfechtung. SeuffA. **63** 429 (Hamburg). Die Anfechtung im Konkurse muß gerichtlich erfolgen.

2. Klagantrag, Urteilsformel. **RG.** JW. **08** 458. Bei der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts haben sowohl der Klagantrag wie auch die Urteilsformel auf Unwirksamkeit, nicht auf Anfechtbarkeit des Geschäfts zu lauten.

3. Zulässigkeit einer Anfechtungsklage als Feststellungsklage. **RG.** LeipzZ. **08** 786, R. **08** Ziff. 3166. Eine Feststellungsklage (dahin, eine von dem Gemeinschuldner bewirkte Abtretung der Konkursmasse für unwirksam zu erklären) ist bei der Anfechtung von Rechtshandlungen im Konkurse nicht (wie bei der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses) schlechthin ausgeschlossen. Sie erfordert aber, wie jede andere Feststellungsklage, ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung. Dieses liegt nicht vor, wenn sofort die der Anfechtung entsprechende Leistungsklage erhoben werden kann. Eine Feststellungsklage gegen den Zessionar kann nicht lediglich damit begründet werden, daß dieser die Forderung an einen Dritten abgetreten habe.

4. Anfechtungsklage gegenüber einem Pfändungspfandgläubiger. Gerichtsstand. a) **RG.** LeipzZ. **08** 609 und 610. Der Widerspruch des Konkursverwalters gegen die Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers aus dem Erlöse der gepfändeten Sache fällt unter § 771 ZPO.,

da der Konkursverwalter weder den Schuldner, noch den Pfandgläubiger vertritt und daher insofern als „Dritter" im Sinne jener Vorschrift erscheint. Die Anfechtungsklage ist daher ausschließlich bei dem Gerichte zu erheben, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt ist (§§ 771, 802 ZPO.). **b)** Jaeger, LeipzZ. **08** 611 (Bemerkung), wendet sich gegen diese Entscheidungen aus theoretischen und praktischen Gründen. **c)** R. **09** Ziff. 2500 (Stuttgart). Daraus, daß die Anfechtungsklage des Konkursverwalters gegebenenfalls als Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. erhoben werden kann, folgt nicht, daß jede derartige Anfechtungsklage in dem besonderen Gerichtsstande des § 771 Abs. 1 aaO. erhoben werden müßte. Der Konkursverwalter hat vielmehr die Wahl, entweder durch Heranziehung der im § 771 enthaltenen rechtlichen Gesichtspunkte sich dem dort festgesetzten ausschließlichen Gerichtsstande zu unterwerfen oder durch Gestaltung seiner Klage als reiner Anfechtungsklage diese Folge zu vermeiden. Im allgemeinen Gerichtsstande kann geklagt werden, wenn weder der Klagantrag, noch dessen Begründung ersehen läßt, daß ein Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung vermöge eines die Veräußerung hindernden Rechtes an den gepfändeten Gegenständen geltend gemacht werden sollte.

5. Wert des Streitgegenstandes bei der Anfechtungsklage. NaumburgAK. **09** 45 (Naumburg). Da durch die Anfechtungsklage im Konkurse lediglich die Beseitigung der Nachteile erstrebt wird, die der Konkursmasse aus der angefochtenen Handlung entstanden sind, nicht aber das Anfechtungsrecht wegen einer bestimmten Forderung geltend gemacht wird, so kann für die Festsetzung des Streitwerts § 6 ZPO. keine Anwendung finden (vgl. **RG. 34** 405); vielmehr kommt lediglich § 3 aaO. in Betracht, wonach der Wert nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung des Interesses des Klägers festzusetzen ist.

§ 30. I. Allgemeines. 1. NaumburgAK. **08** 75 (LG. Magdeburg). Die nach § 30 anfechtbare Handlung ist nicht als unerlaubte Handlung im Sinne des § 32 ZPO. anzusehen.

2. **RG.** JW. **08** 496. Zur Anfechtung von Vollstreckungspfändungen bedarf es nicht wie im AnfG. (§ 6) einer Mitwirkung des Gemeinschuldners.

3. SchlHolstAnz. **09** 264 (Kiel). Im Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft können nur Rechtshandlungen der Gesellschaft, nicht auch solche eines Gesellschafters, die er im eigenen Namen vorgenommen hat, angefochten werden.

4. BayRpflZ. **08** 170 (LG. I München). Wenn eine gegen den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung betätigte Mobiliarzwangsvollstreckung gemäß § 30 durch Urteil als unwirksam aufgehoben ist, so hindert das die Gläubiger nach Abschluß des Zwangsvergleichs nicht, die Pfändung weiter zu betreiben. Durch das Urteil ist die Pfändung lediglich den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt; diese Unwirksamkeit kann nicht vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden (vgl. statt aller Jaeger, KO. [2] § 29 Anm. 22). Den Einwand, daß der Gläubiger durch Empfang der Zwangsvergleichsquote befriedigt sei, kann der Gemeinschuldner nur im Wege der Klage gemäß § 767 ZPO. erheben.

5. **RG.** ZBlFG. **10** 53 Ziff. 82, BayRpflZ. **09** 230, R. **09** Ziff 1681. Der Grundbuchrichter handelt nicht fahrlässig, wenn er einen auf Eintragung einer Sicherungshypothek gerichteten Arrestbefehl nicht schneller erledigt, als sonstige bei ihm eingehende Anträge auf Eintragungen in das Grundbuch. Eine Rücksichtnahme darauf, daß der Antragsteller gegen Anfechtung nach § 30 zu sichern sei, kann nicht gefordert werden, weil dieser Gesichtspunkt für jede Eintragung zutreffen würde.

II. Zahlungseinstellung. 1. Begriff der Zahlungseinstellung. a) **RG.** 3. 12. 07, SeuffA. **63** 170, JW. **08** 48, R. **08** Ziff. 391. Unter Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene Tatsache zu verstehen, daß der Schuldner infolge Mangels an den erforderlichen Geldmitteln in der Allgemeinheit aufgehört hat, seine fälligen Zahlungsverbindlichkeiten zu erfüllen. Wenn er in der kritischen Zeit einige kleine Forderungen nicht befriedigt, später aber noch größere Zahlungen geleistet hat, so bedarf es besonderer Begründung, um gleichwohl die Zahlungen als schon zu dieser Zeit in der Allgemeinheit eingestellt erachten zu können. **b)** **RG.** 14. 2. 08, LeipzZ. **08** 386, BadRpr. **08** 138. Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung der fälligen Geldforderungen andrängender Gläubiger wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln. Die Zahlungseinstellung kann nicht lediglich daraus geschlossen werden, daß der Gemeinschuldner etwa 3 Wochen vor Konkurseröffnung seine Gläubiger zu einer Besprechung mit der Mitteilung eingeladen hat, daß er seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen könne, und daß darauf diese Besprechung stattgefunden hat. Diese Umstände schließen nicht aus, daß der Gemeinschuldner seine fälligen Verbindlichkeiten noch erfüllen konnte oder doch um ihre Erfüllung nicht gedrängt wurde und lediglich vorsorglich, um eine spätere Zahlungseinstellung zu vermeiden, eine Einigung mit seinen Gläubigern herbeizuführen versucht hat. **c)** **RG.** 12. 5. 08, JW. **08** 459, LeipzZ. **08** 860. Die Zahlungseinstellung ist nicht lediglich ein Zustand, aus dessen unbestrittenem Bestehen an einem bestimmten Tage auch auf dessen Vorliegen zu einer früheren Zeit rückwärts geschlossen werden könnte, sondern sie stellt sich als eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Gemeinschuldners dar, durch die er nach außen zu erkennen gibt, daß er seine fälligen Geldschulden in ihrer Allgemeinheit aus nicht bloß vorübergehendem Mangel an Zahlungsmitteln nicht mehr erfüllen kann. **d)** Zum strafrechtlichen Begriffe der „Zahlungseinstellung" vgl. § 239 Ziff. 1.

2. Rechtssätze allgemeinen Inhalts. a) Angabe des Gemeinschuldners. **RG.** LeipzZ. **09** 400, 481, R. **09** Ziff. 1034. Die einfache Angabe des Gemeinschuldners im Konkursantrage, daß die Zahlungseinstellung seit einem bestimmten Tage bestehe, genügt zur Annahme der Zahlungseinstellung ohne Anführung näherer Tatsachen nicht. Dies muß insonderheit dann gelten, wenn bei dem Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft eine Gesellschaft unter Widerspruch der anderen einen bestimmten Zeitpunkt als Zeitpunkt der Konkurseröffnung angibt. Die Zahlungseinstellung setzt objektiv voraus, die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung der fälligen Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln. Die subjektive Angabe des Gemeinschuldners über den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung hat nur die Bedeutung eines Beweismittels. **b)** Weit zurückliegende Zahlungseinstellung. LeipzZ. **08** 173 (Frankfurt). Es ist durchaus denkbar, daß eine Zahlungseinstellung erst nach einigen Jahren zur Konkurseröffnung führt. **c)** Beseitigung früherer Zahlungseinstellung. **RG.** LeipzZ. **08** 540, JW. **08** 342, R. **08** Ziff. 2065. Ist einem Schuldner nach eingetretener Zahlungseinstellung ein allgemeines Moratorium bewilligt worden, so ist damit die vorher vorhanden gewesene Zahlungseinstellung beseitigt. Unerheblich ist, ob der Schuldner seine Zahlungen wieder aufnimmt, da er infolge des Moratoriums einstweilen nicht zu zahlen braucht. Allerdings können die Gläubiger nach Ablauf der Frist wieder Zahlung verlangen. Treten dann die Merkmale der Zahlungseinstellung abermals zutage, so handelt es sich um eine neue Zahlungseinstellung, die nicht etwa als eine Fortsetzung der früheren Zahlungseinstellung anzusehen ist.

3. Einzelne Fälle, in denen das Vorliegen einer Zah-

lungseinstellung angenommen ist. a) **RG.** LeipzZ. **08** 703, R. **08** Ziff. 2220. Auf Grund der Feststellung, daß der Gemeinschuldner (Bauunternehmer) in der ersten Dezemberhälfte von rund 48 000 M. Wechselakzepten nur solche in Höhe von 2820 M. einlösen konnte, bis Ende Januar nächsten Jahres 61 Pfändungen (darunter schon anfangs Dezember bezüglich des gesamten Baumaterials) gegen sich ergehen lassen mußte und nur unter Zuhilfenahme des Spargeldes seiner Kinder lediglich 66 000 M. von rund 140 000 M. fälligen, nicht gestundeten Forderungen zahlen konnte, durfte unbedenklich Zahlungseinstellung bereits für Dezember angenommen werden. **b)** SeuffBl. **08** 973 (Augsburg). Auf Grund der Feststellung, daß der Gemeinschuldner Ende August gezwungen war, sein ganzes Mobiliar zu verkaufen, Mitte September eine Forderung von 320 M. nicht bezahlen konnte, sondern mit der Bitte um Stundung einen Wechsel schickte, ferner zur Begleichung eines Guthabens am 1. Oktober zur Verschleuderung von Waren greifen mußte, und deswegen am 13. Oktober zur sofortigen Befriedigung oder ausreichenden Sicherung aufgefordert, erklärte, weder zu dem einen noch zu dem anderen imstande zu sein, kann im Zusammenhalte mit einer am letztgenannten Tage bestehenden Überschuldung in Höhe von 10 000 M. Zahlungseinstellung für Mitte Oktober angenommen werden. **c)** LeipzZ. **08** 173 (Frankfurt). Zahlungseinstellung liegt vor, wenn ein vermögensloser Bauunternehmer, dem die erwarteten Gelder nicht zufließen, die Versteigerung seiner gepfändeten Wohnungseinrichtung geschehen läßt. **d)** KGBl. **09** 105 (KG.). In der Nichteinlösung eines Wechsels seitens eines Kaufmanns und in der Annahme von Teilzahlungen auf die durch Pfändung gesicherte Forderung kann die Zahlungseinstellung des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers davon erblickt werden. **e)** BayRpflZ. **4** 403 (Bamberg). Flucht eines Defraudanten ins Ausland ist als Zahlungseinstellung dann anzusehen, wenn der Schuldner bestrebt war, der Allgemeinheit seiner Gläubiger zu entrinnen. **f)** R. **08** Ziff. 1440 (Stuttgart). Räumt der Schuldner seinen Gläubigern, die ihm dagegen Stundung gewähren, ein Kontrollrecht über seine Geschäftsführung in der Weise ein, daß er sich des Dispositionsrechts in seinem Geschäfte begibt und dieses nur für Rechnung der Gläubiger weiterführt, so liegt Zahlungseinstellung vor.

4. Einzelne Fälle, in denen das Vorliegen einer Zahlungseinstellung nicht oder nur mit Einschränkung angenommen ist. a) **RG.** JW. **09** 466. Wenn der Schuldner den Eingang bedeutender Barmittel in kurzer Frist zu erwarten hat, kann eine Zahlungseinstellung — zu deren Annahme ein bloß vorübergehender Mangel an Zahlungsmitteln nicht genügt — nur unter besonderen Umständen festgestellt werden. **b)** LeipzZ. **08** 173 (Frankfurt). Der Mangel an Bargeld zur kritischen Zeit begründet noch nicht die Annahme der Zahlungseinstellung, namentlich dann nicht, wenn der Gemeinschuldner noch Außenstände hatte, auf die er Vorschüsse bekommen konnte, und wenn ihm später noch erhebliche Beträge zugeflossen sind. **c)** **RG.** BadRpr. **09** 164. Eine Zahlungseinstellung liegt trotz vorausgegangener Protestierung eines Wechsels nicht vor, wenn der Konkurs erst 3 Monate nach dem fraglichen Zeitpunkt eröffnet worden ist und der Gemeinschuldner inzwischen noch größere Zahlungen geleistet und namentlich auch jenen Wechsel nachträglich eingelöst hat. **d)** **RG.** LeipzZ. **08** 378, SeuffA. **63** 170, R. **08** Ziff. 392. Hat für den Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkte die Gewährung eines ausreichenden Kredits in bestimmter Aussicht gestanden, so kann dadurch für diesen Zeitpunkt die Annahme der Zahlungseinstellung ausgeschlossen sein, auch wenn es nachher zur Gewährung des Kredits tatsächlich nicht gekommen ist (vgl. JW. **02** 546). **e)** **RG.** SeuffA. **63** 169. Nichteinlösung von Gefälligkeitsakzepten begründet nicht notwendig Zahlungseinstellung. **f)** **RG.** JW. **08** 48, SeuffA. **63** 48, R. **08** Ziff. 390. Aus der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten,

die zwar fällig sind, bezüglich deren aber die Gläubiger, sei es auch nur stillschweigend, Aufschub gewähren, kann eine ausreichende Grundlage für die Feststellung der Zahlungseinstellung nicht gefunden werden. Zahlungseinstellung setzt auch Zahlungsbegehren des Gläubigers voraus. g) **RG.** JW. **09** 466. Nicht Zahlungseinstellung, sondern Zahlungsstockung liegt vor, wenn der Gemeinschuldner Waren im Werte von 300 000 M. in Rußland zu lagern hatte, dem Verkaufe dieser Waren nur das Hindernis entgegenstand, daß die zum Zwecke des Verkaufs gegründete Gesellschaft in Moskau noch nicht eingetragen und diese Eintragung wieder nur deshalb nicht stattgefunden hatte, weil inzwischen der Konkurs über sein Vermögen eröffnet worden war. h) **RG.** R. **09** Ziff. 2991. Als Anhaltspunkt gegen die Annahme einer Zahlungseinstellung kann verwertet werden, daß der spätere Gemeinschuldner auf Klage hin stets ohne Urteil gezahlt und dem Konkursverwalter noch einen größeren Barbetrag ausgehändigt hat.

III. Kenntnis der Zahlungseinstellung. 1. Otto, Sächs. RpflA. **09** 514 f., verlangt, daß im Wege der Gesetzgebung der Reinigungseid über die Nichtkenntnis der Zahlungseinstellung (§ 30 Ziff. 1) ausgeschlossen werden soll. Ebenso sollen im Falle des § 31 Ziff. 2 die Angehörigen des Gemeinschuldners als Anfechtungsbeklagte nicht in die Versuchung geführt werden, die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners abzuschwören. Vor allem aber sollte die Feststellung der Zahlungseinstellung dem Konkursgerichte mit Bindung für jedes Prozeßgericht übertragen werden (Verf. macht bestimmte Vorschläge: das Konkursgericht soll unanfechtbar entscheiden; einer Begründung soll die Entscheidung nur bedürfen, wenn der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung länger als einen Monat vor die Konkurseröffnung zurückverlegt wird). Gegenwärtig müsse es dem Rechtsgefühle jedes gesund denkenden Menschen widersprechen, wenn dem Anfechtungsbeklagten als Ergebnis des Anfechtungsprozesses vom Gericht auferlegt werde, seine persönliche Kenntnis von der Zahlungseinstellung abzuschwören und damit — noch dazu für die Eidesleistung — einen Begriff in sein Vorstellungsvermögen aufzunehmen, dessen Inhalt einen Herd von Zweifelsfragen bilde.

2. Rechtsprechung. Kenntnis. a) PosMSchr. **08** 16 (Königsberg). Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 30 ist die Kenntnis der Zahlungseinstellung durch den Gläubiger; daß er die Überschuldung oder die schlechte Vermögenslage des Schuldners gekannt hat, genügt nicht. b) **RG.** LeipzZ. **09** 400, R. **09** Ziff. 354. Zur Annahme einer Kenntnis der Zahlungseinstellung genügt es nicht, daß der Gemeinschuldner dem fraglichen Gläubiger erklärt, nicht mehr zahlen zu können. Eine dem Gesetz entsprechende Kenntnis der Zahlungseinstellung liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Gläubiger diese Mitteilung nach Lage der Sache als wahrheitsgemäß und ernst gemeint angesehen hat. c) **RG.** JW. **08** 459, LeipzZ. **08** 860. Hinsichtlich des Anfechtungsbeklagten genügt es nicht, die Kenntnis derjenigen Tatsachen festzustellen, aus denen das Gericht die Zahlungseinstellung folgert; es muß vielmehr feststehen, daß der Anfechtungsbeklagte aus den ihm bekannten Tatsachen diesen Schluß tatsächlich gezogen hat. d) **RG.** LeipzZ. **08** 378. Zur Feststellung, daß der Anfechtungsgegner die Zahlungseinstellung des späteren Gemeinschuldners gekannt habe, genügt nicht die Feststellung seiner Kenntnis davon, daß der Schuldner zu der fraglichen Zeit seine Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen konnte, sondern es muß festgestellt werden, daß der Anfechtungsgegner sich bewußt war, es sei in dem ihm bekannten Verhalten des Schuldners eine Zahlungseinstellung zu finden (vgl. auch **RG. 23** 114). e) Kenntnis des beim Schuldner pfändenden Gerichtsvollziehers und seines Auftraggebers. HessRspr. **8** 82, JustdRundsch. **2** 102 (Darmstadt). Der Gerichtsvollzieher handelt bei Vornahme einer Pfändung und bei Empfangnahme von Zah-

lungen als Organ des Staates. Er ist gleichzeitig aber auch als Beauftragter und Bevollmächtigter des Gläubigers anzusehen. Trotz der Kenntnis der Zahlungseinstellung darf er die Ausführung eines Vollstreckungsauftrags nicht verweigern, wohl aber soll er von der Zahlungseinstellung dem Gläubiger Mitteilung machen und dessen weitere Entschließung einholen. Unterläßt er dies, so ist seine Kenntnis unerheblich und kann nicht die auf seiten des Gläubigers mangelnde Kenntnis ersetzen. Insoweit ist er nicht dessen Vertreter (vgl. Jaeger, KO. § 30 u. a.). Anders wäre es, wenn der Gerichtsvollzieher eine besondere Vertretungsvollmacht vom Gläubiger erhalten hätte.

3. Entscheidender Zeitpunkt bei der Kenntnis. a) **RG.** JW. **08** 459. Ist von dem nachmaligen Gemeinschuldner in einer notariellen Erklärung dem Beklagten für eine angebliche Darlehnsforderung mit seinem Grundstück eine Hypothek bestellt und ist diese Erklärung von einem Dritten ohne seinen Auftrag, aber in seinem Namen hierbei angenommen, so ist für die Anfechtbarkeit die Kenntnis des Vertretenen im Zeitpunkte der Genehmigung entscheidend. b) **RG. 68** 150, JW. **08** 343, R. **08** Ziff. 2064. Bei der anfechtbaren Bestellung einer Hypothek ist die dem Anfechtenden nachteilige Veränderung im Eigentume des Schuldners nicht schon durch die Verpfändungserklärung oder den Eintragungsantrag des Grundstückseigentümers oder durch die Eintragungsverfügung des Grundbuchrichters erfolgt; die fragliche Vermögensverschiebung vollzieht sich vielmehr erst durch die Eintragung selbst. Bei der Anfechtung einer Hypothekeneintragung kommt es daher für die Frage der Kenntnis des Gläubigers von dem Eröffnungsantrag oder der Zahlungseinstellung lediglich darauf an, ob diese Kenntnis bei dem Gläubiger zur Zeit der Eintragung selbst, nicht zur Zeit des Eintragungsantrags vorhanden war.

IV. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Einzelne Fälle. a) PosMSchr. **08** 170 (Posen). Durch die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke des Gemeinschuldners zugunsten eines Dritten werden „die Konkursgläubiger" auch dann benachteiligt, wenn der Dritte als Gegenleistung für die Einräumung der Hypothek einzelne dieser Gläubiger befriedigt. Denn er tritt mit seinem Anspruch auf Ersatz der Zahlungen in den Konkurs ein und ist durch die Hypothek in vollem Umfange seiner Forderung gesichert, während die Gläubiger sich hätten mit der Konkursdividende begnügen müssen. b) **RG.** LeipzZ. **09** 557. Schon in der Begründung einer zwar sicheren, aber erst später fällig werdenden Hypothek an Stelle eines bereits gegenwärtig dem Zugriffe der Gläubiger offenstehenden Vermögenswerts des Gemeinschuldners liegt eine Benachteiligung seiner Gläubiger. c) **RG.** PosMSchr. **09** 90. Durch die hypothekarische Belastung eines zu der Konkursmasse gehörigen Grundstücks durch den Gemeinschuldner wird in der Regel eine Benachteiligung der Konkursgläubiger herbeigeführt. Nur unter besonderen Umständen wird die an sich begründete Annahme der Benachteiligung als widerlegt zu erachten sein, selbstverständlich z. B., wenn durch den die Belastung übersteigenden Wert des Grundstücks oder durch sonstiges Vermögen des Gemeinschuldners Mittel zur Verfügung gelangen, aus denen die vollständige Befriedigung der Konkursgläubiger erfolgen kann. Solche oder ähnliche Umstände besonderer Art hat der Anfechtungsgegner zu behaupten und zu beweisen. d) ThürBl. **54** 175 (Jena). Darin, daß der Schuldner alle an seine Abnehmer etwa entstehenden Forderungen an seine Lieferanten zu deren Sicherheit abtritt, liegt keine Benachteiligung der Gläubiger, wenn die Abtretung lediglich den Zweck verfolgt, den Geschäftsbetrieb des Abtretenden aufrechtzuerhalten. e) R. **09** Ziff. 2688 (Hamburg). Der Grundstückseigentümer, welcher seine Mietsforderungen einem Vertrauensmanne der Hypothekengläubiger überträgt, damit dieser die Mieten einziehe und zur Deckung der Hypothekenzinsen verwende, benachteiligt die übrigen Gläubiger

nicht, da die Hypothekengläubiger lediglich das erlangen, was sie auch im Wege der Zwangsverwaltung erreichen konnten. **f)** OLG. **19** 206, R. **09** Ziff. 3157 (KG.). Zahlt der eine Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft den von ihm angenommenen, vom anderen Inhaber ausgestellten, von der Gesellschaft indossierten Wechsel, so kann der Verwalter des Gesellschaftskonkurses die Zahlung selbst dann nicht anfechten, wenn der Zahlende die Mittel zur Zahlung in Erfüllung einer der Gesellschaft ihm gegenüber obliegenden Verpflichtung erhalten hat. Denn die Gesellschaft hat jedenfalls unmittelbar nichts aus ihrem Vermögen an den Zahlungsempfänger gelangen lassen; ihr Vermögen ist nicht verringert und eine Gläubigerbenachteiligung hat nicht stattgefunden.

2. Veräußerung von Sachen seitens des Gemeinschuldners, die er unter Eigentumsvorbehalt seines Verkäufers erworben hatte (§ 455 BGB.). a) **RG. 67** 20. Die Veräußerung von Sachen, die der veräußernde Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt seines Verkäufers erworben hatte, kann vom Konkursverwalter angefochten werden, denn die Sachen haben, da der Gemeinschuldner jederzeit durch Zahlung des Restkaufpreises Eigentum erwerben konnte, in seinem Vermögen gestanden; da auch der Konkursverwalter diese Rate zahlen und das Eigentum erwerben konnte, sind die Gläubiger durch die Veräußerung geschädigt. Der Anfechtungsbeklagte kann sich nicht auf den Eigentumsvorbehalt berufen. Durch die erfolgreiche Anfechtung lebt der Vorbehalt nicht wieder auf, denn die Anfechtungsklage geht nicht auf Rückübertragung des Eigentums, sondern auf Duldung der Verwertung der Kaufgegenstände für die Konkursmasse. **b)** Dagegen Flatau, KGBl. **09** 37. Durch die unberechtigte Veräußerung der vom Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sache an einen gutgläubigen Erwerber erlischt das Eigentum des Abzahlungsverkäufers. Dieses lebt auch nicht dadurch wieder auf, daß der Konkursverwalter die Veräußerung erfolgreich anficht. Ebensowenig darf aber die Konkursmasse aus der rechtswidrigen Handlung des Gemeinschuldners Vorteil ziehen. Dies würde der Fall sein, wenn der Konkursverwalter die Sache so verwerten könnte, als wenn sie Eigentum des Schuldners gewesen wäre, während diesem in Wahrheit nur eine Anwartschaft auf den Erwerb des Eigentums zustand. Verwertet sie der Verwalter als Eigentum, so wird die Masse um den rückständigen Kaufpreis dem Verkäufer gegenüber ungerechtfertigt bereichert. Gleiches gilt auch für die Anwendung außerhalb des Konkurses.

3. Zeitpunkt der benachteiligenden Rechtshandlung. a) **RG. 68** 374, LeipzZ. **08** 700, JW. **08** 459. Bei der Hypothekenbestellung ist nach dem Zeitpunkte der Grundbucheintragung und nicht nach dem der Eintragungsbewilligung zu entscheiden, ob die Rechtshandlung vor oder nach der Zahlungseinstellung stattgefunden hat. **b)** ZBlFG. 8 358 (Hamburg). Für die Anfechtung einer Zwangshypothek aus § 30 ist der Tag ihrer Eintragung maßgebend.

V. Anfechtung nach Ziff. 1. 1. Anwendungsgebiet der Bestimmung. **RG.** LeipzZ. **08** 540, JW. **08** 342, R. **08** Ziff. 2065. Der Anfechtung aus Ziff. 1 unterliegt eine Befriedigung oder Sicherung, die nach der für den Konkurs ursächlich gewordenen Zahlungseinstellung erfolgt.

2. Putativgeschäft. a) HansGZ. **08** Beibl. 46 (Hamburg). Der Verkäufer, der die dem nachmaligen Gemeinschuldner übersandten und in seinen Gewahrsam gelangten Waren in Kenntnis der Zahlungseinstellung ohne oder wider den Willen des Gemeinschuldners zurückholt, muß sich der anfechtenden Konkursmasse gegenüber so behandeln lassen, als ob er ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner abgeschlossen habe. Die klagende Konkursmasse kann nicht darunter leiden, wenn ein bestimmter Wille des Gemeinschuldners bez. der Herausgabe resp. der

Nichtherausgabe der Waren nicht erwiesen ist. Man wird in solchem Falle mit einem Putativrechtsgeschäft operieren müssen, das die Normierung des Kaufvertrags und der erfolgten Eigentumsübertragung zum Inhalte hat. Ein solches Rechtsgeschäft ist unter den Voraussetzungen der Ziff. 1 anfechtbar. **b)** Vgl. dazu **RG. 70** 58. Ein bloßes Putativgeschäft unterliegt nicht der Anfechtung des Konkursverwalters auf Grund des § 30 Ziff. 1 Halbsatz 1; denn die Anfechtung auf Grund dieser Vorschrift setzt ein Rechtsgeschäft voraus, das nicht lediglich in der Einbildung der Beteiligten besteht, sondern das wirklich eingegangen und zwischen den Beteiligten auch wirksam ist, und dem nur „den Konkursgläubigern gegenüber" (§ 29) die Wirksamkeit entzogen werden soll.

3. Dinglicher und obligatorischer Vertrag. **a)** HansGZ. **08** Beibl. 46 (Hamburg). Sind dem Schuldner Waren verkauft und zu Eigentum übergeben, so wird die dingliche Wirkung der Eigentumsübertragung durch die Anfechtbarkeit des Kaufgeschäfts nicht berührt. Nimmt daher der Verkäufer wider oder ohne Willen des Käufers und nachherigen Gemeinschuldners die Waren wieder an sich, so liegt hierin eine anfechtbare Rechtshandlung (sog. Positivrechtsgeschäft). **b)** Vgl. dazu **RG. 70** 55, JW. **09** 55. Ein die Anfechtung begründender Willensmangel ergreift mit dem Kausalgeschäft auch den dinglichen Vertrag, sofern der Mangel bis zum Abschlusse des letzteren fortgewirkt hat.

4. Sind Erfüllungsgeschäfte anfechtbar? Ottenheimer, WürttRpflZ. **1** Beibl. Wenn der Schuldner seine Verpflichtung auch nur so erfüllt, wie es der Gläubiger verlangen kann, so ist die Erfüllungshandlung gleichwohl anfechtbar, sofern der Erfüllende weiß, daß diese Handlung den zu befriedigenden Gläubiger begünstigt und zugleich infolge unzureichender Vermögensmasse die anderen Gläubiger schädigen muß, und wenn der empfangende Gläubiger dieses „Motiv" seines Schuldners kannte.

5. Einzelne Fälle. **a)** Scheckzahlung, Scheckbegebung. Fürst, LeipzZ. **08** 407. Nicht die Scheckzahlung, sondern nur die Scheckbegebung ist nach §§ 29 ff. KO. anfechtbar, wobei die späteren Indossatare als Rechtsnachfolger im Sinne des § 40 KO. zu betrachten sind. Die Scheckbegebung ist aber kongruente Deckung, also auf Grund des § 30 KO. nur nach Ziff. 1 anfechtbar, da sie die Zahlung nicht ersetzen, sondern nur vermitteln und also bewirken soll. **b)** PosMSchr. **08** 170 (Posen). Die Eintragung einer Hypothek ist nach Ziff. 1 anfechtbar, auch wenn mit dem Gelde einzelne Gläubiger des Gemeinschuldners befriedigt sind. Es kann aber nicht Löschung verlangt, sondern lediglich begehrt werden, daß der Hypothekengläubiger mit seinem Rechte auf Befriedigung aus der Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber zurücktritt. **c)** **RG.** Leipz. Z. **08** 703, R. **08** Ziff. 2220. Die Zession einer Hypothek gegen Freigabe unanfechtbar erworbener Pfandrechte ist nur dann anfechtbar, wenn die Hypothek nach Maßgabe ihrer Sicherheit (nicht ihres Nominalwerts) für die Konkursmasse wertvoller war als das freigegebene Pfand. **d)** SeuffBl. **08** 911 (München). Bei einem auf gegenseitiger Kreditgewährung beruhenden Kontokorrentverhältnis ist die Anfechtung einzelner Leistungen nicht nur nach § 30 Ziff. 1 Satz 1 KO. (wie **RG.** JW. **97** 368 annimmt), sondern auch nach § 30 Ziff. 1 Satz 2 KO. möglich. „Rechtshandlungen, welche Befriedigung gewähren", sind alle, welche unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch Ausgleichung oder Aufrechnung, Befriedigung nach sich ziehen, nicht nur solche, welche die Befriedigung bezwecken. **e)** SächsOLG. **30** 517 (Dresden). Wenn der Gemeinschuldner einem Gläubiger, mit welchem er in Kontokorrentverkehr steht, Zahlungen leistet und diese auf dessen Konto gutschreiben läßt, so handelt es sich, da im Kontokorrentverkehr einzelne Posten nicht zum Gegenstande besonderer Regulierung gemacht werden können, nicht um eine Befriedigung

des Gläubigers wegen des ihm gewährten Kredits, wohl aber kann es sich nach Lage des Falles um eine Sicherung handeln, auf die der Gläubiger kein Recht hatte. **f)** LeipzZ. **09** 84 (Stettin). Die Sicherstellung künftigen Kredits ist aus § 30 Ziff. 1 Fall 2 nicht anfechtbar. Der Anfechtung unterliegt nur die Sicherung eines bereits begründeten Anspruchs, nicht eine Rechtshandlung, durch die der spätere Gemeinschuldner für vereinbarterweise noch in Aussicht stehende Leistungen im voraus — wenn auch durch fiduziarische Übereignung — Sicherheit gewährt. Vgl. hierzu auch **RG. 29** 78. g) Sicherheitsleistung zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung: vgl. IV Ziff. 1 d.

6. Klagänderung. LeipzZ. **09** 84 (Stettin). Der Übergang der Klagebegründung von § 30 Ziff. 1 auf § 31 Ziff. 1 ist eine Klagänderung.

VI. Anfechtung nach Ziff. 2 1. Allgemeines. Beweislast. **a)** BayRpflZ. **08** 403, LeipzZ. **08** 874 (Bamberg). Die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners und deren Kenntnis sind nicht klagbegründende Tatsachen, sondern ihr Mangel bildet den Gegenstand einer rechtsverneinenden Einwendung, muß also auch dann bewiesen werden, wenn der Konkursverwalter das Vorliegen einer Begünstigungsabsicht nicht behauptet hat (vgl. dazu die Bemerkungen von Jaeger, LeipzZ. **08** 874). **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 700. Wer sich der Anfechtung eines Vertrags, den ein anderer ohne Vertretungsmacht für ihn geschlossen hat, nach § 30 Ziff. 2 KO. erwehren will, muß beweisen, daß ihm im Zeitpunkte seiner Genehmigung des vollmachtlosen Abschlusses weder bekannt gewesen ist, daß der Gemeinschuldner schon vor Abschluß der angefochtenen Rechtshandlung seine Zahlungen eingestellt hatte, noch auch, daß der Gemeinschuldner zur Zeit des Abschlusses der Rechtshandlung die im § 30 Ziff. 2 bezeichnete Begünstigungsabsicht hatte.

2. Zehntägige Frist. a) **RG.** WarnE. **1** Ziff. 85. Bei einer Rechtshandlung, die innerhalb von 10 Tagen vor dem Eröffnungsantrage vorgenommen ist, kommt es weder auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung, noch auf die Kenntnis des Beklagten von der Zahlungseinstellung an. **b)** LeipzZ. **08** 174 (Frankfurt). Eine auf eine Grundbucheintragung hinzielende Eintragungsbewilligung kann angefochten werden, wenn die Grundbucheintragung noch innerhalb der kritischen 10 Tage vollzogen wird, mag auch die Eintragungsbewilligung weiter zurückliegen (vgl. Jaeger, KO. Anm. 19 zu § 30).

3. „Rechtshandlung". LeipzZ. **09** 494, SächsOLG. **30** 337 (Dresden). Die auf Antrag eines persönlichen Gläubigers erfolgte Beschlagnahme eines Grundstücks zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung ist eine nach § 30 Ziff. 2 anfechtbare „Rechtshandlung".

4. Sicherung oder Befriedigung, die der Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. a) Im allgemeinen. **RG.** LeipzZ. **08** 607, R. **08** Ziff. 141. Deckungsgeschäfte sind aus § 30 Ziff. 2 KO. nur insoweit anfechtbar, als durch sie dem Anfechtungsgegner eine inkongruente Deckung auch wirklich gewährt ist. **b)** Überschreiten eines Kredits. Rückzahlung. **RG. 71** 89, JW. **09** 423, R. **09** Ziff. 2166. Wenn ein Bankhaus einem Kunden bis zu einem bestimmten Höchstbetrage Kredit in laufender Rechnung eröffnet, so entspricht es der Natur dieses Verhältnisses, daß die kreditierte Summe nicht unverändert bis zur Beendigung des Kreditvertrags stehen bleiben soll; sie soll vielmehr möglichst oft umgesetzt werden, indem der Kunde die bei ihm eingehenden Akzepte seiner Kunden dem Bankhaus überweist und dann seinerseits wieder über einen entsprechenden Betrag bei der Bank verfügen kann. Ob solche vorübergehende und vorübergehend gewollte Gutmachungen im Sinne des § 30 Ziff. 2 KO. als eine „Befriedigung" der Bank anzusehen sind, kann zweifelhaft sein, eine solche Befriedigung ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Kunde den Höchstbetrag seines Kredits

überschritten hatte und seine Schuld bis auf den Höchstbetrag herabmindert. Soll diese Herabminderung dauernd und endgültig sein, so ist sie insoweit Befriedigung des Gläubigers. **c)** Wahlschuld mit Schuldnerwahlrecht. Alternative Ermächtigung. **RG. 71** 89, JW. **09** 423, R. **09** Ziff. 2167. Als eine Sicherung oder Befriedigung, die der Gläubiger zu beanspruchen hat, muß auch eine solche gelten, zu deren Annahme er dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist. Dies trifft ganz unzweifelhaft zu im Falle einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners (§ 262 BGB.). Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Gläubiger nur Barzahlung zu fordern hat, der Schuldner aber berechtigt ist, sich durch eine andere Leistung — Hingabe von Kundenwechseln — von seiner Verpflichtung zu befreien (facultas alternativa). Auch hier hängt die Art der Befriedigung von dem Willen des Schuldners ab. Es wäre aber ein unerträglicher Rechtszustand, wenn einerseits der Gläubiger verpflichtet wäre, die ihm vom Schuldner angebotene Art der Befriedigung als Erfüllung anzunehmen, andererseits die Gläubiger des Schuldners die Macht hätten, die Befriedigung als eine nicht in der Art geschuldete anzufechten. **d)** Unternehmer nach § 648 BGB. α. SchlHolstAnz. **09** 22 (Kiel). Darin, daß dem Unternehmer eines Bauwerkes, der nach § 648 BGB. die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke verlangen kann, statt einer solchen eine Darlehnshypothek in Höhe seiner Forderung gewährt ist, liegt nicht notwendig eine Sicherung, die er „nicht der Art nach zu beanspruchen hatte". β. R. **08** Ziff. 1439 (Stuttgart). Die Bestellung einer Verkehrshypothek an Stelle einer Sicherungshypothek im Sinne des § 648 BGB. enthält eine Begünstigung des Gläubigers im Sinne des § 30 Ziff. 2 KO. γ. LeipzZ. **08** 624, BadRpr. **08** 1 (Karlsruhe). Wird dem Gläubiger, der nach § 648 BGB. die Bestellung einer Sicherungshypothek verlangen kann, eine im Range vorgehende Eigentümerhypothek abgetreten, so unterliegt diese Abtretung der Anfechtung nach § 30 Ziff. 2. **e)** Ehrenwörtliches Versprechen. **RG.** LeipzZ. **09** 690. Auch ein ehrenwörtliches Versprechen kann eine vertragliche Bindung erzeugt haben. Die Erfüllung eines solchen braucht nicht notwendig eine Befriedigung des Gläubigers zu sein, auf die dieser keinen Anspruch hat. **f)** Wechselgläubiger. **RG.** R. **08** Ziff. 3075. Wenn eine Bank mit dem Aussteller eines in ihrem Besitze befindlichen, mit einem gefälschten Akzepte versehenen Wechsels vereinbart, den Wechsel nicht zu protestieren und dafür den Aussteller mit der Einlösungsvaluta zu belasten, so ist die Sicherungsgewährung nicht anfechtbar, sofern sie als Gegenleistung für den Verzicht der Bank auf ihre wechselrechtlichen Ansprüche insbesondere gegenüber weiteren Wechselschuldnern gewährt ist. **g)** Begründung und Sicherstellung einer neuen Forderung. **RG.** LeipzZ. **08** 858. Die Vorschrift der Ziff. 2 findet keine Anwendung, wenn eine neue Forderung begründet und sofort sichergestellt wird. Wenn der Gläubiger einer Forderung, für die ein kräftiger und ein schwacher Schuldner als Gesamtschuldner haften, von dem schwachen Schuldner angegangen wird, gegen Gewährung hypothekarischer Sicherheit ihn als alleinigen Schuldner unter Entlassung des starken Schuldners anzunehmen, so erfolgt die Annahme nicht ohne Gegenleistung.

5. Begünstigung. **RG. 71** 89, JW. **09** 423, R. **09** Ziff. 2168. Daraus, daß ein Schuldner seinem Gläubiger Vermögenswerte — Kundenwechsel — überweist, um ihn zu bestimmen, einen entsprechenden Betrag zur Einlösung bereits vorliegender und protestierter Wechsel zu verwenden, kann eine Begünstigungsabsicht schwerlich entnommen werden. Dagegen liegt eine wegen Begünstigung anfechtbare Leistung dann vor, wenn Schuldner und Gläubiger nachträglich vereinbaren, daß der letztere die ihm zu dem anderen Zwecke gemachte Leistung behufs Minderung seines Guthabens behalten soll.

6. Anfechtung aus Ziff. 1 oder Ziff. 2? a) Reichel, IheringsJ. **53** 108 ff., behandelt die dem Richter im § 825 ZPO. gewährte Möglichkeit, dem Gläubiger einen bei seinem Schuldner gepfändeten Gegenstand kurzer Hand zum Eigentume zu überweisen. 156 das.: Ist der Schuldner nach der Pfändung in Konkurs verfallen, so steht die Konkurseröffnung einer Überweisung nicht im Wege, da der Gläubiger nach § 48 Ziff. 2 absonderungsberechtigt ist. Wohl aber kann die Anfechtung des Verwalters durchschlagen; da der Anspruch des Gläubigers nicht auf Leistung dieser Sache, sondern auf Geld ging, so kommt Ziff. 2 (nicht Ziff. 1) zur Anwendung. Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung ist dem Gläubiger unschädlich. **b)** LeipzZ. **08** 332 (LG. Breslau). Die vom Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile geleistete Sicherheit unterliegt der Anfechtung aus § 30 Ziff. 2, nicht Ziff. 1 das. **c)** **RG.** LeipzZ. **08** 608. Werden mehrere Zessionen, welche die Forderungen des Gläubigers übersteigen, an verschiedenen Tagen einem Gläubiger zur inkongruenten Deckung gewährt, so ist die die Deckung übersteigende Abtretung nur insoweit anfechtbar, als §§ 30 Ziff. 1, 31 Ziff. 1 in Betracht kommen.

7. Zeitliche Schranke des Anfechtungsanspruchs. **RG.** **69** 254, JW. **08** 687, R. **08** Ziff. 3674. Aus § 33 KO. darf nicht gefolgert werden, daß im Falle einer über 6 Monate vor der Konkurseröffnung zurückliegenden Zahlungseinstellung jede Anfechtung aus § 30 Ziff. 2 ausgeschlossen sei. Der § 33 spricht nur von der Anfechtung aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung, schließt also nur diesen Anfechtungsgrund aus. Jede Anfechtung aus § 30 Ziff. 2 enthält aber kraft der gesetzlichen Vermutung zugleich die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntnis der Begünstigungsabsicht" des Gemeinschuldners. Von diesem Anfechtungsgrund ist im § 33 keine Rede; er ist somit durch diese Gesetzesbestimmung nicht für den Fall einer über 6 Monate zurückliegenden Zahlungseinstellung ausgeschlossen.

§ 31. I. Zu Ziff. 1. Benachteiligungsabsicht. 1. Begriff und einzelne Fälle. **a)** R. **09** Ziff. 1184 (Hamburg). Wenn das Gesetz von einer Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, spricht, so fordert es nicht, daß die Benachteiligung Zweck und Beweggrund für das Verfahren des Gemeinschuldners gewesen ist; vielmehr ist an der „Absicht" nicht zu zweifeln, wenn der Gemeinschuldner weiß, daß in wenigen Tagen der Zusammenbruch erfolgen muß, wenn er sieht, daß durch das Rechtsgeschäft, welches er plant, die Gläubiger in der Dividende, auf die sie angewiesen sein werden, verkürzt werden müssen und er gleichwohl das Rechtsgeschäft vollzieht. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 387, R. **08** Ziff. 835. Der Umstand, daß der Gemeinschuldner mit einem seiner Gläubiger ein Deckungsgeschäft eingeht, schließt keineswegs aus, daß er gleichzeitig die Absicht verfolgt hat, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen. **c)** **RG.** LeipzZ. **09** 557, PosMSchr. **09** 90, GruchotsBeitr. **53** 1129, R. **09** Ziff. 1581. Der Anfechtung aus § 31 Ziff. 1 können auch solche Rechtshandlungen unterliegen, die nicht unmittelbar zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsbeklagten, sondern zwischen dem Gemeinschuldner und einem gutgläubigen Dritten einerseits und diesem und dem Anfechtungsbeklagten andererseits vorgenommen worden sind, wenn sie in Zusammenhang miteinander stehen und der Wille des Gemeinschuldners und des Anfechtungsbeklagten hierbei auf Benachteiligung der Gläubiger des ersteren gerichtet war (vgl. auch **RG.** **43** 83, **59** 195). **d)** **RG.** R. **08** Ziff. 1040. Um eine Vollstreckungspfändung und Versteigerung als anfechtbare Rechtshandlungen des Gemeinschuldners ansehen zu können, bedarf es der Feststellung, daß die Vollstreckungshandlungen im kollusiven Einverständnisse mit dem Gläubiger zustande gebracht sind.

2. **a)** Verhältnis zu §§ 134, 138 BGB. **RG.** **69** 143. Fraudulose

Rechtsgeschäfte, denen kein anderer Mangel anhaftet, als daß sie in der dem anderen Teile bekannten Absicht geschlossen sind, die Gläubiger des einen Teiles zu benachteiligen (§ 31 Ziff. 1), können aus diesem Grunde nicht auch auf Grund der §§ 134, 138 BGB. als nichtig angefochten werden (vgl. AnfG. § 3 I Ziff. 4) **b)** Klagänderung. Verhältnis zu § 30 Ziff. 1: vgl. § 30 IV Ziff. 6. **c)** Verhältnis zu § 3 Ziff. 1 AnfG.: vgl. daselbst IV Ziff. 1.

II. Zu Ziff. 2. 1. Ullmann, LeipzZ. **09** 447. Eheverträge, in denen der Ehemann das ihm vorher zustehende Recht der Nutznießung am Frauenvermögen aufgibt, unterliegen der Anfechtung nicht (aM. Wieruzowski, RheinA. **103** 323 und **104** 292). Aus §§ 1408 BGB., 861 ZPO. ergibt sich, daß das ehemännliche Nutznießungsrecht als solches, also auch die Funktion dieses Rechtes, nämlich das Recht auf künftige Bezüge, der Pfändung nicht unterworfen ist und daß nur die bereits erworbenen Früchte gepfändet werden können. Aus der Unpfändbarkeit der künftigen Bezüge folgt aber, daß durch einen Verzicht auf diese Bezüge den Gläubigern des Mannes keines seiner Vermögensobjekte entzogen wird.

2. Rechtsprechung. **a)** LeipzZ. **09** 709 (Hamburg). Die Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten ist ein „entgeltlicher Vertrag" im Sinne der Vorschrift. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 387, R. **08** Ziff. 836. Hat der Gemeinschuldner das angefochtene Rechtsgeschäft mit seinem Bruder abgeschlossen, so kommt es auf dessen Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht an, auch wenn er den Erwerb nicht in eigenem Interesse, sondern im Interesse seines Vaters vorgenommen und das Erworbene — die zedierte Forderung — zugunsten seines Vaters als dessen Fiduziar verwertet hat. **c)** LeipzZ. **09** 85, R. **08** Ziff. 3675 (Frankfurt). Der in **RG. 43** 105 ausgesprochene Satz, daß die Vermutung der Fraudulosität bei einer offenen Handelsgesellschaft schon dann als vorhanden anzunehmen sei, wenn nur ein Gesellschafter in dem fraglichen Verwandtschaftsverhältnisse zu dem anderen Vertragsteile stehe, weil ein von einem vertretungsberechtigten Teilhaber geschlossenes Rechtsgeschäft nur als ein einheitliches, für und im Namen aller Gesellschafter abgeschlossenes gedacht werden könne, kann jedenfalls dann keine Anwendung finden, wenn die Gesellschafter gemeinschaftlich gehandelt haben und die Gesellschaft bereits aufgelöst gewesen ist.

III. Gerichtsstand für Klagen aus § 31. NaumburgAK. **08** 74 (LG. Magdeburg). Die Klagen aus § 31 Ziff. 1 und 2 KO. können im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung erhoben werden.

§ 32. I. Zu Ziff. 1. Begriff der Unentgeltlichkeit. **a)** Sohm, JheringsJ. **53** 390. „Unentgeltliche Verfügungen" im Sinne von § 32 sind nicht nur Verfügungsgeschäfte im technischen Sinne, sondern alle Rechtshandlungen (ähnlich weit ist der Begriff der „Verfügung von Todes wegen" zu verstehen). **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 71, R. **08** Ziff. 3479. Bei der Frage der Unentgeltlichkeit entscheidet nicht das objektive Wertverhältnis, sondern die subjektive Auffassung der Beteiligten, insbesondere bei bedingten Gegenleistungen. Hiernach liegt eine unentgeltliche Verfügung dann nicht vor, wenn die Beteiligten eine Leistung gegen eine ihrer Ansicht nach gleichwertige auszutauschen beabsichtigen. Dies gilt auch dann, wenn die Gegenleistung nur unter einer Bedingung übernommen ist, die bedingte Verpflichtung aber nach dem Willen der Beteiligten das Entgelt für die angefochtene Verfügung darstellen soll, mag sich auch der Erklärende später in seiner Erwartung, daß die Bedingung eintreten werde, getäuscht haben; der Irrtum mag für den Erklärenden ein Anfechtungsrecht begründen, macht aber die — von ihm für richtig gehaltene — Erklärung nicht zu einer unentgeltlichen Verfügung.

2. Einzelnes. *Bendix, ABürgR. **32** 140 ff., bes. 240 f. Der Verzicht nach § 928 BGB. ist eine unentgeltliche Verfügung und daher anfechtbar. Anfechtungsgegner ist der Fiskus.

3. Geschenke zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht. a) SächsOLG. **30** 382 (Dresden). „Geschenke zur Erfüllung einer Anstandspflicht" sind nicht notwendig mit den „gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken" des § 32 Ziff. 1 identisch und können daher der Anfechtung unterliegen. b) Vgl. dagegen Voß, LeipzZ. **08** 213. Erfolgt eine Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, die lediglich von einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht getragen wird (sittlich gebotene Erfüllungsleistung), so erwirbt deren Urheber nach der Auffassung des BGB. die Befreiung von einer sittlichen oder sozialen Last, die für den Erfüllungsakt einer wirksamen Passivlast gleichgeachtet werden muß. Dieser Gesichtspunkt führt auch zur Unanfechtbarkeit derartiger Leistungen. Er gilt für die „Ausstattung" (§ 1624 BGB.), aber auch für andere Vermögensverschiebungen, die in ihrem Tatbestand eine klare wirtschaftliche oder sittliche Notwendigkeit zur Schau tragen. Ein Kennzeichen hierfür bietet der Umstand, daß die Unterstellung unter den Schenkungsbegriff zu einem unnatürlichen oder das sittliche Gefühl verletzenden Ergebnisse führen würde. Die nicht zahlreichen hierher gehörigen Fälle betreffen entweder Fürsorge- oder Entschädigungspflichten (für letztere vgl. §§ 1300, 676, 828 BGB.).

II. Zu Ziff. 2. 1. Gelegenheitsgeschenke zugunsten des Ehegatten. OLG. **19** 208, R. **09** Ziff. 3158 (KG.). Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke an den Ehegatten sind anfechtbar (die Einschränkung „sofern nicht . . ." in Ziff. 1 fehlt bei Ziff. 2).

2. Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau. a) HansGZ. **08** Beibl. 227, R. **08** Ziff. 1904 (Hamburg). Bei einer abgekürzten Lebensversicherung, bei der die Versicherungssumme im Erlebensfalle dem Gemeinschuldner selbst, im Todesfalle seiner Witwe zufallen soll, sind die gezahlten Prämien insoweit keine unentgeltliche Zuwendung an die Ehefrau, als sich ihr Betrag infolge der Wahl gerade einer abgekürzten Versicherung erhöht hat. Die Prämienzahlung ist dann nicht lediglich zugunsten der Ehefrau erfolgt. Solange nicht feststeht, welcher Teil der Prämie hiernach abzusetzen wäre, ist die Anfechtungsklage des Nachlaßkonkursverwalters unsubstanziiert. b) Vgl. auch Sachße, LeipzZ. **08** 440 ff. Die Prämienzahlungen, welche für eine durch den Ehemann zugunsten der Ehefrau genommene Lebensversicherung geleistet sind, sind im Konkurse des Versicherungsnehmers nur insoweit anfechtbar, als durch die Prämienzahlungen der kritischen Zeit der Rückkaufswert der Versicherung erhöht worden ist (s. auch JDR. **6** § 32 Ziff. 2).

III. Zur Frage des Gerichtsstandes. NaumburgAK. **08** 75 (LG. Magdeburg). Die nach § 32 anfechtbaren Handlungen sind nicht als unerlaubte Handlungen im Sinne des § 32 ZPO. anzusehen.

§ 33. Anfechtung wegen Kenntnis der Begünstigungsabsicht. **RG. 69** 254, JW. **08** 687, R. **08** Ziff. 3674. Das Gesetz bietet keine Stütze für die Ansicht, daß die Anfechtung aus § 30 Ziff. 2 KO. auch wegen Kenntnis der Begünstigungsabsicht ausgeschlossen ist, wenn die Zahlungseinstellung über sechs Monate vor der Konkurseröffnung zurückliegt; erforderlich bleibt nur ein innerer Zusammenhang zwischen dieser Zahlungseinstellung und der Konkurseröffnung.

§ 36. 1. **RG.** JW. **09** 657, R. **09** Ziff. 3159. Die Abtretung des von dem Konkursverwalter geltend zu machenden Anfechtungsrechts wie des Anfechtungsanspruchs ist mit den Bestimmungen der KO. über Zweck und Wirkungen der Anfechtung nicht vereinbar und deshalb unzulässig.

2. Breme, Kann ein Hypothekengläubiger während des Konkurses des Eigentümers des belasteten Grundstücks eine seiner Hypothek vorstehende Belastung anfechten? LeipzZ. **09** 540. Verf. behandelt den Fall, daß der zur Bestellung eines Pfandrechts verpflichtete oder die Eintragung einer Zwangshypothek befürchtende

Schuldner zugunsten eines mit der fraudulosen Absicht vertrauten Dritten ein Pfandrecht bestellt. Er verneint obige Frage unter Bekämpfung der Ansicht von Jaeger, Gläubigeranfechtung 126, der in solchen Fällen das künftige Realgläubigerrecht für gefährdet und darum die Anfechtung zur Verwirklichung des dinglichen Absonderungsrechts (§ 4) für zulässig hält; nach Ansicht des Verf. ist nur das obligatorische Recht auf Bestellung des dinglichen, bzw. die Möglichkeit des Erwerbes eines solchen Rechtes verletzt, und für eine selbständige, die Verwirklichung des Absonderungsrechts erstrebende Anfechtung — nur eine solche könnte nach § 4 in Frage kommen — deshalb kein Raum, weil die Anfechtung dem Gläubige rneben seinem bestehenbleibenden Absonderungsrecht ein neues Befriedigungsobjekt (im inneren Verhältnisse die angefochtene Hypothek) gewährt und das Absonderungsrecht als solches ihm hierauf kein Recht verschafft. Dieses Ergebnis (dagegen Jaeckel, Anfechtung 235, Hartmann-Meikel, Anfechtung 308, Petersen-Kleinfeller, KO. 156 u. a.) entspricht nach Meinung des Verfassers auch der Billigkeit, da sonst Gläubiger mit wertlosen Absonderungsrechten besser gestellt würden als andere Gläubiger.

§ 37. 1. Inhalt und Umfang des Rückgewähranspruchs. a) **RG.** PosMSchr. **09** 90, LeipzZ. **09** 324, JW. **09** 142, R. **09** Ziff. 891. Wird eine Hypothekenbestellung angefochten, so kann regelmäßig der Rückgewährungsanspruch in der Weise geltend gemacht werden, daß von dem Anfechtungsbeklagten die Löschungsbewilligung verlangt wird. **b)** AM.: PosMSchr. **08** 170 (Posen). Wer eine ihm vom Gemeinschuldner anfechtbar eingeräumte Hypothek nach § 37 zurückzugewähren hat, ist weder verpflichtet, die Unwirksamkeit der Hypothek anzuerkennen, noch in ihre Löschung zu willigen und den Hypothekenbrief herauszugeben, sondern er muß den Konkursgläubigern gegenüber mit seinem Rechte auf Befriedigung aus der Hypothek zurücktreten (vgl. **RG. 30** 90, **47** 222, **56** 142, JW. **02** 221). **c) RG.** R. **08** Ziff. 1041. Hat ein Gläubiger durch anfechtbare Vollstreckungsakte Befriedigung erhalten, so geht der Anfechtungsanspruch nicht lediglich auf Herausgabe der Befriedigung. Mit dem Anfechtungsanspruche kann vielmehr die Herausgabe der der Konkursmasse entzogenen Gegenstände selbst oder, wenn sie nicht erfolgen kann, Ersatz des Wertes verlangt werden, den die Gegenstände für die Konkursmasse haben würden. **d) RG.** LeipzZ. **08** 387, R. **08** 837. Bei Anfechtung einer Zession kann der Anfechtende die Herausgabe dessen verlangen, was der Anfechtungsgegner vom Schuldner als Gegenstand der Forderung erhalten hat. Hat aber der Schuldner, nachdem der Anfechtungsgegner ein vollstreckbares Urteil gegen ihn erwirkt und die in diesem angeordnete Sicherheit hinterlegt hatte, lediglich zur Vermeidung der aus dem Urteile drohenden Zwangsvollstreckung an den Anfechtungsgegner gezahlt, so kann der Anfechtungsgegner zur Herausgabe des in dieser Weise Erlangten nur gegen Einwirkung der Freigabe der von ihm hinterlegten Sicherheit oder gegen Hingabe einer gleichen Sicherheit verurteilt werden. **e) RG.** LeipzZ. **08** 787, JW. **08** 458. Sind die durch den angefochtenen Kauf überlassenen Warenbestände eines Warenlagers durch Neuanschaffungen ergänzt, so erstreckt sich die Rückgewähr auf die Neuanschaffungen nur dann, wenn darüber Einverständnis herrscht, daß sie im Werte den veräußerten gleichstehen und daß mit ihnen die Ersatzpflicht ausgeglichen werden soll. **f) RG.** LeipzZ. **08** 388. Wenn nach einer im kollusiven Zusammenwirken des Schuldners mit dem Anfechtungsgegner erfolgten Pfändung eines Warenlagers daraus Waren im Geschäftsbetriebe des Schuldners verkauft worden sind, so ist die Rückgabe- und Ersatzpflicht auf die versteigerten gepfändeten Sachen zu beschränken.

2. Unmöglichkeit der Rückgewähr. BadRpr. **08** 118 (Karlsruhe). Ist die Rückgewähr in Natur ausgeschlossen, sei es von vornherein, sei es infolge

nachträglicher Ereignisse, so kann die Anfechtungsverbindlichkeit nur durch Ersatzleistung erfüllt werden. Die Höhe der Ersatzleistung bestimmt sich bei Löschung einer anfechtbar abgetretenen Hypothek nach deren effektivem Werte.

3. Anfechtungsgegner. **RG.** LeipzZ. **08** 390, R. **08** Ziff. 1256. Wenn ein Geschäft durch Einschiebung einer Zwischenperson, die nur zum Schein und zum Zwecke der Täuschung eintritt, erledigt wird, so ist nicht diese Zwischenperson, sondern derjenige, der durch ihre Vermittlung Rechte erwirbt, unmittelbarer Anfechtungsgegner. Die Zwischenperson kommt als Anfechtungsgegner nicht in Betracht.

4. Versteigerungserlös einer angefochtenen Hypothek: vgl. AnfG. § 7 Ziff. 1.

5. Sicherung des Anspruchs auf Rückgewähr. **a)** **RG.** WarnE. **2** Ziff. 506. Der Arrest (§ 916 ZPO.) findet wegen eines Anspruchs statt, der in eine Geldforderung übergehen kann; daher ist er auch als Sicherungsmittel eines Anfechtungsanspruchs zulässig, da dieser sich unter Umständen in eine Interessenforderung auflöst (vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **50** 433). **b)** AM.: LeipzZ. **08** 174 (Frankfurt). Zum Schutze des Anspruchs des Konkursverwalters auf Rückübertragung einer abgetretenen Forderung kann, da es sich nicht um einen Geldanspruch, sondern um einen Anspruch auf eine individuelle Vermögensleistung handelt, kein Arrest, sondern nur eine einstweilige Verfügung erlassen werden.

6. Teilbarkeit des anfechtbaren Geschäfts. Die Entsch. JDR. **6** § 37 II e jetzt auch DJZ. **08** 432.

§ 38. **RG.** ElsLothJZ. **08** 498. Eine Forderung, mit der aufgerechnet werden kann, braucht im Konkursverfahren gegen den Schuldner und gleichzeitigen Gläubiger nach § 38 nicht angemeldet zu werden.

§ 40. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 390. Wird eine Ware von dem nachmaligen Gemeinschuldner an eine Mittelsperson verkauft und von dieser gegen eine Vergütung (in Form eines Mehrpreises) abredegemäß an die Ehefrau des Schuldners weiterverkauft, so ist die Ehefrau nicht Rechtsnachfolgerin des Anfechtungsgegners nach § 40, sondern unmittelbare Vertragsgenossin des Gemeinschuldners und als solche nach § 37 zur Rückgewähr des der Konkursmasse Entzogenen verpflichtet.

2. Zu Abs. 2. OLG. **19** 208, SchlHolstAnz. **09** 23 (Kiel). Zu den Rechtsnachfolgern im Sinne des § 40 Abs. 2 gehört auch der Rechtsnachfolger eines Pfändungspfandgläubigers, da dieser hinsichtlich des Anfechtungsrechts so behandelt wird als wäre „ihm gegenüber" die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen worden.

3. Vgl. Fürst zu § 30 V Ziff. 5 a.

§ 41. I. Zu Abs. 1. Frist von Satz 1. **a)** HansGZ. **09** Beibl. 80 (Hamburg). Die im § 41 bestimmte Frist kann nicht durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern nur durch gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs gewahrt werden (so auch **RG.** **52** 334, **58** 44, **62** 197). **b)** SeuffA. **63** 429, HansGZ. **09** Beibl. 80, LeipzZ. **08** 876 (Hamburg). Hat ein Gläubiger eine Pfändung erwirkt, und der Konkursverwalter ihm nach Eröffnung des Konkurses mitgeteilt, daß er die Pfändung als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam anfechten werde, und sind demnächst die Pfandstücke mit Zustimmung des Pfandgläubigers freihändig verkauft worden, so ist die nach Ablauf der Frist des § 41 vom Verwalter erhobene Klage auf Feststellung, daß dem Gläubiger, der ein Absonderungsrecht geltend macht, an dem Erlöse der Pfandstücke kein Recht zustehe, als verspätet hinfällig; der Verwalter muß dem Gläubiger den Erlös herausgeben und kann sich zur Begründung seiner Weigerung nicht auf Abs. 2 berufen. **c)** Zu Satz 3. KGBl. **09** 35 (KG.). Der Satz 3 des § 41 enthält nicht eine Ausnahme von Satz 1, sondern stellt noch ein weiteres Erfordernis für die Klage aus § 31 Ziff. 1 auf. Er steht also zu

Satz 1 in demselben Verhältnisse, wie Abs. 3 des § 124 BGB. zu Abs. 1 das. und wie Abs. 3 des § 12 AnfG. zu Satz 1 das. Die dreißigjährige Frist kommt somit nur dann in Betracht, wenn das Anfechtungsrecht nicht schon durch die Versäumnis der einjährigen Frist verloren ist.

II. Zu Abs. 2. 1. Auslegung der Vorschrift. SeuffA. **63** 431 (Hamburg). Bei Auslegung des Abs. 2 ist über den engsten Wortlaut hinauszugehen (vgl. auch Jaeger § 41 Note 8). Der Konkursverwalter hat nicht nur obligatorischen, sondern auch dinglichen Aussonderungsansprüchen gegenüber nicht zu befürchten, seiner Einrede durch Ablauf des Jahres verlustig zu gehen.

2. Anwendungsgebiet der Bestimmung. Aschaffenburg, LeipzZ. **08** 532 ff. Auch im Falle des § 146 Abs. 6 ist § 41 Abs. 2 anwendbar, da der Widerspruch bei titulierten und untitulierten Forderungen gleichen rechtlichen Charakter hat. Der Konkursverwalter kann daher bei einem anfechtbaren titulierten Anspruch auch nach Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist im Wege der Widerspruchsklage die Einrede der Anfechtung durchsetzen, selbstverständlich nur in dem Umfange des § 41 Abs. 2, d. h. daß er berechtigt ist, die Erfüllung der anfechtbaren Leistung zu verweigern.

3. Einzelheiten. **a)** Pfändungspfandrecht. R. **08** Ziff. 2965 (Hamburg). Die einjährige Frist für die konkursmäßige Anfechtung eines durch Pfändung erlangten Pfandrechts wird nicht dadurch geändert, daß Konkursverwalter und Gläubiger sich dahin einigen, die gepfändeten Gegenstände zu verkaufen und den Erlös beim Konkursverwalter als Depot zu belassen, bis über die Rechtsbeständigkeit der Pfändung rechtskräftig entschieden ist. **b)** Vormerkung. OLG. **19** 209 (Breslau). Einem Gläubiger, der auf Eintragung eines dinglichen Rechtes am Grundstücke seines Schuldners klagt und durch einstweilige Verfügung die Eintragung einer Vormerkung erwirkt hat, kann vom Konkursverwalter nicht § 41 Abs. 2 entgegengehalten werden. Denn dort ist vorausgesetzt, daß die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet. Durch die Vormerkung ist aber dem Gemeinschuldner keinerlei Verpflichtung erwachsen; sie hat vielmehr nur den Anspruch des Klägers auf endgültige Eintragung gesichert. **c)** Geltendmachung des Verweigerungsrechts im Wege der Feststellungsklage. R. **08** Ziff. 2966 (Hamburg). Das im Abs. 2 dem Konkursverwalter gegebene Recht, die Leistung nach Ablauf der im Abs. 1 gesetzten Frist zu verweigern, kann der Konkursverwalter auch im Wege der Feststellungsklage als Kläger geltend machen. Dieses Recht steht ihm nicht nur gegen obligatorische Ansprüche, sondern auch gegen dingliche Aussonderungsansprüche zu.

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43. I. *Boschan, R. **09** 12, behandelt den Rechtsfall, daß ein Kaufmann, kurz bevor über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, unter Verschweigung seiner mangelnden Kreditfähigkeit Waren auf Kredit entnommen hat, um sie sofort in einem Lagerhaus erheblich unter dem Werte zu verpfänden und das dafür gewährte Darlehen (Lombarddarlehn) für sich zu verwenden, daß demnächst aber nach der Konkurseröffnung der Konkursverwalter, ohne die verpfändete Ware eingelöst zu haben, die Pfandscheine in Besitz genommen und im Laufe des Konkursverfahrens weiterveräußert hat, und zwar betrifft die Erörterung sowohl die strafrechtliche Seite als auch die Frage, in welcher Weise zivilrechtlich die Ansprüche des Verkäufers der von dem Schuldner verpfändeten Ware zu verfolgen sind. Es wird angenommen, daß, sofern die Voraussetzungen der Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs gegeben seien und rechtzeitig die Anfechtung erklärt sei, an sich ein Aussonderungsanspruch nach § 43 KO. gegeben sei, aber gegen den Konkursverwalter nicht verfolgt werden könne, da dieser niemals den Besitz (auch nicht den

mittelbaren) der Pfandstücke erlangt habe, daß vielmehr nur, je nachdem der Konkursverwalter bei der Veräußerung der Pfandscheine im guten Glauben an die Zugehörigkeit der Pfandstücke zur Konkursmasse gewesen sei oder nicht, ein Masseanspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 59 Ziff. 3 KO.) oder ein Schadensanspruch aus § 990 BGB. (§ 59 Ziff. 1 KO.) gegeben sei, und zwar im ersteren Falle in Höhe des zur Konkursmasse geflossenen Erlöses der Pfandscheine, im letzteren Falle in Höhe des Wertes der Ware abzüglich des Betrags, der zu ihrer Einlösung hätte aufgewendet werden müssen.

II. Rechtsprechung. 1. Einzelne Fälle. a) ElsLothJZ. **08** 181 (Colmar). Ein Aussonderungsrecht besteht auch an verbrauchbaren, zum Weiterverkaufe bestimmten Waren, die dem Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB.) verkauft sind. **b)** **RG.** R. **09** Ziff. 2501. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe einer im mittelbaren Besitze des Gemeinschuldners befindlichen Sache wird dadurch nicht zur Konkursforderung, daß er nur durch Abtretung des gegen den unmittelbaren Besitzer gerichteten Herausgabeanspruchs des Gemeinschuldners verwirklicht werden kann. **c)** LeipzZ. **08** 398 (Colmar). Ein Gläubiger, dem an einem Gegenstand ein Vorzugs- oder Pfandrecht zusteht, kann den Aussonderungsanspruch nur insoweit geltend machen, als das Vorzugs- oder Pfandrecht mit dem Rechte, die Herausgabe der Sache zu verlangen (sog. droit de suite) ausgestattet ist. Danach verliert der Vermieter eines Grundstücks sein Aussonderungsrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters, wenn er nach Wegschaffung der Sachen von dem Grundstücke versäumt, die ihm nach § 561 Abs. 2 BGB. zustehenden Rechte innerhalb der dort vorgeschriebenen Frist geltend zu machen. **d)** LeipzZ. **09** 568 (Königsberg). Hat der Gemeinschuldner im Auftrag und mit den Mitteln eines anderen, aber im eigenen Namen ein Grundstück erworben, um es später dem anderen zu übertragen, so ist, da nicht der andere, sondern der Gemeinschuldner Eigentümer des Grundstücks geworden ist (vgl. **RG.** **58** 273, 276, 277), für einen Aussonderungsanspruch des Auftraggebers kein Raum; dieser hat vielmehr lediglich eine gewöhnliche Konkursforderung auf einen entsprechenden Geldbetrag.

2. Aussonderungsrecht und Anmeldung zur Konkurstabelle. ElsLothJZ. **08** 181 (Colmar). Der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache verzichtet auf seinen Anspruch auf Aussonderung nicht dadurch, daß er den Anspruch, zu dessen Sicherung der Vorbehalt bestimmt war, im Konkurse des Käufers anmeldet (vgl. JDR. **6** § 46 KO. Ziff. a).

3. Verwertung eines Gegenstandes, an dem ein Aussonderungsrecht besteht, durch den Konkursverwalter. **RG.** LeipzZ. **09** 786, R. **09** Ziff. 2026. Durch die im § 117 statuierte Verwertungsbefugnis und Verwertungspflicht des Verwalters wird eine Ersatzpflicht der Konkursmasse nicht ausgeschlossen, wenn der Verwalter in der Masse befindliche Gegenstände, an welchen ein Aussonderungsrecht eines Dritten besteht, veräußert. Dies gilt namentlich dann, wenn das Recht des Dritten bereits vor der Konkurseröffnung durch Urteil festgestellt war (vgl. auch § 46 Ziff. 2 a).

§ 44. 1. Allgemeines. a) Flechtheim, LeipzZ. **08** 801, behandelt das Absonderungsrecht (Verf. hätte ein Aussonderungsrecht für wünschenswerter gehalten), das im § 157 VersG. dem „Dritten" im Konkurse des Haftpflichtversicherungsnehmers an dessen Forderung gegenüber dem Versicherer eingeräumt ist. Verf. meint, daß diese Forderung den Charakter eines Liberierungsanspruchs gegen den Versicherer bezüglich der Forderung des Verletzten an den Versicherungsnehmer habe, daher seiner Natur nach weder abtretbar noch pfändbar sei und deshalb dem „Dritten" schon außerhalb des Konkurses eine bevorzugte Stellung vor anderen Gläubigern gewähre; dieser Vorzug

werde durch § 157 aaO. für den Konkurs erweitert. b) Meuret, LeipzZ. **08** 900, erläutert die genannte Vorschrift unter Heranziehung der einschlägigen Literatur.

2. Einzelne Fälle. a) Winckelmann, JW. **09** 263. Verkauft A. eine Ware, die sich bei B. befindet, an X. unter der Abrede, daß sie diesem bei B. zur Verfügung gestellt werden solle, weist er, A., alsdann den B. an, die Ware an X. auszuhändigen, und stellt B. dem X. die Ware zur Verfügung, so ist zwar noch kein Eigentum nach § 931 BGB. übergegangen, wohl aber hat B. einen ihm von A. erteilten Auftrag durch Übernahme einer selbständigen Verpflichtung teilweise ausgeführt. Diese Verpflichtung bringt im Konkurse des X. das Verfolgungsrecht des A. aus § 44 zum Erlöschen. b) OLG. **19** 212, R. **08** Ziff. 1257 (Stuttgart). Daraus, daß nach dem Kaufvertrage der Verkäufer die Versendung der Ware nur bis zu einem bestimmten Orte zu besorgen und sie dort einem vom Gemeinschuldner mit der Weitersendung beauftragten Spediteur zu übergeben hatte, folgt nicht, daß schon mit der Übergabe an diesen die Sache „abgeliefert" (§ 44) war. Eine Ware ist — mag ihre Versendung durch Spediteure des Verkäufers oder des Käufers erfolgen — so lange „unterwegs", bis sie in den Gewahrsam des Käufers oder einer anderen Person gelangt ist, die zur Empfangnahme der Ware mit der Wirkung ermächtigt ist, daß der Käufer die Verfügungsgewalt darüber erlangt. Ob dies im einzelnen Falle bei einem mit der Weiterbeförderung betrauten Spediteure der Fall ist, ist Tatfrage.

§ 45. 1. Strasser, Vorbehaltsgut 89 ff. Der § 45 enthält zwei Vermutungen, nämlich erstens eine Unterstellung: Was die Frau während der Ehe durch Rechtsgeschäft mit Dritten, aber mit Mannesmitteln erworben hat, gilt den Konkursgläubigern gegenüber als dem Gemeinschuldner gehörig. Die zweite Vermutung regelt die Beweislast: Alles Vermögen, das die Frau in stehender Ehe erworben hat, gilt als mit Mannesmitteln erworben. Die Beweispflicht der Frau läuft also darauf hinaus, daß der Erwerb der Vermögensgegenstände zwar während der Ehe, aber nicht mit Mitteln des Ehemanns geschehen sei. — § 45 KO. hat unberührt neben § 1362 BGB. seine Geltung. § 45 KO. ist als Spezialnorm für den Fall eines Konkurses anzusehen, hat daher in zweifelhaften Fällen den Vorrang vor der allgemein geltenden Norm des § 1362 BGB. (aM. Rocholt, Eherecht 98).

2. Verhältnis zu § 16: s. oben bei § 16.

3. BreslauAK. **09** 24, OLG. **18** 258 (Breslau). Wenn ein Ehemann mit Mitteln des eingebrachten Gutes einen Geschäftsanteil einer GmbH. bei Begründung der Gesellschaft in eigenem Namen erwirbt, aber für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will (§ 1381 BGB.), so steht der Ehefrau im Konkurs über den Nachlaß ihres Mannes ein Absonderungsrecht aus §§ 45, 43 nicht zu.

§ 46. 1. Heine, LeipzZ. **09** 843 ff., bespricht die zwischen § 46 und dem ihm wesensverwandten § 281 BGB. bestehenden Unterschiede. § 281 statuiert eine Veränderung des Forderungsrechts in betreff seines Gegenstandes; es tritt an die Stelle des bisherigen Leistungsgegenstandes ein der Art verschiedener; die rechtliche Grundlage des Forderungsrechts dauert auch mit dieser Veränderung weiter fort, so daß auch dieser, wenn auch unmittelbar auf besonderer Rechtsnorm basierende Anspruch nach seiner rechtlichen Natur auf den ursprünglichen Schuldgrund zurückführt und den das ursprüngliche Schuldverhältnis regelnden Normen folgt. Dagegen ist der Anspruch aus § 46, wenn er auch den hypothekarischen Nachweis des Aussonderungsrechts erfordert, ein rein auf gesetzlicher Basis beruhender; er ist auch nur gegen die Konkursmasse begründet, so daß der Berechtigte, wenn er diesen Anspruch vor Beendigung des Konkurses nicht geltend gemacht hat, nur noch auf die allgemeinen Rechtsbehelfe des BGB. angewiesen ist. Konkurrieren die Tatbestände aus §§ 281 BGB. und 46 KO., so

entscheidet die letztere Vorschrift. Daher kann auch hinsichtlich dieses Anspruchs aus § 46 KO. niemals der Abs. 2 des § 281 BGB. zur Anwendung kommen.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** LeipzZ. **09** 786, R. **09** Ziff. 2025. Wer bei einer vom Konkursverwalter betriebenen Versteigerung eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks die Anmeldung von Rechten am Grundstückszubehöre (§ 37 Ziff. 5 ZVG.), z. B. eines Eigentumsvorbehalts an den Zubehörstücken, unterläßt, verliert dadurch nicht die Möglichkeit, gemäß § 46 das Recht auf den Versteigerungserlös als Ersatzaussonderung geltend zu machen oder — falls es an den Voraussetzungen hierfür fehlt — nach § 59 Ziff. 3 die Herausgabe der Bereicherung zu verlangen (vgl. dazu § 59 Ziff. 3). b) **RG.** LeipzZ. **08** 855. Der § 46 Satz 2 trifft nur zu, wenn die Gegenleistung noch aussonderungsfähig vorhanden ist. Zur Masse geflossene und dort nicht mehr unterscheidbar vorhandene Geldbeträge kann der Berechtigte nur als Massegläubiger nach § 59 Ziff. 1, 3 beanspruchen.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 47. 1. Eckels, ZBlFG. **9** 201 ff., bes. 204 ff., 211 ff. Ein Zurückbehaltungsanspruch des Grundstücksbesitzers gegen den Eigentümer nach § 1000 BGB. wegen Verwendungen besteht im Konkurse des Eigentümers nicht. Ein solcher könnte allein aus § 49 Ziff. 3 in Frage kommen; die Gegenüberstellung zwischen § 47 einerseits und §§ 48, 49 andererseits ergibt aber, daß sich § 49 Ziff. 3 nur auf bewegliche Sachen — die ja auch allein dem „Pfandrechte" des BGB. unterliegen — bezieht. Obwohl hiernach der Besitzer verpflichtet ist, das Grundstück dem Konkursverwalter in Besitz und Verwaltung zu geben (§ 117), so geht er doch dadurch des ihm wegen seiner Verwendungen fernerhin gegebenen Befriedigungsrechts aus § 1003 BGB. nicht verlustig, denn durch § 117 soll lediglich eine möglichst vorteilhafte Verwertung der Konkursmasse gewährleistet, nicht aber sollen dem einzelnen Gläubiger besondere Rechte genommen werden (vgl. auch § 127 KO.). Dem Gläubiger steht hier auf Grund des Befriedigungsrechts ein Absonderungsanspruch aus § 47 zu. Denn das Befriedigungsrecht des § 1003 ist ein dingliches Recht (dies wird ausführlich unter Heranziehung der einschlägigen Literatur dargelegt), und gehört danach zu den Rechten, die einen Anspruch „auf Befriedigung aus dem Grundstück" im Sinne des § 47 gewähren.

2. SeuffA. **63** 339 (München). Verkauft der Konkursverwalter Grundstückszubehör (Pferde und Wagen), so wird er den Hypothekengläubigern schadensersatzpflichtig; auch haftet die Masse aus § 59 KO. § 1121 BGB. findet nicht Anwendung (vgl. auch **RG.** oben zu § 6).

§ 48. **RG.** BankA. **09** 194, R. **09** Ziff. 17. Ein vertragsmäßiges Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbrief ist im Konkurse des anderen Teiles unwirksam.

§ 49. I. Zu Ziff. 2. 1. Gesetzliches Pfandrecht. a) Kein Absonderungsrecht des Verkaufskommissionärs an dem nach der Konkurseröffnung in seinen Besitz gelangten Kommissionsgute zur Befriedigung der vorher erworbenen Kommissionsforderungen, vgl. § 23 II Ziff. 2a. b) Anhang. Zurückbehaltungsrecht. Friedländer, LeipzZ. **09** 272. Handakten, welche zu einer die Konkursmasse betreffenden Sache gehören, kann der Rechtsanwalt dem Konkursverwalter gegenüber wegen seiner zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Kostenansprüche nicht zurückhalten. Der Anspruch des Klienten auf Herausgabe der Handakten ist kein Persönlichkeitsrecht (so Nissen, JW. **09** 89), sondern vermögensrechtlicher Natur.

2. Durch Pfändung erlangtes Pfandrecht. a) Über Pfändungspfandgläubiger und Schuldner als Konkurrenten im Konkurse des Drittschuldners vgl. Jaeger, LeipzZ. **09** 194; desgl. bei Pfändung von Wertpapieren:

Deumer, LeipzZ. **09** 385. **b)** OLG. **19** 213 (Breslau). Die nach § 146 RBG. von der vorgesetzten Dienstbehörde eines Reichsbeamten über dessen Vermögen ausgebrachte „vorläufige Beschlagnahme" begründet ein Pfandrecht und damit ein Absonderungsrecht aus § 49 Ziff. 2 KO. für den Fiskus nicht; ein solches erwächst erst aus der Vollziehung des ordentlichen Defektenbeschlusses nach § 143 RBG. **c)** Abgesonderte Befriedigung aus Arrestpfand (vgl. § 14).

II. Zu Ziff. 3. Vgl. Eckels zu § 47 Ziff. 1.

III. Zu Ziff. 4. Diederichs, GoldschmidtsZ. **63** 513 ff., bes. 517. Derjenige, der einen Kuxschein zurückbehalten hat, kann im Konkurse des Gewerken abgesonderte Befriedigung verlangen. Denn der Kux ist ein Wertpapier im Sinne des § 369 HGB., an dem ein kaufmännisches Retentionsrecht möglich ist.

§ 51. Auseinandersetzung. **RG. 67** 156, LeipzZ. **08** 158, JW. **08** 48, R. **08** Ziff. 393. Eine Auseinandersetzung liegt auch dann vor, wenn die Gemeinschaft subjektiv zwischen den bisherigen Teilhabern dadurch aufgehoben wird, daß zufolge Veräußerung eines Gemeinschaftsanteils an die Stelle des Veräußernden der Erwerber als Teilhaber tritt. Auch in diesem Falle können bis zum Zeitpunkte der Veräußerung Ausgleichsansprüche oder sonstige Forderungen aus der Gemeinschaft entstanden sein, die — unbeschadet der Möglichkeit, sie gegenüber dem neuen Teilhaber geltend zu machen — eine Abrechnung zwischen dem in der Gemeinschaft verbleibenden und dem aus ihr ausscheidenden Teilhaber erfordern. Hieraus, wie aus der allgemeinen Natur des Absonderungsrechts ergibt sich, daß, wenn der Konkursverwalter die zwischen dem Gemeinschuldner und einem anderen bisher bestandene Gemeinschaft durch Veräußerung des Gemeinschaftsanteils des Gemeinschuldners auflöst, der in der Gemeinschaft verbleibende Teilhaber wegen seiner Ausgleichsansprüche oder sonstigen Ansprüche aus der Gemeinschaft ein Absonderungsrecht an dem in die Masse fallenden Kaufpreise hat.

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53. 1. Literatur. **a)** Reinhard, BlGenossW. **08** 607, verneint die Verpflichtung einer Genossenschaft, im Konkurs ihres Mitglieds dessen Geschäftsguthaben gegen ihre Konkursforderung aufzurechnen, und zwar sowohl für die Anmeldung wie auch für spätere Abschnitte des Verfahrens, namentlich auch für die Annahme der Konkursdividende. Es wird jedoch zweckmäßig sein, daß sich die Genossenschaft bei der Anmeldung, bei Abstimmungen usw. die Aufrechnung ausdrücklich vorbehält. Eine Verpflichtung zur Aufrechnung besteht allein, wenn ein Zwangsvergleich geschlossen wird; in diesem Falle muß die Aufrechnung dem Verwalter gegenüber sofort nach Annahme und vor Bestätigung des Vergleichs erklärt werden. — Die Genossenschaft verliert die Aufrechnungsbefugnis in der Regel nicht dadurch, daß sie keinen Gebrauch davon macht; nur wenn das Guthaben fällig ist, muß die Aufrechnung bei Gefahr des Verlustes dieses Rechtes geltend gemacht werden. **b)** Merkens, BlGenossW. **09** 54, tritt diesen Ausführungen bei und wendet sich gegen die Notiz der Redaktion aaO. **08** 609, in der die Ansichten Reinhards mit Rücksicht auf **RG. 26** 110 als bedenklich bezeichnet werden. **c)** E. B., BlGenossW. **09** 344, tritt Reinhard und Merkens im großen und ganzen bei (die Bedenken aus **RG. 26** 110 hält er namentlich im Hinblick auf § 64 nicht ganz für zerstreut). **d)** Vgl. hierzu noch Reinhard, BlGenossW. **09** 457.

2. Rechtsprechung. **a)** Forderungen, die von der Anmeldung ausgeschlossen sind. **RG.** SeuffBl. **07** 985. Da die Aufrechnung außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt, können auch solche Forderungen, die kraft Gesetzes von der Anmeldung ausgeschlossen sind, gegen Ansprüche der Konkursmasse aufgerechnet werden. **b)** Vertragsmäßiger Ausschluß der Auf-

rechnung. **RG.** LeipzZ. **09** 71. Ist die Aufrechnung vertragsmäßig ausgeschlossen und ist dieser Ausschluß nicht etwa dahin zu verstehen, daß er für den Fall des Konkurses des Aufrechnungsgegners nicht gelten solle, so kann der Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung als solcher nicht die Bedeutung einer das Aufrechnungsabkommen beseitigenden Tatsache beigemessen werden. c) Rentenforderung. HansGZ. **08** Beibl. 13 (Hamburg). Die auf einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners beruhende Rentenforderung von ungewisser Dauer kann trotz § 63 aufgerechnet werden, und zwar nach § 69 mit dem kapitalisierten Schätzungswerte.

§ 54. 1. a) HansGZ. **08** Beibl. 13 (Hamburg). Die Leibrentenforderung ist eine betagte Forderung, insofern aus dem einheitlichen, durch Gewährung der Rente begründeten Schuldverhältnisse für den Gläubiger eine Summe von selbständigen Einzelansprüchen entspringt, deren jeder befristet ist. b) **RG. 68** 340, LeipzZ. **08** 540, JW. **08** 461, R. **08** Ziff. 2393. Der § 54 bezieht sich wie auf betagte und bedingte, so auch auf ungleichartige und illiquide Forderungen. Bei diesen hat eine Schätzung gemäß § 69 KO. einzutreten. Bei einer Rentenforderung besteht die Konkursforderung aus dem derzeitigen Werte der Gesamtheit aller künftigen Hebungen, mit anderen Worten: aus dem unter Veranschlagung der Zwischenzeiten und sonstigen Tatumstände — etwaige Beschränkung auf die Lebenszeit des Berechtigten — festzustellenden Kapitalsbetrage. Die Forderung ist nicht mit einer bedingten zu verwechseln und darum muß sie nicht bloß zur Sicherstellung zugelassen werden (vgl. Hahn, Materialien 269, 270).

2. R. **08** Ziff. 1854, LeipzZ. **08** 626 (Frankfurt). Wenn der Verwalter im Konkurs über das Vermögen eines Genossen dessen Mitgliedschaft gekündigt und seinen Anspruch auf demnächstige Auszahlung seines Geschäftsguthabens gegenüber der Genossenschaft geltend gemacht hat, so kann sie mit einer Forderung aufrechnen, die ihr aus der vor der Konkurseröffnung stattgehabten Geschäftsverbindung mit dem Genossen zusteht (§ 54 Abs. 1). Der Anspruch des Gemeinschuldners an die Genossenschaft ist nicht erst mit der Kündigung entstanden, sondern bestand bereits vorher, durch die Lösung des Verhältnisses zwischen Genossen und Genossenschaft bedingt, und ist lediglich mit der Kündigung realisierbar geworden.

3. Vgl. auch § 53 Ziff. 2 a.

§ 55. 1. Zu Abs. 1. a) BadRpr. **08** 254 (Karlsruhe). Der Masse- und Konkursgläubiger, dem vom Konkursverwalter ein Scheck zur Einziehung und Gutschrift auf dem Konto der Masse übergeben ist, ist nicht berechtigt, den Erlös auf seine Konkursforderung aufzurechnen. b) HansGZ. **09** Beibl. 297 (Hamburg). Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung einem Gläubiger mehrere, ihm gehörige Gegenstände mit der Abrede übergeben hat, daß der Gläubiger sie verwerten, sich aus dem Erlöse befriedigen und dem Gemeinschuldner den Überschuß herausgeben solle, so kann der Gläubiger gegen diesen Überschuß nicht mit Forderungen an den Gemeinschuldner aufrechnen, welche erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind.

2. Zu Abs. 2. WürttJ. **21** 17, WürttRpflZ. **1** 564, DJZ. **08** 1288, R. **09** Ziff. 724 (Stuttgart). Die Bestimmung des Abs. 2 setzt eine Fälligkeit der befriedigten Forderung des Gläubigers nicht voraus; es genügt vielmehr, daß eine unanfechtbare, wenn auch betagte oder bedingte Verpflichtung — z. B. eine Bürgschaftsregreßforderung — des Aufrechnenden bestand.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 57. LeipzZ. **09** 407 (Cöln). Der § 57 setzt voraus, daß eine zur Begleichung der Massekosten und Masseschulden genügende Masse vorhanden ist. Wenn der Verwalter bei genügender Masse die Massegläubiger nicht vorweg ganz

oder bei nicht völlig zureichender Masse nicht vorweg anteilmäßig (§ 60) befriedigt, so muß er hierfür den Massegläubigern persönlich aufkommen. Keineswegs aber folgt aus §§ 57, 60, daß der Verwalter unter allen Umständen die Verantwortung für das Vorhandensein eines zur Deckung der Masseschulden hinreichenden Massebestandes tragen müsse. Dies würde nur dann der Fall sein, wenn der Verwalter durch Verabsäumung von Verwaltungspflichten den Massebestand schuldhaft verringert und so die Masse unfähig gemacht hätte, die Massegläubiger ganz oder teilweise zu befriedigen.

§ 59. 1. Zu Ziff. 1. **a)** **RG.** WarnE. **1** 172. Hat ein Grundstückseigentümer mit einem Hypothekengläubiger vereinbart, daß sich der Eigentümer nicht auf eine etwa entstandene Eigentümergrundschuld berufen dürfe, vielmehr die Hypothek der Vertragspartei nachrücken solle, so ist der Verwalter im Konkurse des Eigentümers daran gebunden. Handelt er dieser Unterlassungspflicht zuwider, so entsteht der Vertragspartei daraus ein Anspruch aus § 59 Ziff. 1. **b)** OLG. **19** 214 (KG.). Wenn der Konkursverwalter in die Kosten eines von ihm oder gegen ihn begonnenen Rechtsstreits verurteilt wird, so bildet seine Kostenpflicht gemäß § 59 Ziff. 1 auch dann eine Masseschuld, wenn sie auf Antrag des obsiegenden Teiles im Urteil als Konkursforderung festgestellt worden ist; Anmeldung und Feststellung haben in diesem Falle nur eventuelle Bedeutung. **c)** SächsOLG. **29** 525, LeipzZ. **09** 86 (Dresden). Die Kostenfrage bei Aufnahme eines Rechtsstreits nach § 146 Abs. 3 kann einheitlich nur insoweit erfolgen, als der Verwalter die zur Tabelle angemeldete rechtshängige Forderung bestritten hat, also nicht, wenn nur ein Teil bestritten wird. **d)** BadRpr. **08** 25 (Karlsruhe). Verzugszinsen, die infolge einer unbegründeten Erfüllungsweigerung des Verwalters geschuldet werden, sind Masseschulden. **e)** **RG.** JW. **08** 208. Die Entschädigungsforderung eines Unterpächters wegen vorzeitiger Beendigung des Pachtvertrags stellt sich lediglich als Konkursforderung dar. Weder Ziff. 1 noch Ziff. 2 des § 59 ist anwendbar.

2. Zu Ziff. 2. **a)** Scholz, GruchotsBeitr. **52** 359 ff., bes. 384. Faßt man das Fernsprechanschlußverhältnis des Gemeinschuldners als Miete (vgl. zu § 19) auf, so sind die Fernsprechgebühren teils Konkursforderungen, teils Masseforderungen der Fernsprechverwaltung, je nachdem sie sich auf die Zeit vor oder nach Konkurseröffnung beziehen. — Faßt man jedoch das Verhältnis richtiger als Werkvertrag (oder Dienstvertrag) und verlangt der Konkursverwalter nach § 17 KO. die Erfüllung, so sind sämtliche rückständigen und künftig fällig werdenden Fernsprechgebühren Masseforderungen. Vor der Erklärung des Konkursverwalters besteht ein Schwebezustand. Die Fernsprechverwaltung muß ihrerseits fortgesetzt erfüllen, auch auf die Gefahr, daß der Konkursverwalter nachher die Nichterfüllung wählt und sie dadurch auf eine lediglich konkursmäßige Schadensersatzforderung verwiesen wird (vgl. zu § 17 KO.). Denn Ansprüche aus Verträgen, „deren Erfüllung zur Konkursmasse ... erfolgen muß", sind nicht die Ansprüche aus den auf ein Wahlrecht des Konkursverwalters abgestellten Verträgen des § 17 KO. **b)** ElsLothJZ. **09** 184 (Colmar). Der Mietzins für eine vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner gemietete Sache ist von der Konkurseröffnung an Masseschuld nach § 59 Ziff. 2. Ihrer Anmeldung und Prüfung bedarf es lediglich für den bis zur Konkurseröffnung verfallenden Betrag. **c)** Vgl. Ziff. 1 d.

3. Zu Ziff. 3. **a)** Josef, LeipzZ. **09** 521. Die Realgläubiger haben kein Recht darauf, daß die ihnen verhafteten getrennten Erzeugnisse und Bestandteile, sowie die Miet- und Versicherungsforderung (§§ 1121, 1123, 1127 BGB.) auf dem Grundstück oder in der Pfandhaftung verbleiben. Dadurch, daß der Konkursverwalter die Erzeugnisse und Bestandteile veräußert oder jene Forderungen einzieht und die Beträge zur Masse abführt, wird

diese also nicht rechtlos bereichert (kein Anspruch des ausgefallenen Realgläubigers gegen die Masse). Wohl aber haben die Realgläubiger ein Recht darauf, daß das Zubehör dauernd auf dem Grundstücke verbleibe, und daß der Verwalter die für verbranntes Zubehör eingezogene Versicherungsforderung wieder zur Ergänzung des Zubehörs verwende. Geschieht dies nicht, so ist die Masse rechtlos bereichert (§ 59 Ziff. 3). **b**) Vgl. dazu § 46 Ziff. 2 a. **c**) LeipzZ. **08** 255 (LG. Breslau). Im Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstücks des Gemeinschuldners ist der Ersteher hinsichtlich des von dem Konkursverwalter für die Zeit nach dem Zuschlage vorher eingezogenen Mietzinses Massegläubiger im Sinne des § 59 Ziff. 3. **d**) Bad. Rpr. **08** 3, LeipzZ. **08** 625, R. **08** Ziff. 600 (Karlsruhe). Wenn sich jemand von dem Gemeinschuldner Versicherungspolicen hat übertragen lassen und nach Eröffnung des Konkurses die Versicherungsbeträge aus seinem eigenen Vermögen zahlt, um die Versicherung in Kraft zu halten, so sind diese Beträge Masseschulden, welche Zug um Zug bei Aushändigung der Policen an die Konkursmasse erstattet werden müssen. Vor der Konkurseröffnung gezahlte Beträge sind nur als Konkursforderung geltend zu machen.

§ 60. 1. OLG. **19** 215, SchlHolstAnz. **08** 156 (Kiel). Wann sich die Unzulänglichkeit der Masse für die Massegläubiger „herausstellt", d. h. sich tatsächlich erkennbar macht, ist Tatfrage. Die Feststellung dieses Zeitpunkts steht dem Verwalter zu (s. auch Wilmowski zu § 60). Eine entsprechende Erklärung ist dem Vollstreckungs- oder Konkursgerichte gegenüber abzugeben; daß sie den Massegläubigern gegenüber zu erfolgen habe, schreibt die KO. nicht vor. Wollen sich die Massegläubiger nicht mit ihr begnügen, so steht ihnen der Klageweg offen. Mit dem „Herausstellen der Unzulänglichkeit" verliert jeder Massegläubiger das Recht, die Leistung des Offenbarungseids vom Konkursverwalter zu verlangen.

2. Vgl. die Entsch. zu § 57.

3. Voß, LeipzZ. **09** 755. Der durch ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. Geschützte hat, solange derjenige, dem das Verbot auferlegt ist (der Verbotsträger), das Verbot nicht übertritt, im Konkurse des Verbotsträgers lediglich einen Konkursanspruch. Hat der Verbotsträger den Gegenstand veräußert und ihn später von dem dritten Erwerber zwecks Beseitigung der Zuwiderhandlung zurückerworben, so steht dem durch das Verbot Geschützten, sofern dieser bereits die rechtliche Verfügung über den Gegenstand erlangt hatte, im Konkurse des wieder im Besitze befindlichen Verbotsträgers ein Aussonderungsanspruch zu. Hat er eine solche Verfügung nicht erlangt, so hat er lediglich eine Konkursforderung. Ähnliche Gesichtspunkte gelten bei der Anfechtung des Veräußerungsgeschäfts des Verbotsträgers und zwar im Konkurs und außerhalb des Konkursverfahrens.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61. I. Allgemeines. 1. Reichel, Schuldmitübernahme 548. Der sich auf das Vorzugsrecht im Konkurse (§ 61) beziehende § 418 Abs. 2 BGB. gilt auch für die kumulative Schuldübernahme (vgl. auch II Ziff. 2 a).

2. **RG.** R. **09** Ziff. 883. Ist der Beklagte erst während der Revisionsinstanz in Konkurs geraten, so ist der Antrag des Klägers, die von ihm im Konkursverfahren als eine nach § 61 bevorrechtigte Forderung angemeldete, vom Konkursverwalter aber bestrittene Forderung mit dem beanspruchten Vorrechte festzustellen, nicht zu beachten. In der Revisionsinstanz darf nur geprüft werden, ob die Vorschriften des Verfahrens, die infolge der Konkurseröffnung einzuhalten waren, beobachtet worden sind; im übrigen ist die Berücksichtigung von Tatsachen, die sich nach Schluß der Berufungsverhandlung zugetragen haben, gemäß § 561 ZPO. ausgeschlossen, und das Revisionsurteil hat so zu ergehen, wie es das Berufungsgericht auf Grund des ihm vorliegenden Sachverhalts hätte erlassen sollen (vgl. auch **RG. 57** 48).

II. Einzelne Fälle. 1. Zu Ziff. 1. a) „Selbständigkeit" des Dienstleistenden. R. 08 Ziff. 1042 (Naumburg). Ein Vorrecht soll dem Gläubiger nur dann eingeräumt sein, wenn er seine Selbständigkeit in gewissem Umfang aufgegeben und auf die freie Verfügung über seine Zeit und Arbeitskraft zugunsten des Dienstherrn mehr oder weniger verzichtet hatte, indem er auf Grund des Dienstvertrags seine Dienste für dessen Dauer ausschließlich oder doch hauptsächlich dem Dienstberechtigten zu leisten sich verpflichtete. b) Dienste höherer Art. OLG. 19 215, FrankfRundsch. 42 74 (Frankfurt). Der Umstand, daß der Konkursgläubiger Direktor der in Konkurs geratenen Aktiengesellschaft ist, nimmt seinen Dienstbezügen nicht das Vorrecht des § 61 Ziff. 1. Wohl aber erstreckt sich das Vorrecht nicht auf alle ihm zustehenden Ansprüche, sondern lediglich auf die Vergütung, die er für die übernommenen und geleisteten Dienste zu fordern hat. c) Vergütung für Erfindungen. Schadensersatzforderungen. α. Birkenbihl, R. 08 326 ff. Die einem Angestellten für die von ihm gemachten Erfindungen zugesicherte Vergütung genießt das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 nicht. β. LeipzZ. 08 714, FrankfRundsch. 42 74 (Frankfurt). Das Vorrecht dieser Vorschrift bezieht sich nur auf die für die Leistung von Diensten im Sinne des § 611 BGB. zu gewährende Vergütung, nicht dagegen auf andere, aus dem Dienstverhältnisse nur mittelbar entspringende, nicht die zu leistenden Dienste abgeltenden Forderungen, wie Schadensersatzansprüche wegen vorzeitiger Auflösung des Dienstverhältnisses, Provisionsforderungen für Erfindungen der Angestellten. d) Kaution. Plutus 08 369 (KfmG. Berlin). Der Anspruch des Handlungsgehilfen auf Rückzahlung der Barkaution hat nicht das Vorrecht der Ziff. 1. e) Agenturvertrag. JW. 08 138 (Hamburg). § 61 Ziff. 1 findet auf den Agenturvertrag keine Anwendung (vgl. **RG. 62** 249, **63** 73). f) Bücherrevisor. OLG. 19 217, SächsOLG. 30 121 (Dresden). Besteht die Aufgabe des Bücherrevisors darin, Bücher zu führen oder für einen längeren Zeitraum nachzuführen, sie in bestimmten, wiederkehrenden Zeitabständen zu prüfen, die erforderlichen Revisionsberichte anzufertigen, Konferenzen und Generalversammlungen beizuwohnen u. a., so treffen die Voraussetzungen des Dienstvertrags zu und der Revisor genießt das Vorzugsrecht des § 61 Ziff. 1. Liegt ihm aber nur ob, äußerlich abgeschlossene Bücher auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu untersuchen, festzustellen, ob und welche Fehler sich in der Buchführung vorfinden und durch Ausmerzung dieser Fehler dem Kaufmann einen sicheren Überblick über seine Vermögenslage und eine einwandfreie Grundlage für eine fernere geordnete Buchführung zu verschaffen, so handelt es sich um einen Werkvertrag, auf den § 61 Ziff. 1 keine Anwendung findet. g) Vorrecht einer juristischen Person? SeuffA. 63 174 (Dresden). Das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 ist auf Personen beschränkt, die im Haushalte, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners dienen und ihre persönliche Arbeitskraft ausschließlich oder hauptsächlich der Verfügungsmacht des Gemeinschuldners unterwerfen. Danach kann eine Wach- und Schließgesellschaft das Vorrecht nicht in Anspruch nehmen, weil sie als juristische Person und als selbständige Unternehmerin dem Kreise dieser Personen nicht angehört.

2. Zu Ziff. 2. a) Im allgemeinen (§ 419 BGB.). **RG. 71** 380. Wenn § 419 BGB. schlechtweg von „Gläubigern des Veräußerers" spricht, so bezieht sich dies nicht nur auf Gläubiger aus privatrechtlichen Schuldverbindlichkeiten, sondern auch auf Gebühren des Staates, die im öffentlichen Rechte wurzeln. Zählt doch auch § 61 Ziff. 2 KO. diese Forderungen als solche von Konkursgläubigern auf. b) Fiskalische Zollforderung. **RG. 67** 214, DJZ. 08 305. Der fiskalische Zollanspruch genießt das Vorrecht des § 61 Ziff. 2. Wer die beschlagnahmte zollpflichtige Ware vermöge des jus offerendi (§§ 1249, 1257 BGB.) einlöst, erwirbt die fiskalische Forderung mit Konkursvorrecht. c) Städti-

sches „Währschaftsgeld". R. **09** Ziff. 355 (Frankfurt a. M.). Das für den Umsatz von Grundstücken an die Gemeinde zu entrichtende „Währschaftsgeld" stellt sich als eine öffentliche Abgabe im Sinne § 61 Ziff. 2 KO. dar. Ihre Fälligkeit tritt nicht schon dann ein, wenn die Voraussetzungen für ihre Erhebung (der Eigentumsübergang) vorliegen, sondern erst dann, wenn sie den Steuerpflichtigen angefordert wird. **d**) Städtischer Wasserzins. SächsRpflA. **09** 285 (LG. Dresden). Der städtische Wasserzins in Sachsen ist als öffentliche Abgabe im Sinne von Ziff. 2 anzusehen.

3. Zu Ziff. 3. Elektrizitätsabgaben. SächsRpflA. **08** 248 (LG. Freiberg). Die von dem Elektrizitätswerk einer Gemeinde von den Anschlußteilnehmern erhobenen Elektrizitätsabgaben sind privatrechtliche Leistungen, nicht öffentliche Abgaben, die das Vorrecht der Ziff. 3 genießen.

4. Zu Ziff. 4. Gebühren der Fleischbeschauer. OldZ. **35** 8 (OldStMin.). Die Gebührenforderungen der Fleischbeschauer in Oldenburg genießen kein Vorrecht.

5. Zu Ziff. 5. **a**) Verwaltung des Kindesvermögens. Peiser, PosMSchr. **08** 3. Empfängt der Gewalthaber unter Mitwirkung eines Pflegers ein Darlehen aus dem Vermögen des Kindes, so entsteht die Frage, ob im Konkurse des Gewalthabers dem Kinde auch in diesem Falle das Vorrecht nach § 61 Ziff. 5 KO. zusteht. Die Frage wird vom OLG. Dresden (OLG. **10** 209) bejaht. Die Entscheidung ist bedenklich, da von einer „Verwaltung" des Kindesvermögens nicht die Rede sein kann, wenn der Gewalthaber das Geld des Kindes verbraucht hat und nur noch die Forderung auf Rückgewähr besteht. Das Vormundschaftsgericht wird deshalb in der Regel Bedenken tragen, einen Pfleger zum Abschluß eines Darlehnsgeschäfts zwischen Gewalthaber und Kind zu bestellen. **b**) Korr. d. Ält. **08** 137. Gutachten der Ältesten der Berliner Kaufmannschaft vom 18. Juni 1908 empfiehlt eine Beschränkung des Vorrechts der Ziff. 5 auf diejenigen Forderungen, welche den Kindern, den Mündeln und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners gegen diesen auf Grund der gesetzlichen Verwaltung zustehen. **c**) Fallen Schadensersatzansprüche unter Ziff. 5? **RG.** LeipzZ. **09** 691, R. **09** Ziff. 1799. Unter die bevorrechtigten Forderungen fallen auch Ansprüche auf Schadensersatz aus der Verwaltung des Kindesvermögens. Der durch die Bestimmung bezweckte Schutz des Kindes vor dem ihm sonst durch den Konkurs drohenden Verluste würde unzureichend sein, wenn Schadensersatzansprüche ausgeschlossen wären.

§ 63. Zu Ziff. 4. Liberalitätsforderungen. **a**) *Reichel, Schuldmitübernahme 548. Gilt auch dann, wenn der Gemeinschuldner nur Interzedent für fremde Liberalitätsschuld ist (Interzession zwar nie Schenkung, hier aber nach der ratio legis einer solchen gleich zu behandeln). **b**) **RG.** LeipzZ. **08** 605, R. **08** Ziff. 142. Hat nach Scheidung der Ehe der unterhaltspflichtige Teil dem anderen eine bestimmte Monatsrente als Unterhaltsgeld versprochen, so ist darin eine Freigebigkeit nicht zu finden. Denn es ist anzunehmen, daß der Versprechende nicht mit der Absicht gehandelt hat, freigebig zu sein, sondern in der Absicht, eine ihm obliegende Verpflichtung zu erfüllen. **c**) Vgl. auch § 53 Ziff. 2 a.

§ 64. 1. Allgemeines. **a**) Labes, GoldschmidtsZ. **62** 134. In allen Fällen, in denen ein Gläubiger, sei es im Sonderkonkurs, sei es im Konkursverfahren mit Bildung getrennter Massen aus einer Masse vorweg befriedigt wird, kann er aus dem übrigen Vermögen nur Befriedigung in Höhe des Ausfalls verlangen (vgl. zu § 1). **b**) SeuffBl. **08** 714 (München). Auch derjenige Gläubiger, dem zum Zwecke der Befriedigung ein Aussonderungsrecht zusteht, kann neben diesem Rechte seinen Anspruch als Konkursforderung zum vollen Betrage geltend machen.

2. Verzicht des Gläubigers. **RG.** LeipzZ. 08 606, R. 08 Ziff. 1258. Der Verzicht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern kann auch stillschweigend, durch schlüssiges Verhalten, erklärt werden. Ein solcher Verzicht liegt nicht schon in der Anmeldung der Forderung, auch wenn diese nicht als „Ausfallsforderung" angemeldet wird; nicht immer schon in der Teilnahme der Absonderungsberechtigten an der Abstimmung über den Zwangsvergleich; nicht einmal notwendig in der vorbehaltlosen Annahme der Vergleichsrate. Vielmehr ist stets nach der konkreten Sachlage zu prüfen, ob in dem Verhalten des Gläubigers ein Verzicht auf sein Absonderungsrecht zu erblicken ist (vgl. **RG. 16** 70 und JW. **96** 35 u. **00** 344).

3. Einzelne Fälle. a) **RG.** LeipzZ. **08** 458, BankA. **08** 380. Hat ein Gläubiger nach Anmeldung seiner Forderung teilweise Befriedigung aus den ihm von einem Dritten zum Pfande gegebenen Papieren gefunden, so ist der Verpfänder nicht berechtigt, neben ihm den Betrag des Pfanderlöses als seine Konkursforderung geltend zu machen; er kann vielmehr lediglich nach § 67 Sicherstellung insoweit verlangen, als die Konkursdividende den Rest der Forderung übersteigt. b) BayRpflZ. **09** 251 (Augsburg). Der Aussteller eines Wechsels, welcher im Konkurse des Bezogenen den Regreßanspruch angemeldet hat, der ihm zustehen würde, wenn er vom Remittenten zur Einlösung des Wechsels gezwungen werden sollte, kann, wenn er später den Remittenten befriedigt und von diesem die Forderung samt der vom Bezogenen dafür an seinem Grundstücke bestellten Hypothek abgetreten erhält, diese Forderung, insoweit er nicht durch die Zwangsvergleichsquote für seinen Regreßanspruch befriedigt ist, selbständig geltend machen, da sie durch den Zwangsvergleich als zum Konkurse nicht angemeldet in keiner Weise berührt wird (§§ 47, 64, 193). c) Abgesonderte Befriedigung aus Arrestpfand: vgl. § 14 Ziff. 2 b.

§ 65. 1. Zu Abs. 1. HessRspr. 8 154 (Darmstadt). Die Bestimmung des Abs. 1 hat auf die Verpflichtung des Solidarbürgen keinen Einfluß (vgl. **RG. 3** 356, OLG. **6** 365).

2. Zu Abs. 2. **RG. 68** 340, JW. **08** 461, LeipzZ. **08** 540, R. **08** Ziff. 2394. Hängt die Zeitdauer einer Rente von dem Tode des Berechtigten ab, und erscheint daher ihr Geldbetrag unbestimmt, so ist eine Berechnung der Rente nach dem einen bestimmten Fälligkeitstermin voraussetzenden § 65 Abs. 2 KO. unmöglich. In solchem Falle ist § 69 anzuwenden. Begründung und Kommissionsverhandlung zu § 58 — der dem jetzigen § 65 entspricht — ergeben, daß die Berechnung ungewisser Forderungen, sei es, daß der Anfangs- oder der Endtermin ungewiß ist, nach Maßgabe des dem § 62 entsprechenden § 69 zu erfolgen hat.

§ 68. 1. Reichel, Schuldmitübernahme 79. Die Bestimmung des § 68 gilt analog auch für den Bürgen, obschon dieser kein Gesamtschuldner des Hauptschuldners ist.

2. Rechtsprechung. a) SächsRpflA. **09** 545, SeuffA. **64** 291 (Dresden). Die Aufrechnung im Konkurse des Wechselausstellers berührt den Anspruch des Wechselinhabers im Konkurse des Akzeptanten nicht, solange der Wechsel unverändert und ohne Zahlungsvermerk im Besitze des Wechselgläubigers bleibt, es sei denn, daß der Konkursverwalter des Ausstellers die Absicht hatte und erkennbar machte, für den Akzeptanten zu bezahlen. b) Ansprüche des Pfandschuldners im Konkurse des Hauptschuldners: vgl. § 64 Ziff. 3 a.

§ 69. 1. Einzelne Fälle. a) **RG.** LeipzZ. **08** 606, R. **08** Ziff. 1259. Ein Vertrag, durch den der spätere Gemeinschuldner seine Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrag einem Gläubiger als Sicherheit abgetreten, selbst aber die Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber übernommen hat, die fällig werdenden Prämien pünktlich weiter zu bezahlen, wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht

aufgehoben, insbesondere löst sich der Anspruch des Gläubigers aus der letztgedachten Verpflichtung des Schuldners nicht lediglich in eine Interessenforderung auf. **b)** **RG. 68** 340, JW. **08** 461. Zu den im § 69 bezeichneten Forderungen gehört auch der Leibrentenanspruch. **c)** BadRpr. **09** 1 (Karlsruhe). Auf eine nach § 843 BGB. wegen verminderter Erwerbsfähigkeit zu zahlende Rente findet § 69 Anwendung. **d)** Aufrechnung mit einer Leibrentenforderung von unbestimmtem Betrage (Hans. GZ. **08** Beibl. 13) vgl. § 53.

2. Rentenberechnung: vgl. § 65 Ziff. 2.

§ 70. Baumgarten, LeipzZ. **08** 219, hält die Bestimmung in ihren beiden Absätzen für widerspruchsvoll und erläutert seine Ansicht an einem praktischen Falle.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 71. I. Jaeger, LeipzZ. **09** 662. Zweigniederlassung begründet die Zuständigkeit nur beim Fehlen einer Hauptniederlassung im Inlande (vgl. § 238 KO.). Die Hauptniederlassung geht dem Wohnsitze der natürlichen und dem Sitze der juristischen Person vor, falls beide auseinanderfallen. Maßgebend für die Frage der Zuständigkeit ist die Zeit des Antrags. Das zu dieser Zeit zuständige Gericht bleibt auch dann zuständig, wenn der Schuldner zwischen Antrag und Eröffnung seinen Wohnsitz verlegt; es genügt aber, wenn der Zuständigkeitsgrund zu dem letzten Zeitpunkte vorhanden ist. Die Unzuständigkeit wird durch den rechtskräftigen Eröffnungsbeschluß geheilt. Das angegangene unzuständige Amtsgericht muß den Antrag abweisen und ist nicht befugt, ihn an das zuständige Gericht weiterzugeben (entgegen der Entscheidung des OLG. Kiel unten II Ziff. 1). Die Weitergabe an das zuständige Amtsgericht bewirkt aber, falls dies rechtskräftig eröffnet, gleichfalls Heilung des Mangels.

II. Rechtsprechung. 1. Unzuständiges Gericht. SchlHolstAnz. **08** 252, OLG. **19** 218 (Kiel). Ein zur Entscheidung über den Antrag auf Konkurseröffnung örtlich unzuständiges Gericht ist befugt, den Antrag an das zuständige Gericht abzugeben; der an dieses gelangende Antrag ist als ordnungsmäßig gestellt anzusehen (vgl. dagegen oben I).

2. Wodurch wird die Zuständigkeit begründet? OLG. **19** 218, RheinARB. **26** 219 (Cöln). Wenn Abs. 1 des § 71 auch nicht ausspricht, daß für die Zuständigkeit der Eingang des Antrags auf Konkurseröffnung maßgebend sein soll, so läßt doch Abs. 2 aaO. hierüber keinen Zweifel. Danach schließt, falls mehrere Gerichte zuständig sind, das zuerst angegangene die übrigen aus. Der Gemeinschuldner darf nicht in der Lage sein, die Konkurseröffnung dadurch zu hintertreiben, daß er — nach Eingang eines gläubigerischen Antrags bei einem zuständigen Gerichte — seinen Wohnsitz verlegt.

§ 72. LeipzZ. **09** 331 (Dresden). Der § 788 Abs. 1 ZPO. ist auf die Kosten, die der Gläubiger zur Herbeiführung der Konkurseröffnung aufgewendet hat, gemäß § 72 entsprechend anwendbar. Die Kosten sind also vom Gläubiger zu tragen, soweit sie nicht „notwendig" waren.

§ 73. Zu Abs. 3. 1. Beschwerdeberechtigte Personen. a) Schimmelbusch, RheinA. **107** 56 Im Falle des Todes des Gemeinschuldners hat der Erbe, bei mehreren Erben jeder Miterbe, das Recht der sofortigen Beschwerde. **b)** ZAktGes. **15** 40 (Colmar). Jeder einzelne Liquidator einer GmbH. ist beschwerdeberechtigt.

2. Einfache, keine sofortige Beschwerde. LeipzZ. **08** 174 (Frankfurt). Gegen einen Beschluß, durch den der Antrag eines auf Befriedigung

aus der Masse verzichtenden Gläubigers, ihm eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Tabelle zu erteilen, abgelehnt wird (zu Unrecht!), findet die einfache, nicht die sofortige Beschwerde statt.

§ 74. 1. Bedeutung der Vorschrift. **RG.** WarnE. **1** 391. Die dem FGG. § 26 nachgebildete Vorschrift des § 74 will im allgemeinen Interesse Machenschaften des Gemeinschuldners verhindern. Die auf Grund dieser Vorschrift erlassene Entscheidung hat nicht den Charakter einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes.

2. Zu Satz 2. Schadensersatz bei Aufhebung eines gemäß § 74 Satz 2 erlassenen Beschlusses durch das höhere Gericht? **RG.** LeipzZ. **08** 303, R. **08** Ziff. 1261. Der eine Schadensersatzpflicht statuierende § 945 ZPO. ist nicht entsprechend auf den Fall anwendbar, daß das Beschwerdegericht nach § 74 Satz 2 KO. die sofortige Wirksamkeit seiner auf Konkurseröffnung lautenden Entscheidung angeordnet hat, diese Entscheidung aber vom höheren Gerichte wieder aufgehoben wird.

§ 75. 1. Zur Auslegung der Vorschrift. LeipzZ. **08** 555, R. **08** Ziff. 838 (Frankfurt). Das Konkursgericht kann die Vernehmung von Zeugen auch zu dem Zwecke anordnen, daß der Konkursverwalter sich darüber schlüssig machen kann, ob er es wegen einer angemeldeten, von ihm bestrittenen Schadensersatzforderung zum Prozesse kommen lassen soll.

2. Der Gemeinschuldner in der Beweisaufnahme. OLG. **19** 222 (Nürnberg). Der Gemeinschuldner hat das Recht, einer nach § 75 vorgenommenen Beweisaufnahme beizuwohnen. Denn er ist Beteiligter (§§ 357, 72 ZPO.), wie sich insbesondere aus § 141 Abs. 2, sowie aus dem Umstand ergibt, daß er unabhängig vom Verwalter hinsichtlich der nicht zur Masse gehörigen Gegenstände Rechte ausüben kann und daß seine Verwandten das Zeugnis verweigern können.

§ 76. **RG.** LeipzZ. **08** 788. Soll die Abschrift einer Ladung zugestellt werden, so bedarf es keiner Beglaubigung. Anfertigung durch den Druck ist zulässig.

§ 78. I. Rechtliche Stellung des Konkursverwalters. 1. Im allgemeinen. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 705. Wenn nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Verwalter einen schwebenden Prozeß fortführt, so hat das nicht die Bedeutung, daß auf seiten des Gemeinschuldners die Partei wechselt, sondern lediglich, daß deren Vertretung im Prozesse geändert wird. Nach Beendigung des Konkursverfahrens tritt der Gemeinschuldner von selbst in den Prozeß wieder ein. Dieser Wiedereintritt seiner Prozeßfähigkeit hat nicht zur Folge, daß die vom Konkursverwalter einem Anwalt erteilte Prozeßvollmacht wieder aufgehoben wird. **b)** Jaeger, LeipzZ. **08** 706, billigt diese Entscheidung und hebt hervor, daß das RG. damit die zu praktischen Unzuträglichkeiten führende Theorie von der Vertreterstellung des Konkursverwalters ablehne. **c)** Hellwig, DJZ. **08** 1198, bespricht gleichfalls diese Entscheidung und weist darauf hin, daß hiernach die Frage der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters noch immer nicht einheitlich beantwortet werde. Verf. meint, daß eine Unterbrechung des Prozesses nach Beendigung des Konkursverfahrens auch dann nicht stattfinde, wenn man — entgegen jener Entscheidung — einen Parteiwechsel annehme, da die vom Konkursverwalter erteilte Vollmacht fortwirke. **d)** Jaeger, DJZ. **08** 1268, widerspricht diesen Ausführungen.

2. Zuständigkeitsstreit zwischen Konkursverwalter und Zwangsverwalter. OLG. **19** 199 (Naumburg). Der Konkursverwalter vertritt in einem von dritter Seite veranlaßten Zwangsverwaltungsverfahren den Gemeinschuldner als Grundstückseigentümer und hat im Laufe des Verfahrens alle Rechte wahrzunehmen, die sonst dem Subhastaten zustehen. Für die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen ihm und dem Zwangsverwalter ist lediglich der Weg

des § 766 gegeben; für den Klageweg und eine einstweilige Verfügung, die dem Zwangsverwalter Eingriffe in Bestandteile der Masse verbietet, ist kein Raum.

II. Zur Person des Konkursverwalters. 1. Laien als Konkursverwalter? a) Pollak, LeipzZ. **08** 660, hält die Bestellung von Laien zu Konkursverwaltern nicht für wünschenswert. Nach seiner Ansicht eignen sich für das Amt des Konkursverwalters am meisten die Rechtsanwälte. **b**) Simon, HessRspr. **9** 111, empfiehlt die Bestellung von Rechtsanwälten zu Konkursverwaltern und macht in dieser Beziehung positive Vorschläge. **c**) Jaeger, LeipzZ. **09** 1, teilt das Ergebnis einer Rundfrage mit, die er an die größeren deutschen Konkursgerichte über die Brauchbarkeit von Juristen und Laien als Konkursverwalter gerichtet hat. Verf. gelangt zu dem Schlusse, daß an dem Grundsatze der freien Wahl des Verwalters durch das Konkursgericht festzuhalten sei.

2. Juristische Personen als Konkursverwalter? **a**) LeipzZ. **08** 245 (Cöln). Zum Konkursverwalter kann nur eine physische, nicht auch eine juristische Person, insbesondere auch nicht eine GmbH. bestellt werden. Ist gleichwohl eine GmbH. zum Verwalter bestellt, so ist die Bestellung derart nichtig, daß ein durch den Konkurs unterbrochenes Verfahren von der als Verwalter bestellten Gesellschaft nicht mit Rechtswirksamkeit aufgenommen werden kann. **b**) Geiger, HoldheimsMSchr. **08** 97, bespricht das Urteil; er billigt die Entscheidung, ohne sich mit ihrer Begründung einverstanden zu erklären.

3. Wechsel in der Person des Verwalters. SächsRpflA. **08** 273 (LG. Freiberg). Durch den Wechsel in der Person des Konkursverwalters wird die Wirksamkeit einer dem Vorgänger gegenüber bewirkten Forderungspfändung nicht berührt, auch wenn in dem Pfändungsbeschlusse der Vorgänger namentlich als Drittschuldner aufgeführt war. Wenn der Nachfolger im Zweifel über diese Frage den gepfändeten Betrag unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, so ist die Hinterleguug rechtmäßig im Sinne des § 372 Satz 2 BGB. jedenfalls dann, wenn er dies auf Rat eines Rechtsanwalts getan hat.

§ 82. 1. Haftung des Verwalters. **a**) RheinA. **106** 50 (Cöln). Aus einem für die Konkursmasse abgeschlossenen Rechtsgeschäfte haftet der Konkursverwalter persönlich nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. **b**) BadRpr. **08** 143 (LG. Offenburg). Bewußte Auslassung angemeldeter Forderungen im Schlußverzeichnis und in der Schlußrechnung verpflichtet trotz unterbliebener Einwendungen des Gläubigers gegen die Schlußrechnung den Verwalter zum Schadensersatze, wenn er arglistig damit rechnete, daß der Gläubiger auf die ordnungsmäßige Abwickelung der Geschäfte vertrauen und deshalb das Schlußverzeichnis nicht prüfen werde. Doch liegt in der Verabsäumung dieser Prüfungspflicht (§§ 86, 162 KO.) ein konkurrierendes Verschulden des Gläubigers. **c**) OLG. **19** 223 (Celle). Der Verwalter kann sich bei Begehung eines Versehens nicht darauf berufen, daß der Gläubigerausschuß, der die Interessen der Gläubiger vertrete, die Vornahme der fraglichen Handlung beschlossen habe und daß er als Konkursverwalter deshalb habe annehmen dürfen, die Handlung liege im Interesse der Gläubiger. Der Verwalter ist durch Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht der eigenen Verantwortung enthoben. **d**) OLG. **19** 223 (Celle). Wenn ein Gläubiger auf Feststellung seiner zum Konkurs angemeldeten und vom Verwalter bestrittenen Forderung geklagt und ein vollstreckbares Urteil erstritten hat, und wenn diese Forderung gleichwohl vom Konkursverwalter in das später von ihm aufgestellte Schlußverzeichnis nicht mitaufgenommen worden ist und deshalb bei der Schlußverteilung außer Betracht bleibt, so ist der Verwalter zum Ersatze des dem Gläubiger erwachsenen Schadens verpflichtet. Der Verwalter darf sich nicht allein auf die gerichtliche Tabelle verlassen, da diese bei bestrittenen Forderungen über die konkurserheblichen Vorgänge nicht vollständig Aufschluß gibt.

2. Wer ist „Beteiligter"? a) *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners gehört der Erbe des letzteren zu den Beteiligten, denen der Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses für die Erfüllung ihrer Pflichten verantwortlich sind. **b)** LeipzZ. **09** 406 (Cöln). Zu den „Beteiligten" des § 82 gehören auch die Massegläubiger. Diese können indessen den Konkursverwalter auf Grund des § 82 nicht aus einem Rechtsgeschäfte haftbar machen, durch das sie erst Massegläubiger werden. Der Konkursverwalter, der das Geschäft des Gemeinschuldners durch diesen für Rechnung der Masse weiterbetreiben läßt, haftet daher regelmäßig nicht dafür, daß diejenigen Massegläubiger, die für das fortgeführte Geschäft Waren liefern, Befriedigung aus der Konkursmasse erhalten.

§ 84. 1. Recht des Gläubigers auf gerichtliche Schritte gegen den Verwalter? OLG. **19** 219 (Cassel). Dem Konkursgläubiger steht ein Recht darauf, daß das Gericht in Ausübung seiner Disziplinarbefugnisse einschreite, nicht zu; es ist vielmehr Amtspflicht des Gerichts — auch auf etwaige Anregung eines Gläubigers hin — zu prüfen, ob Pflichtwidrigkeiten vorliegen und Anlaß zum Einschreiten bieten.

2. Umwandelung in Haftstrafe? BadRpr. **09** 206 (Karlsruhe). Eine nach § 84 festgesetzte Ordnungsgeldstrafe kann weder gleichzeitig mit der Festsetzung, noch nachträglich in Haft umgewandelt werden (bei Entscheidung der gleichen Frage für § 179 GVG. nebenbei erwähnt).

§ 85. 1. Vergütung des Konkursverwalters. a) Saeger, LeipzZ. **08** 141 ff., insbes. 147). Das Honorar des Konkursverwalters ist eine für die Verwaltung zu machende Ausgabe nach § 58 Ziff. 2 KO. und gehört als solche zu den Massekosten; es ist demnach aus der Konkursmasse zu berichtigen und zwar zusammen mit den Ansprüchen der übrigen Massekostengläubiger (**RG. 53** 190). Reicht die Masse zur Bezahlung nicht aus und wird das Konkursverfahren ohne Befriedigung des Verwalters beendet, so bleibt sein Anspruch wie jede andere unbefriedigte Masse- oder Konkursforderung bestehen. Nur der Gemeinschuldner haftet dafür, nicht der Staat (vgl. **RG. 43** 62, Wilmowski-Levy zu § 85, Jaeger zu § 57 Anm. 3, 7; aM. Eccius, GruchotsBeitr. **33** 744, **34** 152). Eine Haftung des Staates für den Ausfall ist aus § 79 Ziff. 6 GKG. und einer Eigenschaft des Verwalters als „Beamter" nicht zu begründen, weil dieser nicht ein staatliches Verwaltungsamt bekleidet und § 79 aaO. begründete Ansprüche voraussetzt, nicht erschafft. **b)** Saeger, aaO. 141 ff., hält die Schaffung einer Reichsgebührenordnung für Konkursverwalter nicht für wünschenswert. Nach seiner Meinung ist der gegenwärtige Rechtszustand (Festsetzung der Vergütung nach freiem Ermessen des Gerichts) beizubehalten. Verf. weist auf die Praxis des AG. Braunschweig hin, das zur Erleichterung der richterlichen Prüfung Tarifsätze aufgestellt hat, von denen es jedoch in besonderen Fällen abgeht. **c)** Über die Entlohnung der österreichischen Konkursverwalter vgl. GerH. **52** 126 f. **d)** Vergütung eines zum Verwalter bestellten Anwalts. OLG. **17** 230 (Kiel). Der zum Konkursverwalter bestellte Anwalt ist nicht befugt, aus §§ 7, 44 RAGebO. Gebühren zu berechnen, da er für seine Mühewaltung durch seine ihm als Verwalter zustehende Vergütung abgegolten wird.

2. Der Festsetzungsbeschluß. a) Inhalt. OLG. **19** 220, LeipzZ. **08** 322, SeuffA. **64** 86, R. **08** Ziff. 395 (Cassel). Der Festsetzungsbeschluß des Konkursgerichts muß ersehen lassen, wieviel als Vergütung und wieviel als Auslagen festgesetzt worden ist. **b)** Zustellung. LeipzZ. **09** 331, ElsLothJZ. **09** 552, R. **09** Ziff. 1035 (Colmar). An der Festsetzung der Gebühren des Konkursverwalters ist die gesamte Gläubigerschaft mitbeteiligt. Die Zustellung des Beschlusses hat daher auch an sämtliche Gläubiger, wenigstens durch öffentliche Bekanntmachung (§ 76), zu erfolgen. Solange dies nicht geschehen, wird der Beschluß den Gläubigern

gegenüber nicht rechtskräftig und bleiben diese zur Beschwerde berechtigt (vgl. auch Jaeger § 73 III 3 und § 85, ebenso Saeger, aaO. 141 ff.). c) Beschwerderecht α. des Verwalters? Saeger, aaO. 141 ff. Der Verwalter kann die gerichtlich festgesetzte Vergütung nicht bemängeln, wenn sie in die Schlußrechnung eingestellt und gegen diese im Abnahmetermine keine Einwendung erhoben ist. Im übrigen steht ihm wie den sonst am Verfahren Beteiligten die sofortige Beschwerde zu, und zwar bereits vor Zustellung des Beschlusses nach dessen Verkündung. β. des Gläubigerausschusses oder eines Mitglieds? LeipZ. Z. **08** 322, SeuffA. **64** 86, BuschsZ. **39** 361, R. **08** Ziff. 394 (Cassel). Dem Mitgliede des Gläubigerausschusses als solchem steht ebensowenig wie dem Gläubigerausschusse selbst die Beschwerde gegen den die Vergütung des Konkursverwalters festsetzenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts zu, da das Gläubigerausschußmitglied als solches von dem Beschlusse nicht betroffen wird, mithin nicht als Beteiligter erscheint (vgl. **RG.** JW. **95** 329, Jaeger, KO. § 73 Anm. 8, § 85 Anm. 5, Wilmowski-Kurlbaum § 73 Anm. 8). Die Entscheidung über die von einem Beteiligten eingelegte Beschwerde braucht aber nicht bis dahin vom Gericht aufgehalten zu werden, daß die Beschwerdefrist für alle verstrichen ist (aM. SeuffA. **51** Ziff. 207 [Jena], vgl. auch Petersen-Kleinfeller zu § 85 Anm. 8).

§ 86. 1. Kreis der Beteiligten. a) *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Zu Satz 2 und 3: Im Falle des Todes des Gemeinschuldners steht dem Erben das Recht zu, in die Schlußrechnung des Verwalters Einsicht zu nehmen und Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben. b) Vgl. auch Ziff. 2 b.

2. Pflichten des Verwalters. Offenbarungseid. a) LeipzZ. **09** 718 (LG. III Berlin). Der Konkursverwalter ist verpflichtet, auf Verlangen eines Gläubigers den Offenbarungseid wegen eines Schuldtitels aus einem Prozesse, den er, der Verwalter, für die Masse geführt hat, abzuleisten. Es folgt dies aus seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter des insoweit prozeßunfähigen Gemeinschuldners im Prozeß, als welcher er auch die Parteieide zu leisten hat (§ 473 ZPO.). Seine Berufung darauf, daß er als öffentlichrechtliches Hilfsorgan des Gerichts zur Leistung des Offenbarungseids nicht verpflichtet sei, schlägt nicht durch. b) LeipzZ. **09** 164, R. **08** Ziff. 3676 (Colmar). Der Anspruch auf Leistung des Offenbarungseids gegen den bisherigen Konkursverwalter steht nicht nur dem Nachfolger desselben und dem Gemeinschuldner, sondern jedem nicht befriedigten Konkursgläubiger zu.

3. Zu Satz 2 und 3. a) LeipzZ. **09** 710, SächsRpflA. **09** 120 (Dresden). Der Konkursgläubiger hat nach § 86 die Pflicht, die Schlußrechnung zu prüfen, damit Irrtümer aufgedeckt, dann aber klare Massen geschafft werden können und eine unanfechtbare Grundlage für Schlußverteilung und Konkursbeendigung geschaffen wird. Entzieht sich der Gläubiger dieser Verpflichtung, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ein Irrtum nicht bemerkt wird und eine ihm nachteilige Dividendenverteilung erfolgt; er kann hieraus keinerlei Ansprüche gegen den Konkursverwalter erheben. b) BadRpr. **08** 92 (LG. Offenburg). Unterläßt ein (im Schlußtermin ausgebliebener) Konkursgläubiger, gegen die Schlußrechnung Einwendungen zu erheben, so kann er den Verwalter aus § 82 KO. nicht mehr in Anspruch nehmen, wenn dieser seine Forderung aus Versehen mit einem zu geringen Betrage berücksichtigt hat.

§ 88. FrankfRundsch. **43** 95 (Frankfurt). Wenn auch der Verwalter befugt ist, alle Verwaltungsmaßregeln ohne Mitwirkung des Gläubigerausschusses durchzuführen, sofern nicht im einzelnen Falle eine Genehmigung des Ausschusses vorgeschrieben ist, so ist er doch andererseits, wie § 88 erkennen läßt, nicht berechtigt, Vorschläge und Anregungen der Ausschußmitglieder kurzerhand zurückzuweisen.

§ 89. a) Vgl. Schimmelbusch zu § 82 Ziff. 2 a. **b)** **RG.** Bay. RpflZ. **09** 415, R. **09** Ziff. 2992. Wenn Gläubigerausschußmitglieder wegen eines ihnen persönlich zugesicherten Vermögensvorteils den Verkauf von Massegegenständen zu einem unter der Taxe bleibenden Preise herbeiführen, obwohl ihnen von dritter Seite die volle Taxe als Preis geboten war, so sind sie hieraus nach Aufhebung des Konkursverfahrens auch dem Gemeinschuldner schadensersatzpflichtig.

§ 91. KGBl. **09** 35 (LG. I Berlin). Ist ein Rechtsanwalt zum Mitgliede des Gläubigerausschusses bestellt, so ist seine Vergütung nicht nach der RAGebO. zu bemessen.

§ 93. 1. Pasquai, GoldschmidtsZ. **65** 409 ff. Verf. erörtert nach Vorausschickung einer historischen Einleitung die Rechtsnatur der Gläubigerversammlung unter eingehender Heranziehung der Literatur.

2. Schwabe, GesuR. **10** 470 f., wendet sich gegen das Treiben von Personen, die sich Konkursforderungen nur zum Schein abtreten lassen, und wünscht weitgehende gesetzliche Bestimmungen, die eine Zurückweisung solcher Bevollmächtigter ermöglichen.

§ 98. RheinARV. **09** 237 (LG. Cöln). Beruft das Konkursgericht eine Gläubigerversammlung mit der Tagesordnung: „Beschlußfassung über die Wahl eines neuen Gläubigerausschusses", so ist in der Gläubigerversammlung auch die Abberufung des alten Gläubigerausschusses als Gegenstand der Beschlußfassung nicht unzulässig.

§ 100. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 50. Die Pflicht aus § 100 KO. trifft im Falle des Todes des Gemeinschuldners den Erben.

§ 101. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 51 ff. Die Beschränkung des § 101 Abs. 1 KO. trifft im Falle des Todes des Gemeinschuldners nicht auf den Erben zu, wohl dagegen sind die Zwangsmittel des Abs. 2 daselbst auch gegen den Erben anwendbar.

2. OLG. **19** 225, SeuffA. **64** 42, PosMSchr. **12** 2 (Posen). Die ohne Erlaubnis des Konkursrichters erfolgte Verlegung des Wohnsitzes seitens des Gemeinschuldners ist deswegen nicht unwirksam, sondern setzt den Gemeinschuldner nur den im § 101 Abs. 2 KO. angedrohten Zwangsmaßregeln aus. § 134 BGB. ist hinsichtlich des § 101 KO. unanwendbar.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102. 1. Josef, LeipzZ. **09** 829. Da das Ordnungsstrafverfahren des Registergerichts voraussetzt, daß der Verpflichtete Kaufmann ist, der Gemeinschuldner aber mit der Konkurseröffnung aufhört, ein Handelsgewerbe zu betreiben, so ist das Ordnungsstrafverfahren einzustellen, wenn der Verpflichtete im Laufe des Verfahrens in Konkurs fällt.

2. Zahlungseinstellung, Zahlungsunfähigkeit. **a)** **RG.** WarnE. **1** Ziff. 548. Die Zahlungseinstellung ist nicht wie die Zahlungsunfähigkeit (oder die Überschuldung) ein Zustand, sondern eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Gemeinschuldners. Gibt er bei dem Antrag auf Konkurseröffnung an, er habe an diesem Tage seine Zahlungen eingestellt, so kann daraus auf keine frühere Zahlungseinstellung geschlossen werden. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 481. Die protokollarische Erklärung des Generalbevollmächtigten eines Gesellschafters bei Anmeldung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen, es habe an einem bestimmten Tage Zahlungseinstellung stattgefunden, kann, namentlich bei Widerspruch eines anderen Gesellschafters, nur als Beweismittel für die Zahlungseinstellung und ihren Zeitpunkt verwertet werden. **c)** Vgl. im übrigen § 30 II.

§ 103. 1. Ist das Recht eines Gläubigers, den Konkursantrag zu stellen, verzichtbar? OLG. **19** 225, HessRspr. **8** 154, SeuffA.

63 214 (Darmstadt). Der Gläubiger kann wirksam auf sein Recht, Konkurs gegen den Schuldner zu beantragen, verzichten. Denn dieses Recht ist ihm nicht im öffentlichen Interesse gegeben; vielmehr handelt es sich lediglich um eine privatrechtliche Befugnis in des Gläubigers eigenem Interesse. Es ist nicht einzusehen, warum die Geltendmachung und Vollstreckung überhaupt, nicht aber die im Konkursantrage liegende Rechtsverfolgung verzichtbar sein sollte (vgl. Mot. 504, Sarwey-Bossert § 103 Note 1). Für die Zulässigkeit eines Verzichts auch Wilmowski § 105 Note 5, Jaeger (2) (nicht 1!) § 103 Note 3, BuschsZ. **10** 511 ff., Wolff § 105 Note 2.

2. Zurücknahme des Antrags. LeipzZ. **08** 175 (Frankfurt). Die Zurücknahme des Konkursantrags ist nur bis zur Eröffnung des Konkurses, nicht bis zur Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses zulässig. Letzterer kann vom Gerichte nicht aufgehoben werden. Wünschen die Gläubiger eine Beseitigung des Verfahrens, so müssen sie den Weg der §§ 202 ff. beschreiten.

3. Vollmachtstempel beim Konkursantrage. KGJ. **36** Ziff. 19 (KG.). Der Stempel zu der von dem Bevollmächtigten eines Gläubigers bei Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens unverstempelt überreichten Vollmacht ist weder dem Konkursverwalter, noch nach Beendigung des Konkurses dem Gemeinschuldner in Rechnung zu stellen.

§ 105. 1. Konkurseröffnung bei Vorhandensein nur eines Gläubigers? ThürBl. **56** 99 (Jena). Die Konkurseröffnung ist grundsätzlich auch dann zulässig, wenn dem Schuldner nur ein einziger Gläubiger gegenübersteht. Sie ist nicht von der Vorlegung einer Vermögensübersicht abhängig.

2. Verzicht auf Konkursantrag: vgl. § 103 Ziff. 1.

§ 107. Beschwerde gegen Anordnung eines Auslagenvorschusses. **a)** OLG. **19** 220 (Hamburg). Wenn das Amtsgericht, bei dem der Gläubiger den Antrag auf Eröffnung des Konkurses gestellt hat, einen Vorbescheid dahin erläßt, daß der Gläubiger zunächst einen Auslagenvorschuß zu hinterlegen habe, so ist darin ein Beschluß zu erblicken, durch den ein das Verfahren betreffendes Gesuch teilweise zurückgewiesen wird, und der daher nach § 567 ZPO. mit der Beschwerde anfechtbar ist. **b)** Vgl. aber § 109 Ziff. 1 a.

§ 108. Eröffnungsbeschluß. Vgl. § 109 Ziff. 3 und § 207.

§ 109. 1. Beschwerde gegen Anordnung eines Auslagenvorschusses. **a)** LeipzZ. **08** 627, R. **08** Ziff. 1441 (Hamburg II. Sen., 3. 3. 08). Gegen einen Beschluß, in welchem das Gericht zur Eröffnung des Konkursverfahrens von dem beantragenden Gläubiger einen Kostenvorschuß fordert (§ 107 KO.), ist eine Beschwerde unzulässig. Denn es handelt sich nicht um einen die Eröffnung des Verfahrens ablehnenden Beschluß (§ 109), sondern lediglich um einen Vorbescheid, über dessen Anfechtbarkeit in der KO. nichts bestimmt ist. Dieser Bescheid ist auch nicht nach §§ 72, 73 anfechtbar, denn die Voraussetzung des § 567 ZPO. (daß ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen sei) ist nicht gegeben. Dem Gläubiger steht der Beschwerdeweg erst offen, wenn er die Leistung des erforderten Vorschusses verweigert und das Gericht alsdann den Eröffnungsantrag abgelehnt hat. **b)** Dagegen OLG. **19** 220 (Hamburg V. Sen., 30. 11. 08). Gegen einen Bescheid der zu a genannten Art ist die Beschwerde zulässig, da durch ihn ein das Verfahren betreffendes Gesuch teilweise zurückgewiesen wird.

2. BadRpr. **08** 143 (Karlsruhe). Auch die weitere Beschwerde gegen den bestätigenden Beschluß des LG. ist die sofortige.

3. Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses. **a)** ThürBl. **56** 100 (Jena). Mit der Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses werden etwaige Mängel in den Konkursvoraussetzungen geheilt. Dem Beschlusse kommt formelle

und materielle Rechtskraft zu. Eine nachträgliche Einstellung des Verfahrens wegen Mangels jener Voraussetzungen ist unzulässig. b) Vgl. dazu Wach im § 207.

§ 113. 1. Zu Abs. 1. Über die Sperrwirkung der Konkurseröffnung und des Konkursvermerkes vgl. § 6.

2. Zu Abs. 3. DJZ. **08** 544 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, in Ansehung der von ihm freigegebenen Grundstücke die Löschung des auf Ersuchen des Konkursgerichts im Grundbuch eingetragenen Konkursvermerkes zu beantragen.

§ 114. 1. Antrag beim Konkursgerichte. Antragsberechtigte. a) *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners kann der Erbe den Antrag aus § 114 stellen. b) Versteigerungsbeamter. Vollstreckungsgericht. ElsLothNotZ. **08** 174 (Colmar). Wenn zur Konkursmasse gehörige Grundstücke im Wege der Zwangsversteigerung veräußert worden sind, so ist auch der Versteigerungsbeamte bzw. das Vollstreckungsgericht befugt, die Löschung des auf den Grundstücken eingetragenen Konkursvermerkes (§ 130 ZVG.) zu beantragen.

2. Selbständiges Antragsrecht des Verwalters beim Grundbuchamte: vgl. § 113 Ziff. 2.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117. 1. Formelle Seite der Besitzergreifung des Konkursverwalters. *Voß, GoldschmidtsZ. **62** 356. Die Vorschrift des § 150 Abs. 2 ZVG., nach welcher das Gericht dem Zwangsverwalter . . . die Ermächtigung erteilen kann, sich selbst den Besitz des Grundstücks zu verschaffen, ist nicht dahin zu verstehen, daß der Verwalter die Anordnung gemäß § 794 Ziff. 3 ZPO. als Vollstreckungstitel benutzen kann (363 ff.). In gleicher Weise kann der Konkursverwalter den Eröffnungsbeschluß nicht gegen den Gemeinschuldner als prozeßrechtlichen Vollstreckungstitel benutzen, um im Wege der gewöhnlichen Vermögensverwaltung den Besitz der bei dem Gemeinschuldner befindlichen Sachen zu erlangen (371 ff.). Die Besitzergreifung bezweckt nicht eine Besitzänderung, sondern Verschiebung des Besitzes innerhalb künstlich, nämlich im Wege des Konkursverfahrens, gezogener Verwaltungsgrenzen (377) und stellt einen Zwang von disziplinarischer Natur dar. Es handelt sich nicht um „Wegnahme", um „Übergabe", um „Ausdembesitzsetzen" und „Einweisen", sondern um Einrichtung einer anderen Verwaltungsform an Stelle der Privatverwaltung des Gemeinschuldners (380). Dem Gerichtsvollzieher kommt hierbei eine führende Stellung nicht zu (386). Streitigkeiten darüber, ob die Verwaltung ordnungsmäßig eingerichtet ist, gehören vor das Konkursgericht (387). Der Gemeinschuldner fordert hierbei rechtspolizeilichen Schutz (394). Nur wenn konkursfreie Sachen veräußert oder konkursfreie Forderungen zur Masse eingezogen sind, haftet die Masse dem Gemeinschuldner aus rechtloser Bereicherung (397). Bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurse bedarf es nicht der Neueinrichtung einer bisher nicht bestehenden Verwaltung. Vielmehr wird der Beginn der Verwaltung von Privatrechts wegen (§ 1978 Abs. 1 BGB.) auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückverlegt, so daß der Erbe als Beauftragter oder auftragloser Führer fremder Geschäfte haftet (399 ff.).

2. Verwertung eines nicht zur Masse gehörigen Gegenstandes. Ersatzpflicht. Rechtsbehelfe. a) Unrechtmäßige Verwertung: vgl. § 59. b) Ersatzpflicht des Verwalters. **RG.** LeipzZ. **09** 786, R. **09** Ziff. 2026. Die Verwertungspflicht des Verwalters aus § 117 schließt nicht aus, daß er sich nach § 989 BGB. durch die Verwertung ersatzpflichtig macht. Konnte der Berechtigte die Verwertung verhindern, so wird § 254 aaO. Platz zu greifen haben. c) Rechtsbehelfe des Gemeinschuldners. OLG. **17** 189 (Breslau). Der Gemeinschuldner kann die Freigabe von Sachen, die der

Konkursverwalter gemäß § 117 zur Masse gezogen hat, nicht im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. erreichen, sondern er muß wie jeder Dritte, der Ansprüche an die zur Masse gehörigen Gegenstände geltend macht, gegen den Konkursverwalter Klage erheben.

3. Sonstiges. **a)** OLG. **19** 297 (Königsberg). Die nach Eröffnung des Konkurses über den Verkäufer bewilligte Stempelermäßigung fällt regelmäßig nicht zur Konkursmasse. **b)** GewA. **08** 439 (BayObLG.). In Bayern bedarf ein Auktionator auch dann, wenn er Stücke der Konkursmasse öffentlich versteigert, der Genehmigung der Ortspolizeibehörde.

4. Zu Abs. 2. „Geschäftsbücher": vgl. Mosler zu § 1.

§ 121. 1. Postarrest. a) Im allgemeinen. Wolcke, EisenbE. **25** 101. Die Anordnung aus § 121 KO. darf sich nur auf die unter der Adresse des Gemeinschuldners eingehenden Sendungen, nicht auf Sendungen an die Ehefrau, Kinder, Verwandte beziehen. Sie bezieht sich nur auf die nach Konkurseröffnung eingegangenen Postsendungen und ist für die ganze Dauer des Konkursverfahrens wirksam, wenn sie nicht von vornherein auf eine bestimmte Zeit beschränkt wird. Mit der Beendigung des Konkurses tritt der Beschluß ohne weiteres außer Kraft. **b)** Beim Tode des Gemeinschuldners. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 53 ff. Die Bestimmung des Abs. 1 ist im Falle des Todes des Gemeinschuldners auf den Erben nicht anwendbar, soweit die an ihn gerichteten Sendungen in Betracht kommen. Dagegen tritt umgekehrt natürlich bezüglich der an den Erblasser gerichteten Sendungen die einmal erfolgte Anordnung des Gerichts durch den Tod des Gemeinschuldners nicht außer Kraft. An Stelle des Gemeinschuldners kann im Falle dessen Todes der Erbe die Einsicht bzw. Herausgabe verlangen. Antragsberechtigt gemäß Abs. 2 ist im Falle des Todes des Gemeinschuldners der Erbe.

2. „Telephonarrest". a) Ermel, Ergreift der Postarrest des § 121 die Fernsprechnachricht an den Gemeinschuldner? DJZ. **09** 767. Verf. verneint die Frage in Übereinstimmung mit der Praxis der Reichspostverwaltung im wesentlichen aus praktischen Gesichtspunkten. **b)** *Scholz, GruchotsBeitr. **52** 359 ff. Das Konkursgericht kann die Vermittlung telephonischer Gespräche mit dem Gemeinschuldner auf Grund des § 121 KO. nicht verbieten. Allerdings können unter „Telegraphenanstalten" im § 121 KO. auch Fernsprechvermittlungsanstalten verstanden werden. Aber es würden durch ein solches Verbot dem Gemeinschuldner telephonische Nachrichten entzogen werden und, selbst wenn der Konkursverwalter die Gespräche empfinge, würde es an der erforderlichen Sicherheit dafür fehlen, daß dem Gemeinschuldner die Nachricht nachträglich ungeschmälert zugeht, wie es § 121 Abs. 1 Satz 3 KO. verlangt.

§ 123. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners ist an des letzteren Stelle der Erbe zuzuziehen.

§ 124. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners steht das Recht der Einsicht dem Erben zu.

§ 125. I. Offenbarungseidspflicht. 1. Im allgemeinen. **a)** Wach, LeipzZ. **09** 590. Die Offenbarungseidspflicht des Gemeinschuldners im Konkurs ist Ausfluß seiner Auskunftspflicht. Berechtigt, die Eidesleistung zu verlangen, ist jeder Konkursgläubiger, welcher damit ohne weiteres für alle anderen Gläubiger tätig wird; da Rechte der Allgemeinheit, nicht Sonderrechte in Frage stehen, bedarf es weder eines Titels noch der Feststellung der Forderung; die Anmeldung zur Tabelle genügt. **b)** Hartmann, KGBl. **08** 41 ff. Der Eid des § 125 KO. ist kein nach Form oder Inhalt von dem Eide des § 807 ZPO. verschiedener, sondern er ist nur ein Anwendungsfall des letzteren; daraus folgt: 1. daß der Gemeinschuldner sein gesamtes Vermögen, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehörte, offen zu legen und mit dem Eide des § 807 zu bekräftigen hat; 2. daß

der Schuldner, welcher als Gemeinschuldner in Gemäßheit des § 125 KO. den Offenbarungseid geleistet hat, sich auf die Vorschrift des § 903 ZPO. berufen kann; 3. daß er jedoch zur erneuten Leistung des Offenbarungseids verpflichtet ist, wenn ein Nichtkonkursgläubiger einen neuen Vermögenserwerb des Schuldners glaubhaft macht, der in der Zeit nach der Konkurseröffnung, aber vor dem Tage der Eidesleistung erfolgt ist; 4. daß die fünfjährige Frist des Abs. 2 § 903 ZPO. vom Tage der Eröffnung des Konkursverfahrens und nicht vom Tage der Eidesleistung zu rechnen ist.

2. Beim Tode des Gemeinschuldners. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 51. Die Pflicht aus § 125 KO. trifft im Falle des Todes des Gemeinschuldners den Erben. Die Leistung des Eides kann jedoch, soweit es sich um die Masse handelt, von dem Erben nicht zweimal, in seiner Eigenschaft als Erbe überhaupt und in seiner Eigenschaft als Herr der Masse, verlangt werden. Verweigert er als letzterer die Leistung des Eides, so tritt nicht etwa schon aus diesem Grunde gegen den Gläubiger, der die Eidesleistung gefordert hatte, die unbeschränkte Erbenhaftung für die Nachlaßverbindlichkeiten ein, wie nach § 2006 Abs. 3 BGB., wenn der Erbe als solcher die Eidesleistung verweigert.

II. Rechtsprechung. 1. Gegenstand des Offenbarungseids. LeipzZ. **08** 90, SächsOLG. **29** 189 (Dresden). Der nach § 125 zur Leistung des Offenbarungseids geladene Gemeinschuldner hat nicht, wie dies sonst im Offenbarungseidsverfahren der Fall ist (§ 807 ZPO.), ein von ihm selbst anzufertigendes Verzeichnis seines Vermögens zu beeidigen, sondern den Gegenstand der Eidesleistung bildet das auf Grund seiner Angaben vom Konkursverwalter angefertigte Verzeichnis. Dies ergibt sich — abgesehen von den Bemerkungen der Mot. zum § 115 ä. F. — aus einem Zusammenhalten der §§ 124 und 125, wonach der Konkursverwalter ein Inventar anzufertigen hat (§ 124) und der Gemeinschuldner „nach Anfertigung dieses Inventars zur Eidesleistung geladen werden kann" (§ 125). Der in Untersuchungs- oder Strafhaft befindliche Gemeinschuldner kann daher die Leistung des Eides nicht mit der Begründung verweigern, daß er ein Vermögensverzeichnis nicht aufstellen könne, weil er von seinem Vermögen getrennt sei.

2. Konkurs der Ehefrau. LeipzZ. **09** 488 (Naumburg). Im Konkurs einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau kann der Konkursverwalter zur Vorbereitung seines Anspruchs auf Herausgabe des Eingebrachten (§ 2) nach allgemeinen Grundsätzen (§ 260 BGB.) die Aufstellung eines Verzeichnisses und die Ableistung des Offenbarungseids vom Ehemanne verlangen.

3. Widerspruch des Schuldners gegenüber dem Verlangen auf Eidesleistung. **a)** LeipzZ. **09** 870 (Dresden). Der Gemeinschuldner, der auf Antrag eines angeblichen Konkursgläubigers den Offenbarungseid nach § 125 leisten soll, kann das Konkursgläubigerrecht des Antragstellers mit dem Erfolge bestreiten, daß das Amtsgericht des Konkurses als Vollstreckungsgericht gemäß § 900 ZPO. zu entscheiden hat. Um den Widerspruch des Gemeinschuldners zu beseitigen, muß der Gläubiger das Bestehen der Forderung beweisen. **b)** Vgl. hierzu die im wesentlichen übereinstimmenden Ausführungen von Jaeger, LeipzZ. **09** 871 ff.

§ 127. 1. Veräußerung gepfändeter Massestücke durch den Verwalter. Anordnung des Vollstreckungsgerichts. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 627. Will der Konkursverwalter eine mit einem Pfändungspfandrechte behaftete, zur Konkursmasse gehörige Sache freihändig verkaufen, so bedarf er hierzu gemäß § 127 verb. mit § 825 ZPO. einer dies genehmigenden Anordnung des Vollstreckungsgerichts; ohne diese ist der Verkauf unwirksam. **b)** RheinA. **106** 49 (Cöln). Verwertet der Konkursverwalter gepfändete Massegegenstände ohne gerichtliche Ermächtigung abweichend von den Vorschriften über die Versteigerung

gepfändeter Sachen, so ist das Veräußerungsgeschäft nichtig. c) **RG.** LeipzZ. **08** 612 und 627, R. **08** Ziff. 1442. Wer ein zur Konkursmasse gehöriges Warenlager, wissend, daß es größtenteils gepfändet und die nach § 127 KO., § 825 ZPO. erforderliche Anordnung des Vollstreckungsgerichts nicht erfolgt ist, ohne Einverständnis der sämtlichen Pfändungsgläubiger vom Konkursverwalter freihändig kauft, hat keinen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrags.

2. Veräußerung von Zubehör eines Grundstücks. a) Vgl. oben § 6. b) OLG. **19** 151, SchlHolstAnz. **08** 366 (Kiel). Zubehörstücke eines Grundstücks unterliegen (vgl. § 865 ZPO.) nicht dem den Verwalter zur Veräußerung beweglicher Gegenstände berechtigenden § 127, dürfen vielmehr nur nach den für die Verwertung unbeweglicher Sachen geltenden Vorschriften verwertet werden. Beabsichtigt der Verwalter gleichwohl ihre Veräußerung als Mobiliar, so haben die dadurch verletzten Immobiliargläubiger die Schutzmittel aus §§ 766, 771, event. 805 ZPO.

3. Versteigerung von Massestücken „für den Pfändungspfandgläubiger". LeipzZ. **09** 88, BayRpflZ. **08** 442 (München). Der Konkursverwalter hat das Recht, die von Dritten vor der Konkurseröffnung gepfändeten beweglichen Sachen des Gemeinschuldners an Stelle des Pfandgläubigers nach Maßgabe der Vollstreckungsnormen oder derjenigen über den Pfandverkauf (§§ 1233 ff. BGB.) zu veräußern, den Erlös zur Masse zu ziehen und den Pfändungspfandgläubiger auf die dem § 805 ZPO. ähnliche Vorrechtsklage zu verweisen. Er kann sich dazu des Gerichtsvollziehers bedienen, der die Vollstreckung für den Pfandgläubiger eingeleitet hat, und kann das Verfahren nach § 127, das keines Gerichtsbeschlusses und keiner Begründung bedarf, auch dazu verwenden, um sich in Anfechtungsfällen die Rolle des Beklagten und zunächst den Erlös zu sichern, ohne — was sonst die Regel wäre — das Gericht nach §§ 771, 769 ZPO. gegen den Pfändungspfandgläubiger angehen zu müssen. In solchem Falle handelt der Gerichtsvollzieher als Beauftragter des Konkursverwalters, der ihm auch nötigenfalls für einen Kostenausfall haftet. Nimmt aber der Gerichtsvollzieher im Auftrage des Verwalters die Versteigerung nicht für die Konkursmasse, sondern für den Pfändungspfandgläubiger vor, so tritt, selbst wenn der Versteigerungserlös demnächst für die Konkursmasse hinterlegt wird, nicht die Wirkung des § 127, sondern diejenige des § 819 ZPO. (Zahlung) ein. Die Hinterlegung kann in solchem Falle nur nach § 769 Abs. 2 ZPO. erfolgen; ist ein derartiger Beschluß nicht ergangen, so kann der Gläubiger Auszahlung des hinterlegten Erlöses verlangen.

4. Zurückbehaltungsrecht an einem Sparkassenbuche. OLG. **18** 189 (Hamm). Wenn der Eigentümer eines Sparkassenbuchs dieses einem Dritten „zum Pfande" übergeben hat, ein wirksames Pfandrecht aber wegen Nichtbeachtung des § 1280 BGB. nicht entstanden ist, so steht dem Dritten im Konkurse des Eigentümers ein Zurückbehaltungsrecht an dem Buche nicht zu.

§ 129. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 48 f. Im Falle der Todes des Gemeinschuldners darf die Unterstützung, die dem Gemeinschuldner und seiner Familie aus der Masse gewährt werden kann, auch nach seinem Tode der Familie bewilligt bzw. weitergeleistet werden, denn die Familie hat die ihr im § 58 Ziff. 3 eingeräumte privilegierte Stellung nicht verloren, obwohl es einen Gemeinschuldner im fortgesetzten Verfahren nicht gibt.

2. Zu Abs. 2. Gößmann, ZVersWiss. **09** 386. Die Lebensversicherungspolice ist Wertpapier im Sinne dieser Vorschrift.

§ 130. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners ist die im Abs. 1 vorgeschriebene Mitteilung dem Erben zu machen. Auf Antrag des Erben kann dann das Konkursgericht die Schließung des Geschäfts

untersagen, wenn der verstorbene Gemeinschuldner oder der Erbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat (Abs. 2).

§ 134. 1. Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung im Falle des § 134. HessRspr. 8 20 (LG. Darmstadt). Die Berufung einer Gläubigerversammlung zur Beschlußfassung über eine geplante Veräußerung nach § 134 ist, sofern ein Gläubigerausschuß bestellt ist, unzulässig.

2. Zu Ziff. 1. Freihändiger Verkauf. Versteigerung. LeipzZ. **09** 92, BayNotZ. **9** 97 (LG. Zweibrücken). Zweck der §§ 134, 136 ist, im Interesse der Gläubiger und des Schuldners wegen der Wichtigkeit dieser Rechtsgeschäfte zu verhindern, daß eine Veräußerung weit unter Wert erfolgt, wie es bei einem freihändigen Verkaufe möglich ist. Dieser ratio legis leistet aber jede öffentliche Versteigerung, auch die nicht nach den Vorschriften der Zwangsversteigerung abgehaltene, Genüge; daher ist zu einer solchen die Genehmigung des Gläubigerausschusses nicht erforderlich.

§ 135. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56 f. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners ist die Mitteilung dem Erben zu machen. Dieser ist dann zu dem im Abs. 2 vorgesehenen Antrage berechtigt.

§ 136. ThürBl. **56** 99 (Jena). Im Konkurs einer Genossenschaft haben die Genossen die Stellung Dritter im Sinne dieser Bestimmung.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 139. Nachweis der Vollmacht. LeipzZ. **09** 248 (Dresden). Der Bevollmächtigte eines Konkursgläubigers hat den von Amts wegen zu erfordernden Nachweis der Vollmacht spätestens im Prüfungstermine zu erbringen; anderenfalls hat der Gläubiger Zurückweisung der Forderungsanmeldung im Prüfungstermine zu gewärtigen. Zwar ist die einstweilige Zulassung im Prüfungstermin unter Vorbehalt der Beseitigung des Mangels wohl möglich (§ 89 ZPO.); der Konkursrichter ist aber auch befugt, die Anmeldung mangels genügender Legitimation des Bevollmächtigten im Prüfungstermine zurückzuweisen. Wird nachträglich die Vollmacht eingereicht, so ist erst mit diesem Zeitpunkte die Forderung als angemeldet anzusehen. Die Kosten des etwa nötig werdenden neuen Prüfungstermins fallen daher dem Gläubiger zur Last.

§ 140. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners steht das Recht zur Einsicht dem Erben zu.

2. Unterbrechung des Prozesses durch Eröffnung des Konkurses vor der Urteilszustellung: vgl. § 11.

§ 144. 1. Zu Abs. 1. Beseitigung eines erhobenen Widerspruchs. HansGZ. **08** Beibl. 60 (Hamburg). Die Zurücknahme eines Widerspruchs des Verwalters bewirkt Feststellung der vom Gemeinschuldner selbst unbestritten gelassenen Forderung, nicht nur für das Konkursverfahren, sondern auch gegenüber dem Gemeinschuldner selbst. Die Feststellung wirkt wie ein rechtskräftiges Urteil. Mit einer solchen Forderung kann auch gegenüber einer „konkursfreien" Forderung des Gemeinschuldners aufgerechnet werden.

2. Zu Abs. 2. Aufnahme des Rechtsstreits. **RG.** LeipzZ. **08** 540, JW. **08** 305. Die Aufnahme des Prozesses über eine Konkursforderung findet nach § 144 Abs. 2 nur gegen den Gemeinschuldner und nur dann statt, wenn er die Forderung im Prüfungstermine bestritten hat. Die unbefugte Aufnahme durch den Gemeinschuldner ist mittels Zwischenurteils kostenfällig für unzulässig zu erklären.

§ 145. 1. Eintragung eines Zessionars in die Tabelle. KGBl. **08** 51 (LG. III Berlin). Zur Eintragung des Zessionars einer festgestellten

Konkursforderung in die Tabelle bedarf es nicht des Nachweises der Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden.

2. Verzicht auf Ab- und Aussonderungsrechte. DJZ. **08** 485, R. **08** Ziff. 1855 (KG.). Der Satz, daß die Anmeldung der Konkursforderung allein keinen Verzicht auf das Absonderungsrecht enthält, muß entsprechend auch für den Aussonderungsberechtigten gelten, sofern nicht die besonderen Umstände des Falles erkennen lassen, daß der Gläubiger durch die Geltendmachung seiner Forderung als Konkursforderung auf sein Aussonderungsrecht habe verzichten wollen.

3. Ausschluß der Aufrechnung nach Feststellung zur Tabelle: **RG.** JDR. **6** Ziff. 2 a jetzt auch SeuffA. **63** 123.

4. Zu Abs. 2. Feststellung im Gesellschaftskonkurse. KGBl. **09** 74 (KG.). Macht ein Gesellschafter im Konkurse der Gesellschaft von seinem Rechte, die Forderung zu bestreiten, keinen Gebrauch, so wird die Feststellung nach Abs. 2 auch gegen ihn rechtskräftig, aber nur in dem Sinne, daß die Forderung als Gesellschaftsschuld auch ihm gegenüber feststeht; ein vollstreckbarer Titel gegen den einzelnen Gesellschafter ist damit nicht gegeben.

§ 146. 1. Zu Abs. 1 ff. Feststellung. Art der Tabelleneintragung. LeipzZ. **09** 569 (Königsberg). Auf die Wirkungen der Feststellung ist es ohne Einfluß, ob die ganze Forderung aus einer Schuldurkunde in der Tabelle unter einer Nummer oder geteilt unter zwei verschiedenen Nummern eingetragen und festgestellt wird.

2. Zu Abs. 2. Klage. Einrede, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei. OLG. **19** 226, R. **09** Ziff. 1036 (Hamburg). Ob gegen eine nach § 146 erhobene Feststellungsklage die Einrede, daß der Rechtsstreit durch Schiedsrichter zu entscheiden sei, überhaupt zulässig ist, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls dauert die Unzulässigkeit nur so lange, als der Konkursverwalter den Rechtsstreit betreibt. Ist der Konkurs beendigt, so tritt der wieder prozeßfähig gewordene Gemeinschuldner ohne weiteres in den Rechtsstreit ein, und der Prozeß wird — abgesehen von den Wirkungen des Zwangsvergleichs und davon, daß der Gemeinschuldner die bisherige Prozeßführung des Konkursverwalters gegen sich gelten lassen muß — gerade so zwischen Gläubiger und Gemeinschuldner zu Ende geführt, als wenn ein Konkurs nie stattgefunden hätte. Insbesondere gilt dies auch von den im § 146 enthaltenen Formen, in denen die Gläubiger die Feststellung ihrer Forderungen zu betreiben haben; der Gemeinschuldner kann also nach Beendigung des Konkursverfahrens die Einrede des Schiedsvertrags nach § 247 ZPO. geltend machen, sofern die Prozeßführung des Verwalters ihm dies gestattet. Letzteres ist der Fall, wenn auf die gegen den Verwalter erhobene Klage noch nicht verhandelt ist.

3. Zu Abs. 3. Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Rechtsstreits. **a)** Ist statt dessen die Erhebung einer neuen Klage statthaft? LeipzZ. **09** 875, R. **09** Ziff. 1921 (Colmar). Durch § 146 wird eine Verfolgung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner selbst, um gegen ihn einen nach der Beendigung des Konkurses verwendbaren vollstreckbaren Schuldtitel zu erlangen, nicht ausgeschlossen. Anders liegt der Fall, wenn von dem Gläubiger bereits Klage erhoben, nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten aber das Verfahren für ruhend erklärt, die eingeklagte Forderung vom Kläger angemeldet, vom Konkursverwalter aber bestritten worden war. Eine nunmehr gegen den Verwalter erhobene neue Klage auf Feststellung der Forderung des Klägers und Berichtigung der Tabelle ist unzulässig; die Feststellung der Forderung kann nur durch Auf-

nahme des ruhenden Rechtsstreits betrieben werden. **b)** Klagantrag. HansGZ. **09** Beibl. 179 (Hamburg). Der bei der Aufnahme aus Abs. 3 von dem aufnehmenden Gläubiger zu stellende Antrag kann nur auf Feststellung zur Tabelle, nicht auf Zahlung aus der Masse gerichtet sein. Die Kosten einer auf Zahlung gerichteten Klage sind demnach niemals Masseschulden. **c)** Konkurseröffnung nach Klagezurücknahme. Kostenpflicht. HansGZ. **09** Beibl. 179, R. **09** Ziff. 1346 (Hamburg). Ist über das Vermögen des Klägers nach Zurücknahme der Klage das Konkursverfahren eröffnet worden, so wird die Kostenforderung des Beklagten Konkursforderung; diese ist gemäß §§ 138 ff. KO. anzumelden. Bestreitet sie der Konkursverwalter, so hat der Beklagte ihre Feststellung gemäß § 146 Abs. 3 KO. zu betreiben. Unberechtigt ist der hierbei prinzipielle Antrag auf Verurteilung der Konkursmasse in die gesamten Kosten des Rechtsstreits; denn hieraus würde der Beklagte eine Vorwegbefriedigung seiner Kostenanspruchs aus der Masse als Masseschuld erlangen, worauf er kein Recht hat. **d)** Verschiedenartige Regelung der Kostenfrage. Sächs. OLG. **29** 525, LeipzZ. **09** 86 (Dresden). Eine einheitliche Regelung der Kostenfrage bei Aufnahme eines Prozesses nach § 146 Abs. 3 ist nur insoweit begründet, als der Verwalter die zur Tabelle angemeldete rechtshängige Forderung bestritten hat. Hat er nur einen Teil bestritten, so sind die hinsichtlich dieses Teiles entstandenen Kosten Masseschulden, während die übrigen Kosten nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden können (vgl. dazu Jaeger, LeipzZ. **09** 87). **e)** LeipzZ. **08** 87 (Dresden). Eine von einem Geschäftsangestellten geltend gemachte Gehaltsforderung, welcher vom Prinzipale Gegenansprüche auf Schadensersatz entgegengestellt werden, ist, wenn der Prinzipal in Konkurs verfällt und der Konkursverwalter nach § 146 Abs. 3 den Rechtsstreit aufnimmt, dahin zur Tabelle festzustellen, daß die Leistung der Dividende an den Angestellten Zug um Zug gegen Zahlung der Gegenansprüche an die Konkursmasse zu erfolgen habe.

4. Zu Abs. 4. **a)** Im allgemeinen. **RG.** LeipzZ. **08** 391, R. **08** Ziff. 1262. Durch § 146 Abs. 4 sind der Feststellung einer streitigen Konkursforderung Grenzen gesteckt, die das Feststellungsurteil einhalten muß. Dem Gläubiger steht sowohl für einen anderen Grund als auch für eine Erweiterung des Betrags nur eine neue Anmeldung zu. **b)** „Grund des Anspruchs". α. LeipzZ. **09** 569 (Königsberg). Zum Grunde des Anspruchs, der auf eine notarielle Schuldurkunde gestützt wird, gehört nicht eine mündliche Abrede über die Fälligkeit der Forderung. β. DJZ. **08** 880, LeipzZ. **09** 83 (Braunschweig). Ist Grund der Anmeldung und der Klage der aus der Nichterfüllung des Lieferungsvertrags für den Kläger entstandene Schaden, so wird der Kläger, der zunächst nur den abstrakten Schaden geltend gemacht hat, nicht gehindert, im Laufe des Prozesses zur Geltendmachung des konkreten Schadens überzugehen. § 146 Abs. 4 steht ebensowenig entgegen wie §§ 268, 567 ZPO. γ. LeipzZ. **09** 164, OLG. **19** 227 (Königsberg). Wenn ein von dem Gemeinschuldner als Mieter geschlossener Mietvertrag nach § 19 vom Konkursverwalter gekündigt und die durch die vorzeitige Kündigung entstehende Schadensersatzforderung zugleich mit der Forderung auf die rückständigen Mietzinsen vom Vermieter als „Mietsforderung" zur Tabelle angemeldet worden ist, so darf die später auf Feststellung erhobene Klage nicht auf Zahlung von Schadensersatz gerichtet werden (§ 146 Abs. 4). δ. OLG. **19** 227 (KG.). Wer eine Forderung, die sich als Gesellschafts- oder als Darlehnsforderung charakterisieren ließ, zur Tabelle als Darlehnsforderung anmeldet, darf bei der später erhobenen Feststellungsklage nicht auf Grund eines Gesellschaftsvertrags klagen, sondern muß sich — falls er nicht die Darlehnsklage erheben will — darauf beschränken, die klagebegründenden

Tatsachen schlechthin vorzutragen. Anderenfalls ist die Klage aus dem formellen Grunde des § 146 Abs. 4 abzuweisen.

5. Zu Abs. 6. a) **RG.** WarnE. **1** Ziff. 458. Ein bedingtes Endurteil gilt nicht als Endurteil im Sinne des Abs. 6 dieser Vorschrift. Ebenso LeipzZ. **08** 541, JW. **08** 305 (Dresden). **b)** Anwendung des § 41 Abs. 2 im Falle des § 146 Abs. 6: vgl. Aschaffenburg im § 41 II Ziff. 2.

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 151. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 56. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners steht das Recht zur Einsicht dem Erben zu.

2. Deumer, LeipzZ. **09** 306 ff. Hat der Konkursverwalter zur Vorbereitung einer Abschlagsverteilung die im § 151 KO. angeordnete Bekanntmachung vorschriftsmäßig (§ 76 KO.) veröffentlicht, der Gemeinschuldner aber wegen Vorschlags eines Zwangsvergleichs den Antrag auf Aussetzung der Abschlagsverteilung gestellt (§ 160 KO.), so ist, falls der auf den Antrag ergangene Aussetzungsbeschluß nachträglich wieder aufgehoben wird, eine erneute Bekanntmachung gemäß § 151 KO. nicht erforderlich (aM. Jaeger, KO. § 160 Anm. 5, Wilmowski § 160 Note 3, Fitting, KO. § 41 Note 21).

§ 152. Titulierte Forderungen. *Voß, LeipzZ. **09** 455—463. Titulierte Forderungen stehen betreffs der Aufnahme in das Gläubigerverzeichnis den festgestellten Forderungen gleich. Doch ist ihre Eigenschaft als titulierte Forderungen nicht schon im Prüfungsverfahren und in der für dieses vorgeschriebenen Form festzustellen. Ihre Auszahlung ist gleich derjenigen der nichtfestgestellten Forderungen nur bedingungsweise zulässig. Doch ist die Auszahlung nicht, wie bei letzteren, durch die Beseitigung des Widerspruchs in aufschiebender, sondern umgekehrt durch die Verfolgung des Widerspruchs seitens des Opponenten in auflösender Weise bedingt.

§ 160. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 57. Antragsberechtigt ist im Falle des Todes des Gemeinschuldners der Erbe.

2. Vgl. Deumer zu § 151 Ziff. 2.

§ 161. 1. Saxl, LeipzZ. **08** 903, behandelt den Fall, daß der in Konkurs fallende stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber außer der Einlage noch aus einem anderen Rechtsgrunde Geld schuldet.

2. Zu Abs. 2. Beschwerderecht des Gemeinschuldners gegen den Beschluß des Abs. 2? OLG. **19** 221 (KG.). Gegen den die Schlußverteilung genehmigenden Beschluß des Konkursgerichts hat der Gemeinschuldner kein Rechtsmittel; denn er hat kein berechtigtes Interesse an dem Fortgange des Verfahrens. Das Rechtsverhältnis des Schuldners erschöpft sich seinen Gläubigern gegenüber in der Pflicht, die Gläubiger zu befriedigen. Darauf, daß dies in den Formen der KO. geschieht, hat er keinen Anspruch. Freilich hat die Möglichkeit, daß durch einen Zwangsvergleich die Schulden herabgesetzt werden, ein Interesse des Gemeinschuldners an der Fortsetzung des Verfahrens zur Folge. Dieses Interesse kann aber nach dem Wesen des Konkursrechts nicht als ein berechtigtes und durch Rechtsbehelfe geschütztes angesehen werden.

§ 162. 1. Anmeldungen nach Feststellung des Schlußverzeichnisses. R. **08** Ziff. 2221 (Colmar). Nach Feststellung des Schlußverzeichnisses sind neue Anmeldungen ausgeschlossen, weil die bereits an der Verteilung Beteiligten ein unbedingtes Recht auf die Ausführung der Schlußverteilung erworben haben und der Kreis der zur Beteiligung an ihr Berechtigten nach jener Feststellung nicht mehr erweitert werden kann.

2. Prüfungspflicht der Gläubiger: vgl. § 82 Ziff. 1 b.

§ 163. 1. Nichteinbeziehung einer Forderung des Gemeinschuldners zur Konkursmasse. a) WürttJ. **21** 309, R. **09** Ziff. 2832 (Stuttgart). Mit der Beendigung des Konkurses erlangt der Gemeinschuldner die freie Verfügungsbefugnis über solche Gegenstände zurück, welche aus irgendeinem Grunde nicht zur Masse gezogen worden sind. Ist eine Forderung vor der Anordnung einer Nachtragsverteilung (§ 166 Abs. 2) abgetreten worden, so kann der Schuldner der Forderung keinen Einwand daraus herleiten, daß die Forderung ursprünglich zur Masse gehört hat. b) Vgl. hierzu § 6 III Ziff. 2.

2. Prozeßführung des Verwalters nach Aufhebung des Konkursverfahrens. a) OLG. **19** 231, ZAktG. **17** 66, R. **09** Ziff. 3451 (Kiel). Der Verwalter des Konkurses einer GmbH. ist auch nach Aufhebung des Konkursverfahrens zur Fortführung der Prozesse befugt. b) SächsOLG. **29** 188 (Dresden). Das gleiche gilt, wenn der Verwalter eine von ihm eingeklagte Masseforderung während des Prozesses abgetreten und der Beklagte dem Eintritte des Zessionars widersprochen hat.

§ 164. 1. Zu Abs. 1. Der Gläubiger nach Beendigung des Konkursverfahrens. a) PrOVG. **52** 155. Wird eine dem Steuerpflichtigen gegenüber unanfechtbar gewordene Forderung von Gemeindeabgaben zum Konkursverfahren von der Gemeinde nicht angemeldet, so erlischt sie deshalb nicht. Sie kann dann zwar nicht aus der Konkursmasse gefordert werden, wohl aber nach Beendigung des Konkursverfahrens von dem Steuerpflichtigen selbst. b) LeipzZ. **08** 175 (Frankfurt). Ein Gläubiger, der auf Befriedigung aus der Masse verzichtet, hat gleichwohl das Recht, eine vollstreckbare Ausfertigung aus der Tabelle zu verlangen. c) Vgl. auch Ziff. 2 b.

2. Zu Abs. 2. a) Zulässigkeit der Klagerhebung bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 2. LeipzZ. **08** 744 (München). Die Eintragung in die Tabelle wirkt hinsichtlich der festgestellten Forderungen nicht nur wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern, sondern sie steht auch, wenn sie ohne Widerspruch des Gemeinschuldners erfolgt, einem gegen den letzteren erlassenen rechtskräftigen Urteile gleich. Aus dieser Bedeutung des Tabelleneintrags in Verbindung mit der Möglichkeit sofortiger Zwangsvollstreckung folgt, daß der Gläubiger zur Anstellung einer eigenen Klage — an Stelle unmittelbarer Zwangsvollstreckung aus der Tabelleneintragung — nur dann befugt erscheint, wenn hierfür ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist. Daß der Gläubiger sich gegebenenfalls eine vollstreckbare Ausfertigung des Tabelleneintrags nicht hat erteilen lassen, vermag hieran nichts zu ändern, da er sich diese Ausfertigung jederzeit beschaffen kann. b) Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber der Zwangsvollstreckung wegen einer festgestellten Forderung. R. **09** Ziff. 2481 (Celle). Gegenüber einer Zwangsvollstreckung aus der Eintragung in die Konkurstabelle in Verbindung mit dem Zwangsvergleiche kann der frühere Gemeinschuldner die Einwendung der Aufrechnung mit einer Gegenforderung nicht mehr geltend machen, wenn der Konkursverwalter zur Zeit des Prüfungstermins mit dieser Gegenforderung gegen die Konkursforderung aufrechnen konnte. Lediglich die Möglichkeit der Aufrechnung im Prüfungstermin entscheidet, ob die Klage aus § 767 ZPO. jetzt noch zulässig ist. c) Nachlaßkonkurs. KGBl. **08** 57 (LG. III Berlin). Im Nachlaßkonkurs ist die Vollstreckungsklausel aus dem Tabellenauszuge nicht gegen den Erblasser, sondern gegen dessen Erben zu erteilen.

3. Zu Abs. 3. Zuständigkeit. OLG. **17** 200 (Celle). Zur Festsetzung der Kosten einer Vollstreckung, die auf Grund der Konkurstabelle erfolgt ist, ist das Gericht zuständig, das über Streitigkeiten zu entscheiden hat, die sich etwa im An-

schluß an die Feststellung der Forderung der Tabelle in den Fällen des § 164 Abs. 3 entwickeln.

§ 166. 1. Konkursanfechtung und Nachtragsverteilung. *Voß, GoldschmidtsZ. **61** 419 ff. Eine Nachtragsverteilung ist (gegen Jaeger, Fitting u. a.) nicht statthaft, wenn nach Aufhebung des Konkursverfahrens nachträglich ein Anfechtungsrecht aufgedeckt wird, das im Konkurse hätte geltend gemacht werden können. Wenn auch die Wirkungen des Konkursbeschlags die Aufhebung des Konkurses überdauern können und mit der Anordnung der Nachtragsverteilung aufs neue in Kraft treten, so besteht doch, hiervon abgesehen, keine par conditio creditorum mehr. Das Anfechtungsrecht des Verwalters aber ist naturgemäß ein Hilfsrecht im Konkurs und um der sich gegenseitig beschränkenden Konkursgläubiger willen gegeben. Durch den Aufhebungsbeschluß wird es beseitigt und ist keiner Erneuerung im Nachverfahren fähig. Abweichend hiervon gliedert das schweizerische Konkursrecht das Anfechtungsrecht der Masse an und ermöglicht so die nachträgliche „Besitznahme" neu aufgedeckter Anfechtungsansprüche durch das Konkursamt.

2. Nichtberücksichtigung einer Forderung des Gemeinschuldners im Konkurse. a) DJZ. **09** 1154, WürttJ. **21** 309 (Stuttgart). Wenn in einem Konkurse eine Forderung des Gemeinschuldners nicht zur Masse gezogen und nach Beendigung des Verfahrens vom Gemeinschuldner an einen Dritten abgetreten worden ist, kann der Schuldner der Forderung der Klage des Zessionars nicht den Einwand entgegensetzen, daß die Forderung hätte zur Masse gezogen werden sollen, selbst wenn das Konkursgericht die nachträgliche Verteilung des Forderungsbetrags angeordnet haben sollte. Der Umstand, daß die Abtretung etwa anfechtbar ist, berührt den Beklagten nicht, sondern könnte allenfalls einen Anspruch des Konkursverwalters gegen den Kläger begründen. b) Vgl. dazu § 6 III Ziff. 2.

§ 168. Zu Ziff. 1. R. **08** Ziff. 2221 (Colmar). Zur Anwendung von Ziff. 1 ist erforderlich, daß der Gläubiger, für den ein Anteil auf seine Forderung zurückbehalten werden soll, entweder im Schlußverzeichnisse berücksichtigt ist oder im Schlußtermin eine Einwendung erhoben hat.

§ 169. Bayerisches Gantverfahren. BayObLG. **10** 396, Bay. RpflZ. **09** 457, R. **09** Ziff. 3160 (BayObLG.). Das Gantverfahren nach der BayPO. vom 29. April 1869 ist mit Erteilung der Anweisungen auf Auszahlung der Gantquote an die Gläubiger beendet (Art. 1313 das.); eine Hinterlegung für die mit der Abhebung säumigen Gläubiger im Sinne des § 169 KO. findet nicht statt, vielmehr ist es Sache des Gläubigers, sich vom Gerichtsschreiber eine Ausfertigung der Anweisung erteilen zu lassen und auf Grund dieser Ausfertigung den ihm zugewiesenen Betrag zu erheben (Artt. 1306, 1114 aaO.). Er kann die Auszahlung jederzeit verlangen; der Gantschuldner hat, wenn sich nach Ablauf einer bestimmten Frist der Gläubiger nicht gemeldet hat, weder das Recht, die Herausgabe der Masse noch ein Aufgebotsverfahren zwecks Ausschließung unbekannter Gläubiger zu verlangen.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173. I. Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkursverfahrens. a) Kleinrath, LeipzZ. **08** 270—279, schlägt die gesetzliche Einführung dieses Instituts vor. Seine leitenden Gesichtspunkte sind folgende: Der Schuldner überträgt sein gesamtes Vermögen an einen Treuhänder zwecks gleichmäßiger Befriedigung seiner Gläubiger. Dadurch ist der Zugriff der Gläubiger gehindert und der ungestörte Fortgang des Geschäfts des Schuldners gesichert, da der Vertrag der Anfechtung nicht unterliegt (vgl. **RG. 39** 90 u. a.). Eine gesetzliche Regelung schafft die Möglichkeit einer Bestätigung des Vertrags durch das Konkursgericht, wenn er gewissen Erfordernissen entspricht, insbesondere eine Garantie des

Treuhänders für Auszahlung einer gewissen Dividende enthält. Erfolgt nach oberflächlicher Prüfung der entsprechenden Höhe dieser Dividende und der Solvenz des Treuhänders die Bestätigung durch das Konkursgericht, so ist für den Treuhänder gesetzlich die Gefahr ausgeschlossen, auf Grund der §§ 419 und 251 BGB. über das tatsächlich ihm abgetretene Vermögen hinaus zu haften; zugleich aber sind die Gläubiger dadurch insoweit gegen die Gefahr der Verschleppung des Vermögens und der Insolvenz des Treuhänders nach Möglichkeit geschützt. Bei Bestätigung des Vertrags setzt das Konkursgericht eine Frist zur Abwicklung des Zwangsvergleichsverfahrens (der Regel nach 6 Monate). Nach Ablauf dieser Frist wird von Amts wegen Konkurs eröffnet. Dann hat der Treuhänder dem Konkursverwalter das Vermögen auszuantworten, haftet aber bis zum Ablauf einer gewissen Frist (3 Monate) noch für die garantierte Dividende. **b)** Kisch, R. **09** 682, empfiehlt gleichfalls die gesetzliche Einführung des sog. Präventivakkords in Deutschland (allgemeiner verhältnismäßiger Nachlaß aller Forderungen selbst ohne oder gegen den Willen untätiger oder widerstrebender Gläubiger). Verf. schlägt folgendes Verfahren vor: Der Schuldner (nur dieser!) stellt bei einem unparteiischen, mit staatlicher Autorität bekleideten Organ — am besten bei dem Amtsrichter —, welchem sachkundige, etwa von der Handelsvertretung gewählte, mit der Prüfung des Vergleichsvorschlags befaßte Vertrauensmänner zur Seite stehen, den Vergleichsantrag. Er hat dabei seine Verhältnisse zu schildern, Gläubiger zu benennen, Bücher vorzulegen, seine Angaben auf Verlangen eidlich zu erhärten. Hierauf erfolgt Untersuchung der Sachlage durch den Richter und die Vertrauensmänner, darauf Ladung der benannten und ermittelten Gläubiger zu einer Versammlung. Hier berichtet der Vertrauensmann; nach Anhörung der Gläubiger und des Schuldners wird — bei Meinungsverschiedenheiten durch endgültigen Beschluß des Richters — das Stimmrecht der Gläubiger festgestellt. Zum Vergleiche gehört eine bestimmte (etwa dem § 182 entsprechende) Mehrheit. Der Richter bestätigt, wenn er den Vergleich dem allseitigen Interesse entsprechend erachtet, den Vergleich, ohne im einzelnen an die getroffene Regelung gebunden zu sein. Verf. schildert den wohltätigen Einfluß eines solchen Instituts. **c)** Marcus, GesuR. **9** 227 ff., erörtert die in der Handelswelt gebräuchlichen Maßnahmen zur Abwendung eines drohenden Konkurses unter Hinweis auf die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen. **d)** Könige, LeipzZ. **08** 138, bespricht den österreichischen Entwurf über den Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses.

II. Der Zwangsvergleich der KO. 1. Tod des Gemeinschuldners. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 68 ff. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners kann der Erbe, wenn ein Zwangsvergleich noch nicht vom Gemeinschuldner vorgeschlagen war, einen Zwangsvergleich beantragen und schließen. Hatte der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich bereits vorgeschlagen, so ist zu unterscheiden, ob dieser beim Tode des Gemeinschuldners schon von der Gläubigerversammlung angenommen war oder nicht. Ersterenfalls bindet der Vergleich den Erben wie die Gläubiger. Ob der Erbe in diesem Falle für die Vergleichsdividende mit seinem persönlichen Vermögen oder nur mit dem Nachlasse haftet, hängt davon ab, ob er überhaupt für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt oder unbeschränkt haftet; nur im ersteren Falle kann er die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Zwangsvergleiche, die wie alle anderen Verbindlichkeiten des Erblassers Erbschaftsschulden sind, aus seinem persönlichen Vermögen verweigern. War zur Zeit des Todes des Gemeinschuldners der von letzterem vorgeschlagene Zwangsvergleich noch nicht von der Gläubigerversammlung angenommen, so kann der Antrag doch nicht als hinfällig gelten. Dem Erben steht das Recht zu, nach seinem Belieben den Antrag zurückzunehmen oder den Vergleich zu schließen.

Nimmt der Erbe den Antrag nicht zurück, so ist, wenn der Vergleichsvorschlag des Erblassers bindende Kraft behalten soll, erforderlich, daß der Erbe den Antrag im Vergleichstermin aufrechterhält. Tut er das, so bedarf es keiner neuen Erklärung des Gläubigerausschusses, dagegen ist eine Zurücknahme der Erklärung des Gläubigerausschusses über den Vergleichsvorschlag nach dem Tode des Gemeinschuldners zulässig (anders Wach). Die Befugnisse des Erben im Zwangsvergleiche sind dieselben wie die des Gemeinschuldners.

2. Einzelnes. a) Concordat préventif in Luxemburg. LeipzZ. **08** 475, R. **08** Ziff. 1856 (Colmar). Das in Luxemburg geltende Rechtsinstitut des concordat préventif, eines zur Abwendung des Konkurses geschlossenen Vergleichs, hat nicht bloß äußerliche Ähnlichkeiten mit einem Zwangsvergleiche, sondern ist selbst ein Zwangsvergleich. Bei der weitgehenden zwischen diesen beiden Arten von Vergleichen bestehenden Übereinstimmung (Beschlagnahme des Schuldnervermögens; Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Schuldners; Ladung der Gläubiger, die in der Mehrheit entscheiden; gerichtliche Bestätigung des von den Gläubigern angenommenen Vergleichsvorschlags; Zurückbleiben einer naturalis obligatio; einziger Unterschied: keine Eröffnung eines formellen Konkursverfahrens) ist es gerechtfertigt, das concordat auch hinsichtlich seiner räumlichen Wirkungen so zu behandeln wie den Zwangsvergleich. Da nun allgemein anerkannt ist (Jaeger, KO. [2] 793 Anm. 19 zu § 193, Petersen-Kleinfeller, KO. [4] 594 u. a., **RG. 21** 7 und **52** 155), daß ein im Auslande geschlossener Zwangsvergleich keine rechtliche Wirkung für das inländische Vermögen des Schuldners hat, so muß das gleiche auch für das concordat gelten. **b)** OLG. **19** 150, R. **09** Ziff. 3139 (Stettin). Die Pfändung einer im Konkurse festgestellten Forderung von 10 000 M. für eine Forderung von 5000 M. berechtigt zur Empfangnahme der vollen Zwangsvergleichsquote von 20 pCt. = 2000 M.

§ 175. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 72 f. Nach dem Tode des Gemeinschuldners finden die Unzulässigkeitsgründe des § 175 KO. entsprechende Anwendung auf den Erben.

2. ZAktGes. **16** 103 (AufsA.). Im Konkurs einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH. kann von den Gründen des § 175 nur Verweigerung der Leistung des Offenbarungseids seitens auch nur eines ihrer Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer Platz greifen.

§ 181. 1. Zu Satz 1. a) Bedeutung der Vorschrift. R. **09** Ziff. 356 (Colmar). Der gesetzgeberische Grund des § 181 liegt darin, daß wegen der bindenden Natur des Zwangsvergleichs allen Gläubigern, auch den nicht zustimmenden, gleichmäßige Behandlung angedeihen soll derart, daß jeder Gläubiger das gleiche erhält. **b)** Verrechnung mehrerer Konkursforderungen. LeipzZ. **09** 711, R. **09** Ziff. 1585 (Hamburg). Wenn einem Gläubiger mehrere Konkurs forderungen zustehen, so muß er die im Zwangsvergleiche gewährte Quote auf jede Forderung gleichmäßig verrechnen und ist nicht berechtigt, den ganzen im Zwangsvergleich erhaltenen Betrag unter Anwendung des § 366 BGB. auf nur eine Forderung zu verrechnen, dagegen die übrigen Forderungen gegen Bürgen, Mitschuldner usw. gemäß § 193 KO. unverkürzt geltend zu machen. Ob durch eine ausdrückliche Vereinbarung eine abweichende Verrechnung mit Wirkung gegen Mitschuldner zwischen Gläubiger und Konkursverwalter zulässig ist, kann dahingestellt bleiben.

2. Zu Satz 3. a) Gewährung sonstiger Vorteile. Gegenleistung des Gläubigers. α. R. **09** Ziff. 356 (Colmar). Die im Satz 3 angedrohte absolute Nichtigkeit bevorzugender Nebenabkommen bezweckt, zu verhindern, daß die Gleichheit aller durch besondere, außerhalb des Zwangsvergleichs geschlossene Abkommen wieder aufgehoben werde. Entscheidend für die Nichtigkeit ist, daß einem Gläubiger weitergehende Rechte, als sie der Gesamtheit im Zwangs-

vergleiche gewährt worden sind, durch jenes Abkommen eingeräumt werden; ob der Gläubiger unter Berücksichtigung einer von ihm übernommenen Gegenleistung — z. B. Aufhebung einer gegen den Gemeinschuldner erwirkten Pfändung — Vorteile von dem Abkommen gehabt hat, ist unerheblich; wären Vorteile eine Bedingung der Nichtigkeit, so könnte wegen der Schwierigkeit der Feststellung der Zweck des § 181 nur unvollkommen erreicht werden. β. R. **09** Ziff. 356 (Colmar). Für die Anwendung des Satzes 3 ist weder erforderlich, daß sich der Gläubiger in dem Abkommen verpflichtet hat, bei dem Zwangsvergleich in einem gewissen Sinne zu stimmen, noch ist es von Bedeutung, ob gerade durch seine Stimme der Zwangsvergleich zustande gekommen ist. γ. **RG.** WarnE. **2** 445. Die Übernahme einer Bürgschaft seitens der Ehefrau des Gemeinschuldners für den Ausfall eines Gläubigers im Konkurse verstößt gegen § 181 und ist daher nichtig. **b**) Inbetrachtziehung des Zwangsvergleichs bei dem Sonderabkommen. **RG.** WarnE. **2** 333. Zur Anwendung des Satzes 3 genügt nicht, daß die Vertragschließenden einen Zwangsvergleich in Betracht ziehen konnten, sondern er muß tatsächlich in Betracht gezogen sein. **c**) Bewußtsein von der Bevorzugung. α. **RG.** RheinZ. **1** 331, LeipzZ. **08** 942, R. **08** Ziff. 3481. Die Vorschrift des Abs. 3 erfordert nicht nur sachliche Bevorzugung eines Gläubigers, sondern auch das Bewußtsein der Beteiligten hiervon (**RG. 41** 42); die Bevorzugung des Bürgen kommt nicht in Betracht. β. **RG.** JW. **09** 723. Die Vorschrift des § 817 BGB. ist schon dann auf ein unter § 181 Satz 3 KO. fallendes Sonderabkommen anzuwenden, wenn die Vertragspartei den Zweck des Abkommens kannte, obwohl sie nicht wußte, daß sie durch die Teilnahme an dem Vertrage gegen § 181 verstieß. γ. **RG.** R. **09** Ziff. 1185. Wer weiß, daß die Konkursmasse zur vollen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, weiß auch, daß er, wenn ihm vom Gemeinschuldner oder einem Dritten Zahlung des vollen Betrags seiner Konkursforderung versprochen wird, mehr erhält, als die übrigen Konkursgläubiger. **d**) Abmachungen vor dem Zwangsvergleiche. **RG.** LeipzZ. **09** 553, R. **09** Ziff. 1584. § 181 Satz 3 KO. betrifft auch den Zwangsvergleich vorbereitende und ermöglichende Sonderabmachungen.

3. Verhältnis zwischen §§ 181 und 193. **RG.** WarnE. **2** 445. Die Sonderbestimmung des § 181 schließt die Anwendung des § 193 aus. Nach letzterer Bestimmung läßt der Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unberührt, und die Bürgschaften können daher auch erst im Laufe des Konkursverfahrens übernommen sein; nur dürfen sie nicht nach der im allgemeinen Gläubigerinteresse erlassenen, zwingenden und im § 243 mit Strafsanktion ausgestatteten Vorschrift des § 181 den Zweck haben, einem Gläubiger gerade im Zwangsvergleiche Sondervorteile einzuräumen (vgl. **RG. 61** 296).

4. Bestätigung oder Erneuerung des nach Satz 3 nichtigen Geschäfts? ElsLothJZ. **08** 521 (Colmar). Eine gegen § 181 verstoßende, einen Konkursgläubiger begünstigende Vereinbarung wird nicht dadurch wirksam, daß der Gemeinschuldner sie nach Abschluß des Zwangsvergleichs ausdrücklich bestätigte oder das Geschäft in der Form eines abstrakten Schuldanerkenntnisses erneuert.

§ 186. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 73. Ziff. 2 findet nach dem Tode des Gemeinschuldners auf den Erben entsprechende Anwendung.

§ 190. BadRpr. **09** 82 (LG. M.). Nach rechtmäßiger Bestätigung des Zwangsvergleichs darf die Aufhebung des Konkursverfahrens nicht zu dem Zwecke hinausgeschoben werden, um dem Konkursverwalter die Möglichkeit zu geben, durch Fortführung von Prozessen namens der Konkursmasse die zur Befriedigung der bevorrechtigten Konkurs- und der Massegläubiger erforderlichen Mittel zu beschaffen.

Eine solche Maßnahme widerspräche der Tendenz der §§ 190 ff. Die bevorrechtigten Gläubiger, die keinen Einfluß auf Abschluß oder Verhinderung des Zwangsvergleichs haben, können auch die Aufhebung des Konkurses nicht deshalb hindern, weil sie noch nicht befriedigt sind. Soweit sie nicht aus der tatsächlich vorhandenen Masse befriedigt werden können, bleibt es ihnen überlassen, sich nach Aufhebung des Verfahrens an den Gemeinschuldner zu halten; auch können sie etwaige Anfechtungsansprüche geltend machen.

§ 192. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 59. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners findet die Bestimmung auf den Erben Anwendung.

2. Wirkung des Zwangsvergleichs. **a)** OLG. **19** 229 (Darmstadt). Wenn während des Schwebens eines Rechtsstreits, in dem der Schuldner verurteilt worden ist und Berufung eingelegt hat, das Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet wird und der Verwalter den Rechtsstreit aufnimmt, demnächst aber der Schuldner dem Gegner einen Schriftsatz zustellt, wonach — der Wahrheit entsprechend — der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet und formell aufgehoben ist und der Schuldner die Berufung zurücknimmt, so ist für eine Entscheidung gegen den Konkursverwalter kein Raum. Wenn § 192 dem Schuldner das Recht zur freien Verfügung über die Masse zurückgewährt, so tritt der Schuldner gemäß §§ 240, 241 ZPO. auch in die anhängigen Prozesse ein (**RG. 32** 72); es ist also lediglich ein den Schuldner belastendes Kostenurteil denkbar. **b)** LeipzZ. **08** 629, R. **08** Ziff. 1857 (Frankfurt). Derjenige, der nach Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen mit einem Konkursgläubiger eine Vereinbarung dahin getroffen hatte, daß dieser ihm eine Unterbeteiligung an einem Konsortium bestimmter junger Aktien einräume und daß der daraus ihm zugute kommende Gewinn auf seine Schuld an den Konkursgläubiger zur Abschreibung gelange, kann nach Aufhebung seines Konkurses durch Zwangsvergleich im Zweifel nicht die Auszahlung des Gewinns an sich verlangen, sondern muß sich nach wie vor die Abschreibung desselben auf sein sog. Ehrenkonto bei seinem Gläubiger gefallen lassen. Bei einem solchen Vertrage wird es — mögen die Parteien die Beendigung des Konkurses durch Ausschüttung der Masse oder durch Zwangsvergleich im Auge gehabt haben —, regelmäßig nicht die Absicht des Gläubigers sein, dem Gemeinschuldner einen Vorteil zu gewähren, während er selbst einen Ausfall erleidet.

§ 193. I. Zu Satz 1. 1. Allgemeines. **a)** Vorbehaltlose Annahme der Akkordrate. **RG.** LeipzZ. **08** 606, R. **08** Ziff. 1263. Durch vorbehaltlose Annahme der Akkordrate beim Zwangsvergleiche geht die ursprüngliche Forderung nicht unter. **b)** Zinsen. LeipzZ. **09** 407 (Colmar). Enthält der Zwangsvergleich über die Zinsen keine Vereinbarung, so gelten sie als erlassen. **c)** Mehrere Konkursforderungen. LeipzZ. **09** 711 (Hamburg). Stehen einem Gläubiger mehrere Konkursforderungen zu, so ist lediglich der aus den Umständen zu entnehmende beiderseitige Wille zwischen Schuldner und Gläubiger dafür maßgebend, ob die Gesamtkonkursdividende zur Deckung der einzelnen Forderung zu verwenden ist.

2. Ausländischer Zwangsvergleich bei inländischem Konkurse. **a)** BayObLG. **9** 110, LeipzZ. **08** 550, SeuffA. **63** 202, SeuffBl. **08** 631, BayRpflZ. **08** 272, R. **08** Ziff. 1260 (BayObLG.). Der Konkursgläubiger ist im Falle eines Zwangsvergleichs nicht verpflichtet, dasjenige, was er durch eine im Auslande bewirkte Zwangsvollstreckung zur teilweisen Befriedigung seiner Forderung erlangt hat, an die Konkursmasse herauszugeben oder sich an der Zwangsvergleichsquote abrechnen zu lassen, soweit das Erlangte nicht etwa den Teil der ursprünglichen Forderung übersteigt, der nach Abzug des durch den Zwangsvergleich

gewährten Teiles der Forderung ungetilgt bleibt. **b)** ElsLothJZ. **34** 308, LeipzZ. **08** 475 (Colmar). Ein in Luxemburg zustande gekommener Zwangsvergleich hat keinen Einfluß auf das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners.

II. Naturalobligation. **a)** ElsLothJZ. **08** 14 (Colmar). Der Zwangsvergleich hat nicht das gänzliche Erlöschen des nicht gedeckten Teiles der Forderungen zur Folge, sondern nimmt demselben nur die Klagbarkeit, beläßt ihm aber im übrigen die Eigenschaft einer natürlichen Verbindlichkeit. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1004 (s. BGB. § 814 Ziff. 1). Die Tilgung des durch Zwangsvergleich erloschenen Teiles einer Konkursschuld entspricht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht. Eine Rückforderung des über die Zwangsvergleichsquote hinaus Gezahlten nach § 812 findet demnach nicht statt. — So schon im früheren Rechte, wo das Vorliegen einer die condictio indebiti ausschließenden Naturalobligation angenommen wurde; für das BGB. vom RG. zuerst durch Urteil vom 8. Februar 1904, neuerdings durch Urteil vom 29. April 1909 angenommen.

III. Zu Satz 2. 1. Bürgen des Gemeinschuldners. **a)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 93 f., 136 f. Die Vorschrift des § 193 Satz 2 enthält die einzige Ausnahme von dem Prinzipe der akzessorischen Natur der Bürgschaft, steht aber nicht im Widerspruche mit dem dem Grundsatze der Akzessorietät übergeordneten Sicherungszwecke der Bürgschaft. — Rechtssingularität ist im § 193 KO. nur das Erlöschen der Forderung zu dem die Akkordrate übersteigenden Betrage, nicht das Fortbestehen der Bürgschaft. **b)** Verhältnis zu § 181. **RG.** R. **09** Ziff. 2689. Nach § 193 läßt der Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen unberührt. Die Bürgschaften können danach auch erst im Laufe des Konkursverfahrens übernommen sein; nur dürfen sie nicht nach der im allgemeinen Gläubigerinteresse erlassenen zwingenden und im § 243 mit Straffanktion ausgestatteten Vorschrift des § 181 den Zweck haben, einem Gläubiger gerade im Zwangsvergleiche Sondervorteile einzuräumen (vgl. **RG. 61** 296). Die Sonderbestimmung des § 181 schließt die Anwendbarkeit des § 193 aus, nicht umgekehrt.

2. Durch Pfandrecht gesicherte Forderung. **RG.** LeipzZ. **08** 606. Die Wirkung des Vergleichs erstreckt sich nicht auf die fortbestehenden Pfandrechte an einer Lebensversicherung.

3. Durch Hypothek gesicherte Forderung. HansGZ. **09** Beibl. 255, R. **09** Ziff. 1922 (Hamburg). Der Satz, daß der Zwangsvergleich für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger wirkt, selbst wenn sie sich nicht am Konkursverfahren und dem Zwangsvergleiche beteiligt haben, gilt auch für die persönliche Forderung, für die eine Hypothek an einem Grundstücke des Gemeinschuldners bestellt ist. Die durch die Nov. zur KO. neu aufgenommene Vorschrift des zweiten Satzes, nach welcher die Rechte aus einer für die Forderung bestehenden Hypothek durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden, betrifft nur die dinglichen, nicht die persönlichen Rechte. Auch auf die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 1138, 891 ff. BGB.) kann sich der Gläubiger nicht berufen; denn auch sie gelten anerkanntermaßen nur für die dingliche, nicht für die persönliche Klage (vgl. **RG. 49** 8, JW. **09** 220).

§ 194. Konkursfeststellung. Möglichkeit der Aufrechnung im Prüfungstermine: vgl. § 164 Ziff. 2 b.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

§ 202. 1. Mangelnde Konkursvoraussetzungen. — Einstellung des Verfahrens? **a)** Wach, LeipzZ. **09** 592, regt die Frage an, ob das Fehlen des Konkursgrundes zur Beendigung des Konkurses führe, oder ob dieses Fehlen durch den Eröffnungsbeschluß bindend verneint sei. Verf., der

eine abschließende Antwort auf diese Frage nicht geben will, neigt dazu, den Konkurs in einem solchen Falle für beendet anzusehen. b) ThürBl. **56** 99 (Jena). Dem Konkurseröffnungsbeschlusse kommt formelle und materielle Rechtskraft zu. Etwaige Mängel in den Konkursvoraussetzungen werden mit der rechtskräftigen Eröffnung des Konkurses geheilt. Eine Einstellung des Verfahrens wegen fehlender Konkursvoraussetzungen ist der KO. fremd. Auch dritte, nicht zur Anfechtung im Beschwerdewege gehörende Personen müssen den Beschluß gegen sich gelten lassen.

2. Tod des Gemeinschuldners. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 57. Antragsberechtigt ist im Falle des Todes des Gemeinschuldners der Erbe, bei mehreren Erben jedoch nicht jeder Miterbe.

§ 204. Einstellungsantrag. a) LeipzZ. **09** 254 (LG. III Berlin). Wenn auch die Einstellung des Konkursverfahrens auf Grund von § 204 von Amts wegen zu erfolgen hat und hierfür lediglich das Ermessen des Konkursgerichts maßgebend ist, so unterliegt doch der auf den förmlichen Einstellungsantrag eines Gläubigers ergehende Ablehnungsbeschluß der Nachprüfung des Beschwerdegerichts in der Richtung, ob die für die Ablehnung des Antrags angeführten Gründe zutreffen. b) Jaeger aaO. (Bemerkung) billigt diese Entscheidung.

§ 205. Rechtswirksamkeit des Einstellungsbeschlusses. Öffentliche Blätter. OLG. **19** 201 (Stettin). Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse wird rechtswirksam mit dem Vollzuge der öffentlichen Bekanntmachung des Einstellungsbeschlusses, also mit dem Ablaufe des 2. Tages nach Ausgabe des die erste Einrückung enthaltenden Bekanntmachungsblatts, nicht schon mit der bloßen Abfassung des Beschlusses und nicht erst mit seiner Rechtskraft. Als Bekanntmachungsblatt kommt in Pommern nach der Verfügung des Justizministers vom 5. September 1882 der „Öff. Anzeiger des Regierungsamtsblatts" in Betracht; frühere Veröffentlichungen im Reichsanzeiger oder in anderen Blättern sind nicht maßgebend.

§ 206. 1. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 59. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners findet die Bestimmung auf den Erben Anwendung.

2. Genossenschaftskonkurs. a) HoldheimsMSchr. **08** 186 (AufsA.). Wenn der über das Vermögen einer Genossenschaft eröffnete Konkurs eingestellt ist, so kann die Generalversammlung die Fortsetzung der — nach § 101 GenG. aufgelösten — Genossenschaft beschließen. b) Becker, HoldheimsMSchr. **08** 217, widerspricht dieser Ansicht.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

Zu §§ 207 ff. Begriff und Fälle des Sonderkonkurses: vgl. Labes zu § 1 A III.

§ 207. Konkurs der Aktiengesellschaft. 1. v. Ziegler, Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Rechte, HoldheimsMSchr. **18** 57, 113, 139, 169. Verf. behandelt im Rahmen einer groß angelegten Abhandlung u. a. auch konkursrechtliche Fragen (insbes. Konkurs der übernehmenden und der übernommenen Gesellschaft, Möglichkeit der Bildung von Sondermassen, Rechtsstellung, namentlich Schutz der Gläubiger beider Gesellschaften).

2. SchlHolstAnz. **09** 41 (Kiel). Eine Zins- oder Dividendengarantie für bestimmte Aktien erlischt im Zweifel mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Aktiengesellschaft. Eine Übernahme der Garantie auch für diesen Fall ist besonders darzutun.

§ 209. Konkurs der offenen Handelsgesellschaft. 1. Persönliches Vermögen der Inhaber. OLG. **19** 230 (Naumburg). Ein über eine offene Handelsgesellschaft eröffnetes Konkursverfahren ergreift von selbst auch das persönliche Vermögen der Firmeninhaber.

2. Sonstiges. a) ZAktGes. **16** 282 (KG.). Im Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft kann aus der Feststellung einer Gesellschaftsschuld gegen die einzelnen Gesellschafter, welche sie nicht bestritten haben, nicht vollstreckt werden. b) SchlHolst. Anz. **09** 264 (Kiel). Im Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft können nur Rechtshandlungen der Gesellschaft, nicht aber solche eines Gesellschafters, welche er im eigenen Namen vorgenommen hat, angefochten werden.

§ 212. *Labes, GoldschmidtsZ. **62** 134. Der Gesellschaftsgläubiger erhält im Konkurs über das Privatvermögen Befriedigung nur in Höhe des Ausfalls, nicht volle Dividende bis zur Deckung des fehlenden Betrags.

§§ 214 ff. Nachlaßkonkurs.

§ 214. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 43 f. Im Falle des Todes des Gemeinschuldners geht das Verfahren ohne Gemeinschuldner weiter. Gleichwohl gehen, weil der Erbe Eigentümer der Konkursmasse, Träger der Rechte, Schuldner der Verbindlichkeiten des Erblassers wird, einerseits die Rechte, andererseits die Pflichten und zum erheblichen Teile auch die Beschränkungen des Gemeinschuldners mit dessen Tode auf den Erben über, jedoch nur in entsprechender Anwendung der für den Gemeinschuldner im Regelkonkurs aufgestellten Bestimmungen, die Beschränkungen also insoweit nicht, als sie nur darum vorgeschrieben sind, weil der Gemeinschuldner durch seine Zahlungsunfähigkeit den Konkurs veranlaßt hat.

§ 221. **RG.** LeipzZ. **08** 392, SeuffBl. **72** 934, GruchotsBeitr. **52** 147. Wenn die Vorpfändung einer Forderung (§ 845 Abs. 1 ZPO.) noch dem Schuldner selbst gegenüber erfolgt ist, so kann zwar der Pfändungsbeschluß (vgl. Abs. 2) dem Pfleger des Nachlasses des inzwischen verstorbenen Schuldners auch ohne eine gegen den Pfleger erwirkte Vollstreckungsklausel wirksam zugestellt werden; dieses Pfändungspfandrecht gewährt aber nach § 221 dem Gläubiger kein Absonderungsrecht im Nachlaßkonkurse.

§ 224. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 48. Die Kosten der Beerdigung des verstorbenen Gemeinschuldners gehören nicht zu den Masseschulden.

§ 226. Befriedigung der Vermächtnisnehmer trotz Überschuldung der Erbschaft. **RG.** SeuffA. **63** 370, JW. **08** 487, SächsRpflA. **3** 361, BayRpflZ. **4** 308, GruchotsBeitr. **52** 1082, LeipzZ. **08** 944, R. **08** Ziff. 3041. Wenn der Erbe, obschon der Nachlaß überschuldet ist, die Vermächtnisnehmer befriedigt, so wird eine Erstattungspflicht der letzteren den Nachlaßgläubigern gegenüber nicht begründet; hat also z. B. der Erbe den Legataren Sicherungshypotheken an einem Nachlaßgrundstücke bestellt, so brauchen die Legatare eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Grundstücke vor ihren, der Legatare, Hypotheken nicht zu dulden. Dagegen kann ein Anfechtungsrecht der Nachlaßgläubiger insoweit in Frage kommen, als die Duldung der genannten Befriedigung verlangt wird.

§ 237. 1. „Zwangsvollstreckung" — auch Klagerhebung. OLG. **19** 53, LeipzZ. **09** 713, R. **09** Ziff. 1586, HansGZ. **09** Beibl. 299 (Hamburg). Wenn auch nach dem Wortlaute dieser Bestimmung nur die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners ausgesprochen wird, so ist es doch selbstverständlich, daß auch die Klage gegen den Ausländer in Deutschland — ohne Rücksicht auf den Konkurs — zulässig ist, da doch der Endzweck der Klage die Zwangsvollstreckung ist (vgl. hierzu auch **RG. 6** 405 und **14** 407, Jaeger, KO. § 237 Anm. 4).

2. Ausländischer Zwangsvergleich bei inländischem Konkurse: vgl. § 193 I Ziff. 2 (BayObLG.).

§ 238. Über die Frage der Zuständigkeit vgl. auch Jaeger zu § 71 I.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§ 239. 1. Zum Begriffe der „Zahlungseinstellung" im Sinne der §§ 239 ff. a) **RG.** (Straff.) **41** Ziff. 79. Während bei der Anfechtung gemäß § 30 zur Annahme der „Zahlungseinstellung" ein aus dem Mangel an bereiten Mitteln hervorgehendes Nichtbefriedigen der Gläubiger genügt, ist für die Anwendung der Strafvorschriften der §§ 239 ff. die absichtliche Nichtbefriedigung der Gläubiger trotz des Vorhandenseins ausreichender Mittel als Zahlungseinstellung anzusehen. b) Heine, LeipzZ. **09** 379, mißbilligt es, daß dem Begriffe der Zahlungseinstellung im Sinne der §§ 239 ff. eine andere Deutung gegeben wird, als in den sonstigen Vorschriften der KO., zumal für die Anwendung des Strafgesetzes strengere Voraussetzungen aufzustellen seien als im bürgerlichen Rechte c) **RG.** (Straff.) **41** 314. Im Sinne der §§ 239—241 ist das Vorliegen einer Zahlungseinstellung auch dann anzunehmen, wenn nur ein einziger Gläubiger nicht befriedigt worden ist.

2. Zu Ziff. 4. Verhältnis zu § 240 Ziff. 3. **RG.** R. **09** Ziff. 1644. Wenn die Geschworenen die auf das Verbrechen des § 239 Ziff. 4 KO. gerichtete Frage mit der Maßgabe bejaht haben, daß der Angeklagte nicht die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen, so kann der Angeklagte nicht auf Grund dieses Spruches aus § 240 Ziff. 3 KO. bestraft werden. Die beiden Tatbestände unterscheiden sich keineswegs nur nach der Seite der Willensrichtung des Täters.

§ 240. I. Zu Ziff. 1. „Spiel". **RG.** (Straff.) R. **08** Ziff. 1317. Unter Spiel im Sinne des § 240 Ziff. 1 KO. ist nicht nur ein Glücksspiel zu verstehen. Die Anwendung dieser Vorschrift verlangt nicht eine fortgesetzte leichtsinnige Handlungsweise; aus dem Gesetze läßt sich nicht entnehmen, daß nicht schon ein einmaliges hohes Spiel zur Bestrafung des Schuldners genügen soll.

II. Zu Ziff. 2. Wann muß die Absicht der Hinausschiebung vorliegen? Verhältnis zwischen Einkaufspreis und Veräußerungserlös. **RG.** SächsRpflA. **08** 344. Zum Tatbestande von Ziff. 2 des § 240 gehört nach dem deutlichen Wortlaute des Gesetzes, daß die Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, schon bei der Entnahme der Waren auf Kredit vorgelegen haben muß. Das Verhältnis zwischen Einkaufspreis und Erlös der Veräußerung bedarf im Falle der Lombardierung von Waren einer anderen Erörterung als im Falle des Verkaufs; die erstere erfolgt regelmäßig zu einem nicht unbeträchtlich unter dem zu erreichenden Verkaufspreise sich haltenden Betrage.

III. Zu Ziff. 3 und 4. Groß- und Kleingewerbe. a) Landesrechtliche Bestimmungen; Bedeutung für den Strafrichter. **RG.** GoltdA. **56** 90. Landesrechtliche Bestimmungen, durch welche nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 HGB. die Grenze des Kleingewerbes näher festgesetzt wird, sind hinsichtlich der Frage, ob ein Betrieb sich als Kleingewerbe darstellt, auch für den Strafrichter bindend. b) **RG.** R. **09** Ziff. 3699. Es ist rechtsirrtümlich, bei der Frage, ob der Angeklagte Vollkaufmann war, darauf Gewicht zu legen, daß das Geschäft in einer Stadt betrieben wurde, wo Großhandel nicht heimisch ist, und der Größe des Umsatzes, sowie dem Umstande, daß der Angeklagte bei auswärtigen Firmen im großen eingekauft und einen Wechselverkehr mit seinen Lieferanten unterhalten hat, eine ausschlaggebende Bedeutung für die Nichtanwendung des § 4 HGB. beizumessen. Auch der kleinste Kolonialwarenhändler und der Höker wird nicht selten seine Waren von auswärtigen Firmen im großen beziehen und durch Hingabe von Wechseln seine Schulden regulieren, ohne daß dadurch sein Gewerbebetrieb über „den Umfang des Kleingewerbes" hinausgeht. Da der Angeklagte, früher Dienstknecht, das von einem Höker erworbene Kolonialwarengeschäft nur mit Hilfe seiner

Frau betrieb, an deren Stelle bei ihrer Erkrankung ein Dienstmädchen trat, und da der Bruttoumsatz in seinem Geschäfte sich auf den Betrag von etwa 20 000 M. belief, ist ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt, daß das Geschäft seinem Umfange nach über den Rahmen des Kleingewerbes nicht hinausgegangen ist, wie denn der Angeklagte auch nicht im Handelsregister eingetragen war. **c)** Buchführungspflicht des Kaufmanns hinsichtlich seines Privatvermögens. **RG.** (Strafs.) **41** 41, LeipzZ. **08** 223, BankA. **7** 202. Die Pflicht des Einzelkaufmanns zur kaufmännischen Buchführung im weiteren Sinne erstreckt sich auf sein nicht zum vollkaufmännischen Gewerbe gehöriges Vermögen.

IV. Zu Ziff. 3. 1. Verpflichtung zur Buchführung. **a)** In welcher Weise sind Bücher zu führen? **RG.** R. **09** Ziff. 3022. In welcher Weise der Kaufmann seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Buchführung dann nachzukommen hat, wenn ihm die zur kaufmännischen Buchführung erforderlichen Kenntnisse fehlen, läßt sich durch einen allgemein gültigen Grundsatz nicht entscheiden. In der Regel wird es genügen, daß er die Buchführung einer Person überträgt, die er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für dazu befähigt und zuverlässig hält und daß er deren Tätigkeit, soweit er es vermag, überwacht. Bei Wahrnehmung von Mängeln ist für deren Abstellung Sorge zu tragen; der Ersatz einer als ungeeignet sich herausstellenden Persönlichkeit durch eine andere kann geboten sein. **b)** Buchführungspflicht bei einer aus zwei Inhabern bestehenden Firma, die nach außen als Firma eines Einzelkaufmanns auftritt. **RG.** R. **08** Ziff. 2282, JW. **08** 604. Wenn auch in Wahrheit beide Eheleute Inhaber eines Geschäfts sind und gemeinschaftlich die Geschäftsführung besorgt haben, die Ehefrau aber, weil der Mann Beamter war, nach außen hin zum Schein als alleinige Inhaberin aufgetreten, das Geschäft auch unter ihrer Firma geführt worden ist, so kann nicht angenommen werden, daß die Eheleute eine offene Handelsgesellschaft betrieben haben und daß die eingetretene Zahlungseinstellung die einer offenen Handelsgesellschaft gewesen sei. Allerdings können auch bei Nichtbefolgung der Vorschriften über die Firma (§ 19 HGB.) besondere Umstände im Einzelfalle die Anwendung der Grundsätze von der offenen Handelsgesellschaft rechtfertigen: hat aber von vornherein gar nicht die Absicht bestanden, unter gemeinschaftlicher Firma die Geschäfte zu betreiben, und ist auch in Wahrheit der Geschäftsbetrieb unter einer Firma erfolgt, die jeglicher Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses entbehrt, so fehlt es an derjenigen Kundgebung des Gesellschaftsverhältnisses nach außen, die die Voraussetzung für die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft bildet. Bei einer derartigen Scheininhaberschaft ist die Ehefrau als Inhaberin des Handelsgewerbes zur Buchführung verpflichtet.

2. Unterlassung der Buchführung. **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **08** 421. Unterlassung der Führung von Handelsbüchern liegt nur dann vor, wenn jede Buchführung fehlt, nicht schon, wenn die Bücher sehr unordentlich geführt sind.

3. Unordentliche Buchführung. **a)** **RG.** R. **09** Ziff. 617. Die Feststellung, daß der Angeklagte unbeitreibbare Forderungen in seinen Büchern geführt habe, rechtfertigt allein nicht den Vorwurf unordentlicher Buchführung im Sinne des § 240 Ziff. 3 KO. Nur für die Aufstellung des Inventars und der Bilanz ist vorgeschrieben, daß zweifelhafte Forderungen nach ihrem wahrscheinlichen Werte angesetzt, uneinbringliche Forderungen abgeschrieben werden sollen (§ 40 Abs. 3 HGB.). Ob und inwieweit auch den Büchern eine etwaige Nichtübereinstimmung des Wertes schädlich ist, hängt davon ab, ob besondere geschäftliche Vorgänge vorliegen, welche dies als notwendig erscheinen lassen. **b)** Vgl. auch V Ziff. 1, 3 b.

4. Einzelne Fälle. a) RG. (Straff.) BayRpflZ. **08** 420. Die Geschäftsführer einer GmbH. sind zu kaufmännischer Buchführung verpflichtet. In welcher Weise sie dieser Pflicht im einzelnen nachkommen wollen, bleibt ihnen überlassen; nur müssen die Bücher eine vollständige Übersicht des Vermögensstandes der Gesellschaft gewähren und zu einem zuverlässigen Ergebnisse führen. b) **RG.** SeuffBl. **08** 901, JW. **08** 604. Die mangelnde Kontrolle des Geschäftsführers einer GmbH. über die Buchführung des anderen Geschäftsführers stellt sich als Verschulden dar, selbst wenn vereinbarungsgemäß die Buchführung lediglich dem letzteren Geschäftsführer oblag. c) **RG.** (Straff.) **41** 309, ZAktGes. **16** 111. § 13 Abs. 3 GmbHG. und § 244 KO. bilden eine ausreichende gesetzliche Grundlage, um die Strafvorschriften des § 240 Ziff. 3 und 4 KO. auch gegen die Liquidatoren einer GmbH. zur Anwendung zu bringen.

V. Zu Ziff. 4. 1. Wesen der Bilanz. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Bilanz nach Ziff. 4 als nicht gezogen anzusehen? **RG.** R. **09** Ziff. 2577. Die Bilanzen bilden an sich Bestandteile der Buchführung derart, daß materielle Unrichtigkeiten von dem Gesichtspunkt aus zu beurteilen sind, ob sie geeignet sind, die Übersicht des Vermögenszustandes zu vereiteln und so die Annahme unordentlicher Buchführung (§ 240 Ziff. 3 KO.) zu begründen. Nur wenn die Fehler so beschaffen sind, daß sie im Hinblick auf die nach §§ 39 HGB. zu stellenden Anforderungen die als Bilanz bezeichnete Aufstellung als ungeeignet erscheinen lassen, die Aufgaben und Zwecke, denen die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften dienen soll, zu erfüllen, wird angenommen werden können, daß die vorhandene Aufstellung als Bilanz im Sinne des Gesetzes nicht anzusehen sei und deshalb Bestrafung nach § 240 Ziff. 4 KO. zu erfolgen habe. Hieraus folgt, daß beim Vorliegen von Aufstellungen, welche an sich als Bilanzen angesehen werden können, die Frage, ob ihre Mängel derartige sind, daß sie die Übersicht des Vermögenszustandes vereiteln (§ 240 Ziff. 3 KO.), nicht auf Grund des Inhalts der Bilanz allein zu entscheiden, sondern daß hierfür die Buchführung als Ganzes, von der die Bilanz nur einen Bestandteil bildet, in Betracht zu ziehen ist.

2. Pflicht zur Bilanzziehung. Einzelne Fälle. a) **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **08** 290, JW. **08** 603. Ein Geschäftsinhaber, der sein zunächst nicht buchführungspflichtiges Unternehmen später derartig erweitert, daß er zum Vollkaufmann im Sinne des Handelsrechts wird, ist, selbst wenn er schon vorher jährliche Bilanzen gezogen hat, bei Beginn des erweiterten Betriebs verpflichtet, eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. b) **RG.** (Straff.) **40** 242. Die Mitglieder des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft sind zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz über das Vermögen der Genossenschaft verpflichtet. c) Liquidatoren einer GmbH.: vgl. IV Ziff. 4 c.

3. Unterlassung der Verpflichtung. a) **RG.** SeuffBl. **08** 901. Durch die Unterlassung der Bilanzziehung wird die Strafbarkeit ohne Rücksicht darauf begründet, ob in den späteren Jahren die Buchführung ordnungsmäßig erfolgt, insbesondere auch durch Bilanzziehung ihren vorgeschriebenen Abschluß findet (**RG.** [Straff.] **39** 165). b) Einstellung eines Warenlagers zum Schätzungswerte. **RG.** R. **08** Ziff. 2112. Der Umstand allein, daß in einer Bilanz das Warenlager nur schätzungsweise aufgeführt worden ist, kann nicht ausreichen, die Bilanz als so mangelhaft erscheinen zu lassen, daß sie als ein das Verhältnis des Vermögens zu den Schulden darstellender Abschluß überhaupt nicht gelten könne. Entspricht die Schätzung dem wahren Werte des Warenlagers nicht, so ist die Bilanz zwar inhaltlich unrichtig, bleibt aber immer noch eine Bilanz, und es kann nur in Frage kommen, ob die mangelhafte Bilanz als Teil der unordentlichen Führung der Handelsbücher (Ziff. 3) sich darstellt.

§ 241. I. *Schimmelbusch, RheinA. **107** 55. Diese Bestimmung ist im Falle des Todes des Gemeinschuldners auf den Erben anwendbar.

II. Rechtsprechung. 1. Zahlungseinstellung. **RG.** SeuffBl. **09** 245. Die Feststellung, daß ein Gemeinschuldner aus Mangel an Mitteln seit der im September 1903 erfolgten Beendigung eines gegen ihn anhängig gewesenen Konkursverfahrens nicht wieder in der Lage gewesen sei, seinen drei Hauptgläubigern irgendwie erhebliche Zahlungen zu leisten, reicht zur Annahme der Zahlungseinstellung im Frühjahre 1907 nicht aus, zumal wenn der Gemeinschuldner in dieser Zeit umfangreiche Geschäfte getrieben, Häuser gekauft und die Mieten von den Häusern vereinnahmt hat.

2. Gläubigereigenschaft. Bewußtsein der Benachteiligung. **RG.** SeuffA. **74** 245. Der Umstand, daß die Forderungen eines Gläubigers von dem Schuldner bestritten werden, nimmt ersteren die Gläubigereigenschaft nicht; ein Irrtum in dieser Richtung würde auf strafrechtlichem Gebiete liegen. Dagegen kann dem Gemeinschuldner, wenn er überzeugt ist, der Gläubiger habe nichts zu fordern, das Bewußtsein, daß die Benachteiligung dieses Gläubigers die notwendige Folge der Begünstigung der anderen Gläubiger sei, und demnach die Benachteiligungsabsicht fehlen.

3. Gläubigerbegünstigung. Zeitpunkt. **RG.** R. **08** Ziff. 3929. Wenn auch die Gläubigerbegünstigung bei vorhandener, dem Schuldner bewußter Zahlungsunfähigkeit schon vor der Zahlungseinstellung begangen werden kann, so muß doch, wenn sie nachher begangen wird, die Tatsache der Zahlungseinstellung zur Zeit der Vornahme der Begünstigung noch vorhanden sein.

4. Sicherung. Befriedigung. **RG.** R. **08** Ziff. 1122. Wenn der Gemeinschuldner in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit mit einem Gläubiger einen Vertrag über den Verkauf seiner Möbel an den Gläubiger zu dessen Befriedigung oder Sicherstellung geschlossen, die Sachen zur Zeit der Konkurseröffnung weder übergeben, noch einen die Übergabe ersetzenden Rechtsakt vorgenommen hatte, so steht dem Gläubiger lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe der Möbel zu. Erst durch die Erfüllung dieses Anspruchs würde aber die Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung im Sinne des § 241 KO. bewirkt worden sein.

§ 244. Liquidatoren einer GmbH. strafbar aus § 240 Ziff. 3 und 4: vgl. § 240 **IV** Ziff. 4 c.

Anfechtungsgesetz.

(1908 und 1909.)

Literatur: Bendix, Der sog. Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ABürgR. **39** 140 ff. — Falkmann, Anfechtung einer Rechtshandlung durch die Gläubiger außerhalb des Konkurses. Berlin 1908. Erläuterung des Anf. Ges. unter ausgiebiger Berücksichtigung von Literatur und Judikatur. — Grabner, Die Sicherung des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkursverfahrens bei Grundstücksveräußerungen durch einstweilige Verfügung, ZBlFG. **9** 89. — Kafka, GoldschmidtsZ. **62** 246, Die Judikatur des österr. Obersten Gerichtshofs in den Jahren 1900—1907 zum Anfechtungsrecht; unter Berücksichtigung der in der gleichen Zeit ergangenen Entsch. des RG. zusammengestellt. — Lenhard, Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung, BuschsZ. **38** 165 (§ 3). — Nord, Das Recht des Gläubigers an dem Werte der Arbeitskraft des Schuldners, DJZ. **14** 764. — Derselbe, Ist Anfechtung möglich, wenn der Prinzipal das Gehalt, soweit es 1500 M. übersteigt,

nicht dem Angestellten, sondern dessen Frau verspricht? DJZ. 08 641. — Reichel, Arrestverfahren und Anfechtungsklage, R. 08 329 ff. — Reinecke, In welchem Verhältnisse stehen die beiden Klagefundamente „Scheingeschäft“ und „anfechtbares Rechtsgeschäft“ zueinander? DJZ. 08 498. — Riehl, Das System des deutschen Gläubigerrechts, GruchotsBeitr. 53 162. — Derselbe, Dasselbe als Einzelabhandlung. Berlin 1909. — Stiebeling, Anfechtung eines Abkommens, daß das Gehalt eines Privatangestellten teilweise an einen Dritten gezahlt werden soll, DJZ. 08 871. — Ullmann, Zur Frage der Anfechtbarkeit von Eheverträgen, LeipzZ. 09 447. — Voß, Anfechtung des Engagementsvertrags eines Handlungsgehilfen seitens seiner Gläubiger, weil ihm darin nur ein pfandfreies Gehalt von 1500 M., seiner Frau dagegen weitere 1700 M. jährlich ausbedungen sind, SächsRpflA. 08 526. — Wenz, Anfechtung von Änderungen des ehelichen Güterstandes, insbesondere der Gütertrennung, und Haftung der Ehefrau wegen Verbindlichkeiten ihres Ehemanns als Mitglied einer Genossenschaft bei deren Konkurse, LeipzZ. 08 922 ff. — Wieruszowski, Die Anfechtung der Eheverträge. Besonderer Teil, RheinA. 104 292—379 (Fortsetzung von RheinA. 103 323, vgl. JDR. 6 AnfG. § 1 Ziff. III).

§ 1. A. Allgemeines. Voraussetzungen, Entstehung, Erlöschen, Inhalt des Anfechtungsanspruchs. Verhältnis zu Bestimmungen des BGB. und der KO. I. Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs. 1. *Riehl, GruchotsBeitr. 53 162 ff., 497 ff., unterscheidet allgemeine und besondere Voraussetzungen. a) Als allgemeine Voraussetzungen kommen in Betracht: α. Existenz einer Geldforderung des Anfechtenden gegen den Zugriff unzulänglicher Schuldner. (Das Anfechtungsrecht ist streng akzessorisch. Individualansprüche und reine Realberechtigungen sind keine geeignete Grundlage desselben.) β. Ein Erwerb des Anfechtungsgegners aus dem Vermögen des Schuldners; auch Erwerb des Gewahrsams und des Bucheigentums genügt. (Scheingeschäfte. Erwerb zufolge guten Glaubens; Erwerb von Sachen mit Eigentumsvorbehalt des Veräußerers; verschleierter, mittelbarer Erwerb; Verträge zugunsten Dritter; Lebensversicherung; wechselrechtlicher Erwerb. — Der Erwerb des Anfechtungsgegners, nicht die Schuldnerhandlung bildet den Gegenstand der Anfechtung.) γ. Benachteiligung des Anfechtenden, d. h. Ausfall seiner Forderung. (Gesetzliche Kriterien für das Vorhandensein des Ausfalls. Gesetzgeberischer Grund des Titelerfordernisses; auch der Arrestbefehl ist ein tauglicher Titel; die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner muß erschöpfend sein. — Zurückweisung unrichtiger Auffassungen des Gläubigerbenachteiligungsbegriffs.) δ. Kausalzusammenhang zwischen dem Erwerbe des Anfechtungsgegners und dem Forderungsausfalle des Anfechtenden. (Die wichtigsten mit dem Kausalitätsproblem in Verbindung stehenden Streitfragen. Anfechtungsrechtliche Behandlung der dem Schuldner gewährten Gegenleistung; die Anfechtung güterrechtlicher Eheverträge.) ε. Der Erwerb des Anfechtungsgegners darf zur Zeit des Ausfalls eine bestimmte Altersgrenze nicht überschritten haben. (Entstehungs- und Erlöschungsfristen. Fristbeginn.) b) Die besonderen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs sind: α. Absichtsanfechtung, β. Schenkungsanfechtung, γ. die besondere Konkursanfechtung, δ. die Anfechtung gegen Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers. Vgl. darüber Genaueres u. zu III 1 u. zu § 3 Ziff. I 1.

2. Anfechtungsrecht eines Gläubigers, der vom Schuldner im Gegensatze zu den übrigen Gläubigern nicht benachteiligt werden sollte. **RG.** LeipzZ. 09 71. Die Anfechtbarkeit nach dem Anfechtungsgesetz ist nicht davon abhängig, daß ein bestimmter Gläubiger benachteiligt werden soll; das Gesetz spricht vielmehr von der Absicht, „die“ Gläubiger zu benachteiligen. Will der Schuldner die Gesamtheit seiner Gläubiger mit Ausnahme eines bestimmten Gläubigers benachteiligen, hat dieser aber unter der in dieser Absicht ausgeführten Rechtshandlung mitzuleiden, so bietet das Gesetz keine Handhabe, ihm das Anfechtungsrecht zu versagen.

3. Verzicht auf Anfechtungsrecht. **RG.** LeipzZ. **08** 599, R. **08** Ziff. 1268. Ein Verzicht des Anfechtungsberechtigten auf sein Anfechtungsrecht ist nicht ohne weiteres darin zu finden, daß dieser in Kenntnis der anfechtbaren Rechtshandlung sich mit dem Anfechtungsgegner — seinen Eltern — wieder aussöhnt.

II. Entstehung und Erlöschen des Anfechtungsanspruchs. *Riehl aaO. 498 ff., 554 ff. a) Der Anfechtungsanspruch entsteht im Zeitpunkte des Gläubigerausfalls. Kritik abweichender Ansichten. Vor Eintritt des Gläubigerausfalls ist die vorläufige Sicherung des Anfechtungsanspruchs durch Arrest und einstweilige Verfügungen unzulässig. Klagerhebung vor Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen. b) Der Anspruch erlischt durch Erfüllung, Aufrechnung und Verjährung.

III. Inhalt und Wirkung des Anfechtungsanspruchs. 1. *Riehl aaO. 500 ff. behandelt die Frage nach dem Inhalte des Anfechtungsanspruchs nach den folgenden drei Gesichtspunkten: a) Wie haftet der Anfechtungsgegner? (Rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs und die Analogie desselben mit der Eigentumsstörungsklage. Der Anfechtungsanspruch bezweckt Restitution des früheren Zustandes, er wird nicht getilgt durch Rückübertragung des anfechtungswidrigen Erwerbes in das Vermögen des Schuldners oder des anfechtenden Gläubigers oder eines mit dem Anfechtenden konkurrierenden Gläubigers, sondern nur durch Bereitstellung des Erwerbers zur Pfändung für alle anfechtungsberechtigten Gläubiger. Die Art und Weise der Bereitstellung. Die Befriedigung des Anfechtenden wird erst durch Vollstreckung des gegen den Schuldner erworbenen Titels in die auf Grund des gegen den Anfechtungsgegner erworbenen Titels bereitgestellten Befriedigungsmittel herbeigeführt — Zweititeltheorie —. Fälligkeit des Anfechtungsanspruchs.) b) Womit haftet der Anfechtungsgegner? (Bereitstellung des Sachindividuums oder des Vollstreckungswerts desselben. Maßgebender Zeitpunkt für die Wertsermittlung. Erörterung der einschlägigen Fragen an einem praktischen Rechtsfalle, falls Realrestitution nicht mehr möglich, der Rückgewährgegenstand im Werte vermindert oder vermehrt, unteilbar ist, bei noch vorhandener Gegenleistung, Mithaftung der Früchte und Nutzungen.) c) Wofür haftet der Anfechtungsgegner?

2. Rechtsprechung. **RG. 71** 176, JW. **09** 429, Schl. HolstAnz. **09** 250, R. **09** Ziff. 2028. Die Gläubigeranfechtung wirkt nicht dinglich, sondern nur obligatorisch. Auch dem Anfechtungskläger gegenüber behält das angefochtene Rechtsgeschäft objektiv seine Geltung. Die Rückgewähr des anfechtbar Erworbenen besteht regelmäßig, soweit es noch in Natur bei dem Anfechtungsgegner vorhanden ist, nur in der Duldung der Zwangsvollstreckung in dieses Vermögensstück, und soweit es nicht mehr vorhanden ist, in Zahlung des Werterſatzes. Die Zwangsvollstreckung in das bei dem Anfechtungsgegner noch vorhandene Vermögensstück erfolgt daher auch im Verhältnisse zum Anfechtungskläger und diesem gegenüber objektiv in ein dem Anfechtungsgegner gehöriges Vermögensstück. Nur der Anfechtungsgegner ist daher für das im Anfechtungsstreit ergehende Urteil formell der Vollstreckungsschuldner. Der Schuldner ist es nur im sachlichen Sinne. Eine Rückübertragung des anfechtbar Weggegebenen in das Vermögen des Schuldners kann jedenfalls bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses nicht gefordert werden. Der Schuldner im sachlichen Sinne hat daher mit der Anfechtung an sich regelmäßig nichts zu tun.

IV. Verhältnis zum BGB. und zur KO. 1. Zum BGB. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1012, BayRpflZ. **09** 355, R. **09** Ziff. 2690. Dadurch, daß ein Anspruch unter das AnfG. fällt, wird, wenn er zugleich den anders gearteten

Tatbestand einer Bestimmung des BGB. erfüllt, die Anwendbarkeit dieser letzteren Bestimmung nicht ausgeschlossen. Die Entscheidungen in JW. **04** 500, **RG. 69** 143 (s. u. § 3 I Ziff. 4) stehen nicht entgegen.

2. Zur KO. *Riehl aaO. 549 ff. behandelt die Beeinflussung des Einzelanfechtungsanspruchs durch die Konkurseröffnung. Auffaugung der Einzelansprüche, rechtliche Begründung dieser Erscheinung; die Eigenart des § 13 Abs. 3 AnfG. Einfluß der Konkursbeendigung auf den Einzelanspruch.

B. Einzelheiten. 1. Eheverträge. a) Wieruszowski, RheinA. **104** 292—379, behandelt in systematischer, großangelegter Darstellung die Anfechtung der einzelnen Arten der Ehegüterverträge, die Anfechtung der Änderung solcher Verträge und ihre Folgen. b) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1164, LeipzZ. **08** 394, R. **08** Ziff. 1269. Der Ehevertrag, welcher an die Stelle des bestehenden Güterrechts (Fahrnisgemeinschaft) ein anderes (Gütertrennung) setzt und die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten neu ausgestaltet, ist als solcher kein Gegenstand der Anfechtung. Nur soweit er mit einer Vermögensveräußerung verknüpft ist, kann er möglicherweise in den Rahmen des AnfG. fallen. Aber auch dann ist lediglich die Vermögensverschiebung zum Nachteile der Gläubiger diesen gegenüber unwirksam. Überträgt daher der Schuldner Gegenstände, die zur bisherigen Gütergemeinschaft gehört haben, schenkungsweise seiner Ehefrau zum Alleineigentume, so können die Gläubiger mit der Anfechtung nicht erlangen, daß die Frau die Zwangsvollstreckung in die ihr übereigneten Grundstücke schlechthin, sondern lediglich, daß sie die Vollstreckung in die ideelle Hälfte dieser Grundstücke dulde. c) PosMSchr. **08** 29 (Königsberg). Die Anfechtbarkeit eines Ehevertrags ist so weit ausgeschlossen, als die Ehefrau gemäß § 1468 die Aufhebung der Gütergemeinschaft verlangen kann.

2. Einzelne Fällle, in denen die Anfechtung möglich ist. a) **RG.** JW. **08** 661, LeipzZ. **09** 63, BayRpflZ. **09** 22, GruchotsBeitr. **53** 103, R. **08** Ziff. 3316. Auch ein bloßer Verwahrungsvertrag kann Gegenstand einer Anfechtung sein. Die Aufgabe des Gewahrsams einer Sache und die Verwandlung des bisherigen unmittelbaren Besitzes in einen bloßen mittelbaren Besitz ist eine Handlung, die für den sie Vornehmenden rechtliche Folgen haben kann, z. B. die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts durch den nunmehrigen Inhaber sowie die Verfügung über die Sache zugunsten eines redlichen Dritten ermöglicht. Nach der ganz allgemeinen Fassung der §§ 1, 7 AnfG. ist sie daher ebenfalls eine Rechtshandlung, durch die aus dem Vermögen des Schuldners etwas weggegeben wird. b) LeipzZ. **08** 176 (Frankfurt). Die Unterlassung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl seitens des Schuldners in kollusivem Einverständnisse mit dem Gläubiger kann eine anfechtbare Rechtshandlung darstellen. c) HessRspr. **10** 41 (Darmstadt). Auch die Abtretung von Forderungen aus künftigen Mietverträgen kann eine Beeinträchtigung des gegenwärtigen Vermögens des Schuldners darstellen und damit der Anfechtung unterliegen. d) **RG.** LeipzZ. **09** 554. Die Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH. unterliegt auch dann der Gläubigeranfechtung, wenn die Abtretung nach dem Gesellschaftsvertrage nur mit Zustimmung der Gläubiger erfolgen darf.

3. Fälle, in denen eine Anfechtung ausgeschlossen ist. a) **RG. 70** 226, JW. **09** 202, R. **09** Ziff. 1186. Gibt der ein Handelsgeschäft betreibende Schuldner diese Erwerbstätigkeit durch Veräußerung des Geschäfts auf, so kann, so wenig wie ein Gläubiger die Macht hat, dies tatsächlich zu hindern und zu ändern, ebensowenig zugunsten des Gläubigers eine Anfechtung der Geschäftsveräußerung als solcher

erfolgen. Die gegenteilige Annahme würde zu einer Art moderner Schuldknechtschaft führen, die mit den heutigen Anschauungen über das Recht zur freien Betätigung der Persönlichkeit unvereinbar wäre. Eine solche Anfechtung ist auch deshalb ausgeschlossen, weil nach dem Zwecke des AnfG. der Anfechtung nur das unterliegen kann, was der Zwangsvollstreckung zugänglich ist, eine Zwangsvollstreckung in ein Erwerbsgeschäft als Ganzes nach der ZPO. aber nicht erfolgen kann. Schließlich wird die Anfechtung auch nicht dadurch möglich, daß sie als eine Zusammenfassung und Gesamtbezeichnung der auf alle einzelnen Bestandteile des Geschäfts gerichteten Einzelanfechtungen betrachtet und behandelt wird. — Der Einwurf, es sei ein unannehmbarer Zustand, wenn der Schuldner durch Veräußerung des Geschäfts die immateriellen Bestandteile desselben und damit oft erhebliche Vermögenswerte dem Zugriffe der Gläubiger entziehen könne, ist nicht haltbar. Solange der Schuldner noch Inhaber ist, können die Gläubiger keinen Zugriff auf die Substanz jener immateriellen Teile nehmen. **b) RG.** LeipzZ. **08** 696, JW. **08** 496, DJZ. **08** 874, R. **08** Ziff. 2719. Hat jemand als Treuhänder eines anderen eine Hypothek erworben und auf Anordnung des letzteren die Hypothek an einen Dritten übertragen, die von diesem erhaltene Zessionsvaluta aber an den Anweisenden abgeführt, so kann von einer Gläubigeranfechtung gegen den Treuhänder keine Rede sein. Dieser Fall ist seinem Wesen nach verschieden von einem anfechtbaren Rechtsgeschäft im Sinne des AnfG. Bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft ist der Anfechtungsbeklagte zu einer Rückgewähr an den Veräußerer nicht verpflichtet; die Anfechtung wirkt nur relativ zugunsten des erfolgreich Anfechtenden. Bei dem vorbezeichneten Treuhänderverhältnisse kann dagegen jeder Gläubiger des Anweisenden dessen Anspruch gegen den Treuhänder auf Herausgabe der Hypothek oder der an ihre Stelle getretenen Zessionsvaluta pfänden, da infolge des Treuhänderverhältnisses in dieser Richtung eine Verpflichtung des Treuhänders gegen den Anweisenden bestand. **c)** DJZ. **08** 1352 (Celle). Der Verzicht auf eine Wirtschaftskonzession kann nicht angefochten werden. Da eine solche Konzession höchstpersönlich, unübertragbar und unpfändbar ist, wird durch den Verzicht darauf dem Gläubiger kein Befriedigungsmittel entzogen. Ebensowenig ist die Erteilung der zu einem Verkauf etwa erforderlichen Genehmigung anfechtbar.

C. Prozessuale Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs und Verwandtes. 1. *Riehl aaO. 527 behandelt den Anfechtungsanspruch vor dem Prozeßgericht in Klage, Einrede, Replik; Klageantrag und Urteilstenor, falls Eigentum, ein Forderungsrecht, ein Pfandrecht, die Befreiung von einer Leistungspflicht den Gegenstand des anfechtungswidrigen Erwerbes bildet. Die Feststellungsklage ist nicht gegeben. Einrede der Klagänderung. Gerichtsstand und Streitwert. Arrest und einstweilige Verfügungen.

2. Klage und Einrede. **a) RG.** LeipzZ. **08** 862. Die Rechtskraft eines die Widerspruchsklage abweisenden Urteils erstreckt sich nicht auf die später angestellte Anfechtungsklage. **b) RG.** LeipzZ. **09** 694. Die Gläubigeranfechtung kann auch im Wege der Einrede geltend gemacht werden, ohne daß der Gläubiger genötigt wäre, gleichzeitig den Anspruch auf Rückgewähr angriffsweise geltend zu machen.

3. Einstweilige Verfügung. **a) RG.** LeipzZ. **09** 72. Ein Anfechtungsanspruch, durch den die Abtretung einer dem Schuldner zustehenden Hypothek angefochten werden soll, kann vor Erhebung der Anfechtungsklage durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden, zumal wenn sich das Grundstück in der Zwangsvollstreckung befindet und die Auszahlung des auf den Anfechtungsgegner

entfallenden Betrags an diesen zu erwarten steht. **b)** LeipzZ. **08** 333 (LG. Leipzig). Für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch welche das Anfechtungsrecht in Ansehung einer veräußerten Hypothek gesichert werden soll, ist in dringenden Fällen das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Hypothekengrundstück belegen ist (vgl. § 942 ZPO.).

4. Zwangsvollstreckung. **a)** BadRpr. **09** 195 ff., 206 ff. (Entsch. eines bad. LG.). Zur Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand, dessen Veräußerung nach dem AnfG. angefochten worden ist, genügt das Urteil, das den Anfechtungsgegner zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt, als Vollstreckungstitel; es ist nicht erforderlich, daß auch der gegen den Schuldner vorhandene Vollstreckungstitel vorgelegt wird. **b)** ZBlFG. **10** 58 Ziff. 115, R **09** II Ziff. 1576 (KG.). Die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Urteils, durch das ein Schuldner zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt ist, und eines Urteils, durch das der Eigentümer eines Grundstücks auf Grund des AnfG. zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstücks, nicht gegen den Schuldner als dessen früheren Eigentümer. Die Hypothek kann nur eingetragen werden, wenn die Geldforderung an den Schuldner nach § 4 ZPO. 300 M. übersteigt. Es genügt in dieser Hinsicht nicht, daß der Streitwert des Anfechtungsprozesses infolge Ausdehnung der Duldungspflicht auf Zinsen und Kosten mehr als 300 M. beträgt.

§ 2. I. Vollstreckbarer Schuldtitel. 1. Titel, welche im Sinne des § 2 zur Gläubigeranfechtung geeignet bzw. ungeeignet sind. **a)** **RG.** LeipzZ. **09** 399, R. **09** Ziff. 894. Nur ein erzwingbarer Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme, nicht aber ein Anspruch auf eine individuelle Sachleistung, z. B. auf Auflassung eines Grundstücks, berechtigt zur Gläubigeranfechtung (vgl. **RG. 18** 145, **19** 208, JW. **98** 74 Ziff. 28 und 480 Ziff. 17). **b)** LeipzZ. **09** 555, RheinZ. **2** 86, R. **09** Ziff. 1592 (Hamm). Eine Notariatsurkunde, in der sich jemand als Selbstschuldner für den Ausfall des Gläubigers verbürgt und nur insoweit sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, ist kein vollstreckbarer Schuldtitel im Sinne des § 2 (es fehlt an der im § 794 Ziff. 5 ZPO. geforderten „bestimmten Geldsumme"). **c)** ElsLothJZ. **09** 70 (Colmar). Der vollstreckbare Titel muß auf einen ziffernmäßig bestimmten Betrag lauten. Es genügt nicht ein Vertrag, durch den jemand bei Abtretung einer Forderung für den richtigen Eingang der letzteren eine einfache, ziffernmäßig nicht bestimmte Bürgschaft übernimmt, und die später vor einem Notar erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus diesem Vertrag, auch wenn die notarielle Urkunde mit der Vollstreckungsklausel versehen wird. **d)** **RG.** LeipzZ. **09** 313, R. **09** Ziff. 1039. Der nach §§ 118, 124 ZVG. vom Vollstreckungsgericht erlassene bedingte Übertragungsbeschluß ist eine Ausführung des Teilungsplans, also eine Vollstreckungshandlung, nicht aber ein Titel zur Vornahme von Vollstreckungs- oder Anfechtungshandlungen im Sinne des § 2. **e)** **RG.** LeipzZ. **09** 554, R. **09** Ziff. 727. Ob ein auf Befreiung von einer Schuld gerichtetes Urteil als ein zur Anfechtung geeigneter Titel gelten kann, bleibt dahingestellt.

2. Einreden gegen den Schuldtitel. **a)** **RG. 68** 138, LeipzZ. **08** 378, JW. **08** 307, R. **08** Ziff. 1858. Der Anfechtungsbeklagte kann die Rechtsbeständigkeit der dem Schuldner gegenüber durch rechtskräftiges Urteil festgestellten Forderung des Anfechtungsklägers nicht auf Grund von Tatsachen anfechten, die der Schuldner bereits in dem gegen ihn anhängigen Rechtsstreite hätte geltend machen können (vgl. **RG. 7** 188, **39** 15, JW. **92** 301, 366 und **95** 267). Denn aus dem Inhalte des Anfechtungsanspruchs (vgl. **RG. 57** 105) ergibt sich, daß, wie der Schuldner, demgegenüber rechtskräftig fest-

gestellt ist, daß die Forderung besteht, die Zwangsvollstreckung dulden muß, ohne Einwendungen gegen die Forderung geltend machen zu können, ebenso auch der Anfechtungsbeklagte die Zwangsvollstreckung zu dulden hat, ohne auf Einwendungen sich berufen zu können, mit denen der Schuldner ausgeschlossen ist. Dem widerspricht nicht, daß dem Anfechtungsbeklagten gegebenenfalls die Einrede der Kollusion zusteht; denn mit dieser Einrede macht der Anfechtungsbeklagte eine ihm selbst gegenüber verübte Arglist geltend. **b)** SeuffBl. **09** 108 (München). Gegen den Anfechtungsanspruch sind grundsätzlich nur solche Einreden zulässig, die aus dem eigenen Rechte des Anfechtungsbeklagten zu entnehmen sind (z. B. Einrede, daß der Vollstreckungstitel zum Zwecke der Benachteiligung des Anfechtungsbeklagten mittels arglistigen Zusammenwirkens zwischen Gläubiger und Schuldner erlangt sei). Einreden, welche allein dem Verfügungsrechte des Schuldners entstammen — dahin gehören die Einreden gegen den Bestand der beizutreibenden Forderung —, mit Ausnahme derjenigen, welche dem Schuldner nach § 767 Abs. 2 ZPO. noch zustehen, sind ausgeschlossen. **c)** **RG.** JW. **09** 696. Nach § 2 muß der Anfechtungskläger einen vollstreckbaren Titel erlangt haben. Dieser Titel darf nicht der Rechtswirksamkeit entbehren; dem Anfechtungsbeklagten steht der Einwand der Nichtigkeit des Titels aus eigenem Rechte zu. Nichtig ist aber ein Schuldtitel, der auf einem wucherischen Geschäfte zwischen Anfechtungskläger und Schuldner beruht (§ 138 Abs. 2 BGB.). Diese Nichtigkeit — die ja von Amts wegen zu berücksichtigen ist — kann der Anfechtungsbeklagte, dessen Interessen durch das Geschäft berührt werden, selbst dann geltend machen, wenn der Schuldner mit der Vornahme des wucherischen Geschäfts einverstanden ist und war. Nur falls der Schuldner selbst sich des Einwandes der Nichtigkeit infolge eines hierüber gegen ihn ergangenen Urteils nicht mehr bedienen kann, steht auch dem Anfechtungsbeklagten eine Berufung auf die Nichtigkeit nicht mehr zu.

3. Entscheidung über das Geeignetsein des Schuldtitels. **RG.** LeipzZ. **09** 555, RheinZ. **2** 86, R. **09** Ziff. 1592. Im Anfechtungsprozeß ist auf Bestreiten des Beklagten mit Wirkung unter den Anfechtungsparteien darüber zu entscheiden, ob der vorgelegte Schuldtitel zur Zwangsvollstreckung geeignet ist.

4. Ist auch die Vollstreckungsklausel erforderlich? LeipzZ. **09** 555, RheinZ. **2** 86, R. **09** Ziff. 1592 (Hamm). Die Vollstreckungsklausel ist zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht erforderlich.

II. Zahlungsunvermögen des Schuldners. 1. Maß des Unvermögens. SeuffBl. **74** 108 (München). Steht fest, daß das Vermögen des Schuldners nicht zur völligen Befriedigung des Gläubigers ausreicht, so ist dieser nicht verpflichtet, vorerst einen Teil seiner Forderung vom Schuldner beizutreiben; er kann sich vielmehr wegen des ganzen Betrags seiner Forderung an den Anfechtungsgegner halten.

2. Nicht durchgeführte Zwangsvollstreckung. **a)** **RG.** R. **08** Ziff. 2226. Hat ein Schuldner als Entgelt für einen ihm eingeräumten Wechselkredit Vermögensstücke hingegeben, so kann bei einer Anfechtung dieser Hingabe dem anfechtenden Gläubiger nicht entgegengehalten werden, daß der dem Schuldner eingeräumte Kredit nicht völlig erschöpft sei, der Kläger daher den Anspruch des Schuldners auf die noch ausstehende Valuta zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen könne. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 72. Der fruchtlosen Pfändung des Schuldners gegenüber hat der Anfechtungsbeklagte den Nachweis zu führen, daß noch andere Vermögensstücke vorhanden sind, aus denen der Anfechtungskläger seine Befriedigung finden kann (vgl. **RG.** **22** 47, Jaeger, Gläubigeranfechtung § 2 Anm. 22). Die

Behauptung, daß der Schuldner noch Außenstände besitzt, die „nach und nach" eingingen, reicht nicht aus.

3. Zeitpunkt des Unvermögens. SeuffBl. **09** 108 (München). Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners muß — ebenso wie die sonstigen Voraussetzungen für die Verfolgbarkeit des Anfechtungsanspruchs — zur Zeit der Schlußverhandlung im Anfechtungsprozesse vorliegen.

III. Sicherung des Anfechtungsanspruchs durch einstweilige Verfügung. Erfordernisse des § 2? **RG.** SächsRpflA. **08** 508. Die Sicherung des Anfechtungsanspruchs im Wege einer einstweiligen Verfügung ist von dem Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels und dem Nachweise der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht abhängig (so auch Jaeger, § 2 Anm. 6, 10, Falkmann 49).

§ 3. I. Allgemeines. 1. Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs. *Riehl, GruchotsBeitr. **53** 162 ff., 497 ff.: a) Allgemeine Voraussetzungen: vgl. § 1 A I b. b) Besondere Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs: α. Die Absichtsanfechtung. Analyse des Begriffs der Gläubigerbenachteiligungsabsicht. Über den Beweis der Benachteiligungsabsicht durch Eideszuschiebung. Befremdliche Gesetzesbestimmungen über die Fragen der Absichtsanfechtung. Besonderheiten für den Fall, daß der Schuldner mit dem Anfechtungsgegner verwandt, verschwägert oder verheiratet ist. β. Die Schenkungsanfechtung. γ. Die besondere Konkursanfechtung. Die Tatbestände der §§ 30 Abs. 1 Satz 1, 30 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 KO. Begriff der Begünstigungsabsicht. Anfechtung der den Deckungsgeschäften zugrunde liegenden Kausalgeschäfte. δ. Die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger der ersten Erwerbers. Zwischenerwerber. Umfang der Haftung.

2. Natur und Wirkung der Gläubigeranfechtung: vgl. Lenhard bei § 29 I Ziff. 1 KO.

3. Scheingeschäft und anfechtbares Rechtsgeschäft. Reineke, DJZ. **08** 478. Von den beiden Klagefundamenten „Scheingeschäft" und „anfechtbares Rechtsgeschäft" ist die Behauptung des Scheines als prinzipal, die Anfechtung als eventuell gewollt anzusehen.

4. Verhältnis zu §§ 134, 138 BGB. a) **RG. 69** 143, LeipzZ. **08** 537, JW. **08** 444, R. **08** Ziff. 2396. Die KO. und das AnfG. stehen gleichberechtigt neben dem BGB. Sofern sie Sonderbestimmungen enthalten, die von den allgemeinen Grundsätzen des BGB. abweichen, sind allein diese Sonderbestimmungen und nicht die Grundsätze des BGB. maßgebend. Die fraudulösen Rechtsgeschäfte im Sinne des § 3 Ziff. 1 AnfG. und des § 31 Ziff. 1 KO. unterstehen daher, auch wenn man annehmen wollte, daß sie wegen ihres fraudulösen Charakters gegen die guten Sitten und vielleicht auch gegen gewisse in den Strafbestimmungen der KO. enthaltene gesetzliche Verbote verstoßen, nicht den §§ 138, 134 BGB. Sie sind deshalb, sofern ihnen kein anderer Mangel anhaftet als eben der, daß sie in der dem anderen Teile bekannten Absicht geschlossen sind, die Gläubiger des Veräußerers zu benachteiligen, nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar im Sinne des AnfG. bzw. der KO. (vgl. GruchotsBeitr. **49** 351, **RG. 56** 230). **b)** **RG.** BayRpflZ. **09** 355, GruchotsBeitr. **52** 1012, R. **08** Ziff. 2690. Dadurch, daß ein Anspruch unter das AnfG. fällt, wird, wenn er zugleich den anders gearteten Tatbestand einer Bestimmung des BGB. erfüllt, die Anwendbarkeit dieser letzteren Bestimmung nicht ausgeschlossen. Die Entsch. JW. **04** 500, **RG. 69** 143 stehen nicht entgegen.

II. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Im allgemeinen

RG. LeipzZ. **09** 554, R. **09** Ziff. 729. Objektive Benachteiligung ist Voraussetzung jeder Anfechtung (vgl. JW. **04** 559 Ziff. 23).

2. „Mittelbare" Benachteiligung. a) **RG.** LeipzZ. **08** 785. Für die Anwendung der Ziff. 1 genügt, wenn die Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung mittelbar benachteiligt werden, d. h. wenn zur Zeit der Anfechtung ein für den weggegebenen Gegenstand Ersatz bietender Gegenwert nicht vorhanden ist, mag ein solcher auch versprochen oder gewährt sein (anders die Benachteiligung in § 3 Ziff. 2, vgl. unter V Ziff. 1). b) HansGZ. **09** Beibl. 76 (Hamburg). Die Anfechtung nach § 3 Ziff. 1 erfordert eine unmittelbar durch Abschluß des Rechtsgeschäfts herbeigeführte Benachteiligung der Gläubiger nicht (vgl. **RG.** JW. **00** 651). Anders im Falle von Ziff. 2. c) **RG.** LeipzZ. **09** 693. Wenn der Schuldner einen ihm zustehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einer Sache an einen Dritten überträgt, um seine Gläubiger zu benachteiligen und die Sache demnächst an den Dritten übereignet wird, so können, obwohl die Sache niemals in das Eigentum des Schuldners gelangt ist, die auf Rechnung des Schuldners erfolgten, mittelbaren Zuwendungen an den Dritten angefochten werden. Die Rückgewähr der Sache hat so zu erfolgen, als habe sie zum Vermögen des Schuldners gehört (vgl. **RG. 43** 83, Jaeger, Gläubigeranfechtung 82 Anm. 40 zu § 1 AnfG.). d) **RG.** R. **08** Ziff. 3084. Bei der Absichtsanfechtung genügt eine zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung bestehende Gläubigerbenachteiligung, die, wenn auch nur mittelbar, durch die angefochtene Rechtshandlung herbeigeführt ist. Hat z. B. der Anfechtungsbeklagte seinerzeit für das aus dem Vermögen des Schuldners Empfangene eine angemessene Gegenleistung in dieses Vermögen gelangen lassen, ist die Gegenleistung aber inzwischen vom Schuldner verbraucht, so kann die Absichtsanfechtung begründet sein. Sie ist es aber nicht, wenn die Gegenleistung oder deren Wert in dem Vermögen des Schuldners noch vorhanden ist. Dies ist der Fall, wenn ein Grundstück zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung einen zur Deckung der Kläger verfügbaren Wert nicht hatte, der später in der Zwangsversteigerung erzielte höhere Erlös nur durch die von dem Beklagten (gegen die angefochtene Abtretung) weiter hergegebenen und in den Bau verwendeten Gelder herbeigeführt worden ist, und der Beklagte in Höhe des diese Gelder übersteigenden Betrags der abgetretenen Hypothek schon vor Erhebung der Anfechtungsklage dem Schuldner Löschungsbewilligung erteilt, also zurückgewährt hat.

3. Zeitpunkt der Benachteiligung. a) Vgl. Ziff. 2 d. b) ElsLothJZ. **08** 524 (Colmar). Für die Frage der objekiven Benachteiligung ist unerheblich, ob die Forderung des anfechtenden Gläubigers, wegen deren er die Zwangsvollstreckung betreibt, schon zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Rechtsgeschäfts bestanden hat; denn der Befriedigungsanspruch des Gläubigers erstreckt sich nicht nur auf das zur Zeit der Entstehung der Forderung vorhandene Vermögen, sondern innerhalb der durch das AnfG. bestimmten Grenzen auch auf vorher weggegebene Vermögensgegenstände (vgl. **RG. 26** 14, Hartmann-Meikel, AnfG. 125 ff.).

4. Einzelne Fälle, in denen das Vorliegen einer Benachteiligung angenommen bzw. nicht oder nur mit Einschränkungen angenommen ist (vgl. auch die übrigen Ziffern dieses Paragraphen). a) LeipzZ. **09** 331 (Frankfurt a. M.). Stellt das veräußerte Recht sich nicht als ein Vermögensstück dar, an das der Gläubiger in irgendeiner Weise einen Zugriff hätte ausüben können, so ist er auch nicht durch die Veräußerung benachteiligt, die Veräußerung also nicht anfechtbar. b) HansGZ. **08** Beibl. 255 (Hamburg). Der Schuldner, der als Vertreter für einen anderen ein Recht erwirbt, gibt das Recht nicht aus seinem Vermögen an den Vertretenen weg. c) ElsLothJZ. **34** 249 (Colmar). Die Anerkennung der Rechtsfolge, daß nach Ein-

tritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung das Rechtsgeschäft aufgehoben sei, berechtigt nicht zur Anfechtung. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **53** 103. Auch die Verwandlung des bisherigen unmittelbaren Besitzes in mittelbaren Besitz kann auf Grund des § 3 Ziff. 1 angefochten werden. **e)** OLG. **18** 164 (Dresden). Die Abtretung von Mietzinsen mit der Abrede, daß der Zessionar die öffentlichen Lasten, die Hypothekenzinsen und die Kosten der Grundstücksverwaltung vorweg decken und nur den Überschuß zur Befriedigung seiner Ansprüche verwenden solle, benachteiligt die übrigen Gläubiger des Grundstückseigentümers nicht, sofern die Mietzinsen keinen Überschuß abwerfen. **f)** α. Schneider, Die Gläubigeranfechtung und der § 1124 BGB., LeipzZ. **09** 422. Die erlaubte Veräußerung von Miet- und Pachtzinsen durch den Schuldner nach § 1124 BGB. hat zur Folge, daß die Hypothekenhaftung, soweit sie sich, durch die Beschlagnahme bedingt, auf die Zinsen erstreckt, untergeht und daß daher insoweit auch das Realrecht erlischt. Im Falle des Konkurses kann daher der Hypothekengläubiger diese Veräußerung nicht selbständig gemäß §§ 3 ff. anfechten; sonst ist eine Anfechtung seitens des Gläubigers dann zulässig, wenn ihm ein persönliches Forderungsrecht zusteht. Die Anfechtung kann nur nach § 13 AnfG. erfolgen. Verf. vergleicht dieses Ergebnis mit einer Anzahl von Reichsgerichtsentscheidungen. β. Nissen, LeipzZ. **09** 838, behandelt die gleiche Frage unter Heranziehung des Gesichtspunkts des § 826 BGB. **g)** **RG.** JW. **08** 567, R. **08** Ziff. 3167. Eine Hypothekenbestellung unterliegt der Anfechtung nur, wenn dargelegt wird, daß durch sie eine Benachteiligung des anfechtenden Gläubigers eingetreten ist. **h)** **RG.** Bay. RpflZ. **09** 22. Die Weggabe von Hypotheken- und Grundschuldbriefen kann eine wegen Benachteiligung der Gläubiger anfechtbare Rechtshandlung sein, auch wenn ihr nur ein Verwahrungsvertrag zugrunde liegt. Denn in jedem Falle sind die Briefe aus dem Vermögen des Schuldners „weggegeben" (§ 7). **i)** HansGZ. **08** Ziff. 43, ZBlFG. **9** 336 Ziff. 349 (Hamburg). Eine Sicherungshypothek kann nicht eingetragen werden auf Grund eines Anfechtungsanspruchs gegen jemand, der nicht Eigentümer des zu belastenden Grundstücks ist oder war, oder nicht mindestens einen obligatorischen Anspruch auf dessen Übertragung hat. Es genügt keinesfalls, daß der Anfechtungsgegner nur als Vertreter des Grundstückseigentümers das Grundstück zugeschrieben erhalten hat, da alsdann von einer Veräußerung aus dem Vermögen des Schuldners keine Rede sein kann (§§ 2, 3, 7). **k)** **RG.** R. **09** Ziff. 2993. Wenn der Schuldner die Verpflichtung übernimmt, die den Wert der verkauften Sachen übersteigenden Pfändungspfandrechte aus eigenen Mitteln zu beseitigen, so ist hierin eine Benachteiligung der Gläubiger nicht zu erblicken. Denn die Verpflichtung, seine Gläubiger zu befriedigen, bestand schon ohnedies für den Schuldner, verschlechterte also seine Vermögenslage nicht. **l)** **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1164, R. **08** Ziff. 1269. Das während der Gütergemeinschaft bestehende Verwaltungsrecht des Mannes ist kein Gegenstand der Befriedigung für die Gläubiger; die Aufgabe dieses Rechtes unterliegt daher nicht der Anfechtung. **m)** R. **08** Ziff. 604 (Stuttgart). Tritt ein im übrigen mittelloser Handwerksmeister die ihm für übertragene, aber noch nicht ausgeführte Arbeiten in Aussicht stehende Vergütung im voraus gegen Entgelt ab, um mit den so erhaltenen Mitteln die für jene Arbeiten notwendigen Materialien und Löhne bezahlen zu können, so liegt eine anfechtbare Rechtshandlung nicht vor. Wenn die künftige Arbeitsforderung auch aus dem Schuldnervermögen heraustritt, so wird sie doch andererseits durch die Abtretung erst ermöglicht; eine Benachteiligung der Gläubiger liegt also nicht vor (vgl. auch

unten III Ziff. 2 f.). **n)** LeipzZ. **08** 798 (LG. Leipzig). Wenn ein Angestellter, um seinem Gläubiger Befriedigungsobjekte zu entziehen, mit seinem Prinzipal vereinbart, daß sein Gehalt nur mehr 1500 M. jährlich betragen solle, so ist diese Rechtshandlung nicht anfechtbar. Die Arbeitskraft eines Menschen ist kein Zugriffsobjekt für seine Gläubiger (vgl. auch unten VII Ziff. 4). **o)** BadRpr. **08** 90 (Karlsruhe). Der Tatbestand der Ziff. 1 liegt nicht vor, wenn der Schuldner ohne Benachteiligungsabsicht sein Grundstück an einen Gläubiger verkauft, dann aber, um seine Kaufpreisforderung dem Zugriffe der übrigen Gläubiger zu entziehen, mit dem Käufer verabredet, daß den Gläubigern gegenüber die Kaufpreisforderung gegen die Forderung des Käufers als verrechnet gelten, im Verhältnisse der Kontrahenten aber fortbestehen solle. Den übrigen Gläubigern bleibt offen, die Kaufpreisforderung des Schuldners zu pfänden und gegen den Einwand der Verrechnung mit deren Scheinnatur zu erwidern.

III. Benachteiligungsabsicht. Bewußtsein der Benachteiligung. 1. Allgemeines. **a)** HansGZ. **09** Beibl. 76 (Hamburg). Das bloße Bewußtsein, daß durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Benachteiligung der Gläubiger eintreten werde, genügt nicht zur Anfechtung; vielmehr muß eine bösliche Absicht des Schuldners vorliegen, welche, wenn auch nicht das einzige Motiv, so doch mitbestimmend für sein Handeln gewesen sein muß. **b)** BadRpr. **08** 117 (Karlsruhe). Der Tatbestand der Ziff. 1 ist bedenkenfrei gegeben, wenn die Kontrahenten nicht nur das Bewußtsein der Benachteiligung im allgemeinen, sondern gerade den Willen hatten, einem bestimmten Gläubiger die Befriedigungsmittel zu entziehen. **c)** Kann ein Gläubiger, der im Gegensatze zu den übrigen Gläubigern nicht benachteiligt werden sollte, aber benachteiligt ist, anfechten? **RG.** JW. **08** 567, LeipzZ. **09** 71, R. **08** Ziff. 3083. Ist durch eine Rechtshandlung des Schuldners ein Gläubiger benachteiligt, so ist dieser Gläubiger auch dann anfechtungsberechtigt, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Schuldner gerade diesen Gläubiger, dadurch, daß er ihn anderweitig sicherzustellen suchte, vor einer Benachteiligung hat bewahren und nur seine übrigen Gläubiger durch jene Rechtshandlung hat benachteiligen wollen.

2. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 394, R. **08** Ziff. 841. Auch die Abtretung einer Forderung, die zur Erfüllung eines Versprechens erfolgt, kann in der Absicht der Benachteiligung anderer Gläubiger, denen gleichfalls Befriedigung aus dieser Forderung in Aussicht gestellt war, erfolgt sein. **b)** SchlHolstAnz. **08** 219 (Kiel). Wenn ein Schuldner zwei Gläubigern Geld schuldet und, obwohl der eine Klage gegen ihn erhoben hat, durch das Drängen des anderen sich dazu bestimmen läßt, seine gesamte bewegliche Habe — und damit sein Vermögen überhaupt — diesem Gläubiger sicherungshalber zu Eigentum zu übertragen, so ist er sich zwar bewußt, daß er dem anderen Gläubiger die bereiten Mittel zu seiner Befriedigung entzieht, es kann aber nicht gesagt werden, daß diese Entziehung das Ziel des Vertrags war und daß er deshalb den Übertragungsvertrag in der Absicht geschlossen hat, den klagenden Gläubiger zu benachteiligen. **c)** BadRpr. **08** 41 (Karlsruhe). Die Abtretung von Mietzinsforderungen zur Befriedigung von Baugläubigern enthält nicht notwendig die Absicht des Abtretenden, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen. **d)** R. **09** Ziff. 1929 (Stuttgart). Die Anfechtung kann auch dann begründet sein, wenn zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen der Forderung, auf Grund welcher der „vollstreckbare Titel" im Sinne des § 2 erlangt ist, ein Rechtsstreit schwebte, und der Schuldner mit dem Unterliegen in diesem Rechtsstreite rechnen mußte. **e)** HansGZ. **09** Beibl. 76 (Hamburg). Wenn ein schwer erkrankter Schuld-

ner die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Wiederherstellung seiner Gesundheit anwendet, so wird regelmäßig eine Anfechtung der zu diesem Zwecke vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht gegeben sein. **f)** LeipzZ. **09** 89 (Frankfurt). Wenn ein Gewerbetreibender zur Fortführung seines Gewerbes genötigt ist, sich eine neue Bezugsquelle zu verschaffen, der angegangene Lieferant aber nur gegen Sicherstellung liefern will, so kann eine demgemäß gewährte Sicherung nicht als mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht erfolgt angesehen werden, wenn der Schuldner gerade durch Fortsetzung seines Gewerbes hoffen durfte, seine Gläubiger befriedigen zu können. **g)** Ähnlich wie f: MecklZ. **27** 94 (Rostock). **h)** LeipzZ. **08** 793 (Stettin). Eine anfechtbare Handlung liegt nicht vor, wenn ein Kantinenwirt, der die Kantine auf Anordnung der Militärbehörde hat räumen müssen, einem Gläubiger, der ihn mit seinen Habseligkeiten aufgenommen hat, gestattet, diese Sachen zu veräußern und sich aus ihnen bezahlt zu machen, sofern der Gläubiger die allgemein schlechte Vermögenslage des Schuldners nicht kannte. **i)** SächsOLG. **29** 381 (Dresden). Die Abtretung einer Forderung zu dem Zwecke, daß der neue Gläubiger die Gläubiger des Abtretenden aus dem Forderungsbetrage möglichst gleichmäßig befriedige, kann regelmäßig nicht als auf Gläubigerbenachteiligung gerichtet angesehen werden. **k)** **RG.** LeipzZ. **09** 323. Darin, daß der Schuldner, der rheinischen Verkehrssitte entsprechend, sein Vermögen auf seine Kinder überträgt und sich den Nießbrauch daran vorbehält, braucht die Absicht einer Benachteiligung der Gläubiger nicht notwendig enthalten zu sein, mag immer der Schuldner das Bewußtsein einer solchen Benachteiligung gehabt haben. **l)** **RG.** LeipzZ. **09** 323, R. **09** Ziff. 360. Bei einer den normalen Lebensverhältnissen entsprechenden bäuerlichen Gutsübergabe wird eine Benachteiligungsabsicht des Übergebenden insonderheit dann nicht vorliegen, wenn es sich bei dem Anfechtungsgläubiger lediglich um eine alte Bürgschaftshaftung handelt. **m)** **RG.** LeipzZ. **08** 785. Die fraudulöse Natur einer Grundstücksveräußerung kann aus der eiligen, vor der Beurkundung erfolgten Übergabe gefolgert werden. **n)** **RG.** LeipzZ. **08** 947. Eine Benachteiligungsabsicht und eine Kenntnis des Gegners hiervon ist nicht anzunehmen, wenn der Schuldner in Erfüllung der formlosen Vertrags dem letzteren preiswert ein Hausgrundstück überträgt. **o)** Gutgläubige Mittelsperson, vgl. KO. § 31 Ziff. 1 c. **p)** Rechtsnachfolger eines Verwandten — Beweispflicht, vgl. § 11 Ziff. 1.

3. Kenntnis der Benachteiligungsabsicht bei dem anderen Teile. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 394, R. **08** Ziff. 841. Das Bewußtsein der Benachteiligungsmöglichkeit bei dem Anfechtungsgegner genügt nicht zur Anfechtung; es ist die Feststellung der Kenntnis der auf Benachteiligung gerichteten Absicht erforderlich. **b)** **RG.** LeipzZ. **09** 554, R. **09** Ziff. 730. Hat ein Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, einen gegen ihn erhobenen Klaganspruch anerkannt und hierdurch seinem Prozeßgegner zu einem vollstreckbaren Titel verholfen, so kann doch, wenn der Prozeßgegner überzeugt war, daß er einen rechtlich begründeten Anspruch habe, eine Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners bei ihm nicht angenommen werden. Wer glaubt, daß sein Gegner zur Anerkennung eines Anspruchs verpflichtet sei, kann nicht glauben, daß mit solcher Anerkennung unlautere Zwecke verfolgt werden. Damit entfällt der Tatbestand des § 3 Ziff. 1. **c)** **RG.** R. **09** Ziff. 1704. Der Umstand, daß der Anfechtungsgegner weiß, daß der Schuldner Schulden hat, schließt nicht notwendig die Kenntnis einer Benachteiligungsabsicht ein. **d)** **RG.** R. **09** Ziff. 130. Aus der Kenntnis älterer, seitdem getilgter Schulden muß nicht auf die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht geschlossen werden.

4. Insbesondere: Erfüllungsgeschäfte, Deckungsgeschäfte. a) Sind Erfüllungsgeschäfte anfechtbar? vgl. Ottenheimer, KO. § 30 V Ziff. 4. b) **RG.** LeipzZ. **09** 554, R. **09** Ziff. 728. Auch Deckungs- und Erfüllungsgeschäfte sind der Anfechtung nicht entzogen. Ob bei den Beteiligten eine Benachteiligungsabsicht und eine Kenntnis hiervon anzunehmen ist, ist Tatfrage (vgl. JW. **02** 590 Ziff. 13, 593 Ziff. 18, **RG.** **51** 78). Eine Benachteiligungsabsicht ist auch dann gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme des Rechtsgeschäfts zwar nicht ausschließlich die Benachteiligung seiner Gläubiger bezweckt hat, sich aber bewußt gewesen ist, daß er durch das Rechtsgeschäft sein einziges Vermögensobjekt dem Zugriffe der Gläubiger entzieht und wenn er dieses Ergebnis als sicher eintretende Folge seines Handelns in seinen Willen aufgenommen hat. c) PosMSchr. **08** 83 (Königsberg). Die Anfechtung eines Deckungs- (Erfüllungs-) Geschäfts erfordert den Nachweis, daß der Schuldner nicht lediglich in der Absicht, eine fällige Verbindlichkeit zu erfüllen, sondern vielmehr in der Absicht gehandelt hat, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen, um den Beklagten zu begünstigen. d) LeipzZ. **08** 324 (Jena). Das Vorhandensein einer Verpflichtung des Schuldners nötigt nicht unbedingt zu der Annahme, daß eine die Erfüllung der Verpflichtung in sich schließende Handlung von der Erfüllungsabsicht und nur von ihr getragen sei. e) **RG.** LeipzZ. **08** 394. Die Abtretung einer Forderung, die zur Erfüllung eines Versprechens erfolgt, kann gegebenenfalls in der Absicht der Benachteiligung der anderen Gläubiger, denen gleichfalls Befriedigung aus dieser Forderung in Aussicht gestellt war, erfolgen; doch muß diese Absicht einwandfrei festgestellt werden. Das Bewußtsein der Benachteiligungsmöglichkeit genügt nicht. f) **RG.** R. **08** Ziff. 3169. Zur Verneinung der Benachteiligungsabsicht kann auch der Umstand verwertet werden, daß das Rechtsgeschäft zur Erfüllung eines, wenn auch nicht klagbar abgegebenen Versprechens abgeschlossen worden sei. g) BadRpr. **09** 41 (Karlsruhe). Während bei reinen Erfüllungsgeschäften aus dem Bewußtsein des Schuldners, daß durch die Erfüllung die anderen Gläubiger geschädigt werden, auf eine Benachteiligungsabsicht nur unter besonderen Umständen geschlossen werden darf, kann bei den sog. inkongruenten Deckungsgeschäften (Ersatzerfüllung, Sicherheitsbestellung, vorzeitige Erfüllung u. a.) aus dem bloßen Bewußtsein, daß die Deckung die Benachteiligung der übrigen Gläubiger zur Folge habe, die Benachteiligungsabsicht unbedenklich gefolgert werden (vgl. GruchotsBeitr. **42** 421, **50** 1145, **51** 396, SächsRpflA. **5** 175, SächsOLG. **39** 413). h) Schneider, LeipzZ. **08** 521. Der Anfechtungsbeklagte kann sich auf ein Schuldanerkenntnis — das für sich allein keine Vermögensverschiebung in sich schließt und deshalb nicht selbständig angefochten werden kann — als Grundlage einer Erfüllungshandlung dann nicht berufen, wenn es eine böswillige, dem Anfechtungskläger nachteilige Vermögensverschiebung zu seinen, des Beklagten, Gunsten bezweckt. Einen den Anfechtungsbeklagten zur Seite stehenden rechtskräftigen Erwerbstitel kann der Anfechtungskläger nur auf das Vorliegen einer solchen böswilligen Vermögensverschiebung nachprüfen. Der Kläger selbst braucht sich von einem Dritten, der lediglich einen zu dem gleichen Zwecke erlangten Titel in Händen hat, eine Nachprüfung seines Titels nicht gefallen zu lassen. i) **RG.** R. **09** Ziff. 2994. Hatte der Schuldner einem Bürgen gegen die Übernahme der Bürgschaft eine Sicherheit versprochen und durch eine mangels Übergabe nichtige Pfandbestellung zu gewähren versucht, so ist der spätere Vertrag, durch den zur Behebung der Nichtigkeit die Sicherheit in Form einer Sicherungsübereignung gewährt

wird, als entgeltliches Erfüllungsgeschäft anzusehen. Sowohl der Pfandvertrag wie die Sicherungsübereignung waren zur Erfüllung des kausalen Versprechens der Sicherheitsleistung bestimmt; da das erste Vollzugsgeschäft wirkungslos geblieben war, konnte der Bürge die Erfüllung nachträglich fordern.

IV. Insbesondere zu Ziff. 1 (vgl. hierzu auch Ziff. I—III dieses Paragraphen). 1. Gehören Vollstreckungshandlungen zu den „Rechtshandlungen" der Ziff. 1? **RG. 69** 163, LeipzZ. **08** 700, JW. **08** 496, R. **08** Ziff. 2721, ZDGerSekr. **19** 296. Während bei der Anfechtung im Konkurse (§ 30 KO.) eine Mitwirkung des Gemeinschuldners nicht erforderlich ist und deshalb auch Vollstreckungsakte anfechtbar sind, die wider den Willen des Schuldners geschehen, ist die Anfechtung außerhalb des Konkurses, da hier der die KO. beherrschende Grundsatz der Gleichberechtigung der persönlichen Gläubiger fortfällt, eine beschränktere. Daher sind Vollstreckungspfändungen als Rechtshandlungen des Schuldners im Sinne des AnfG. nur anzusehen, wenn sie im kollusiven Einverständnisse des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht sind (vgl. **RG. 47** 223). Ein solches — passives — Mitwirken des Schuldners kann allerdings darin gefunden werden, daß er, wissend, daß eine Schuld tatsächlich nicht besteht, die Erwirkung des Schuldtitels und die Vollstreckungshandlungen ruhig über sich ergehen läßt. Dagegen ist ein solches passives Verhalten regelmäßig nicht genügend zur Feststellung eines kollusiven Einverständnisses, wenn der Vollstreckungsschuldner der subjektiven Ansicht gewesen ist, daß die gegen ihn erhobene — objektiv nicht bestehende — Forderung begründet sei.

2. Gerichtsstand. BayObLG. **9** 462 (BayObLG.). Für den auf § 3 Ziff. 1 gestützten Anspruch ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlungen (§ 32 ZPO.) begründet. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch gegen die Erben dessen erhoben wird, der die Handlung begangen hat (vgl. auch **RG. 21** 420 [VerZS.], **48** 401, **6** 383).

3. Beweislast. a) LeipzZ. **08** 247. Kläger hat zu beweisen, daß der Beklagte von der Benachteiligungsabsicht seines Verkäufers — des Schuldners — Kenntnis hatte. Diese Kenntnis ist ausgeschlossen, wenn der Beklagte das Grundstück deshalb weit über dem Werte kauft, um dem ihm nahestehenden Schuldner Barmittel in die Hand zu geben und die drohende Zwangsversteigerung des Grundstücks abzuwenden. **b)** R. **08** Ziff. 398 (Stuttgart). Der Erwerber eines vom Schuldner anfechtbar veräußerten Grundstücks ist gegenüber der Anfechtung dafür beweispflichtig, daß durch die Versteigerung des Grundstücks ein zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichender Erlös erzielt worden sein würde.

4. Eideszuschiebung. LeipzZ. **09** Beibl. 220 (Hamburg). Die Eideszuschiebung über den Inhalt des § 3 Ziff. 1 ist im Hinblick auf §§ 445, 451 ZPO. unzulässig (vgl. SeuffA. **40** 253, Jaeger, KO. § 31 Anm. 17).

V. Zu Ziff. 2. 1. „Benachteiligung". LeipzZ. **08** 247 (Stettin). Ziff. 2 erfordert eine durch den Abschluß des Vertrags selbst herbeigeführte Benachteiligung (im Gegensatze zu Ziff. 1, wo auch mittelbare Benachteiligung genügt, vgl. oben II Ziff. 2).

2. Beweislast. a) Erfüllungsgeschäfte, Deckungsgeschäfte, inkongruente Erfüllungsgeschäfte. α. **RG.** LeipzZ. **09** 480, R. **09** Ziff. 1593. Eine Ausnahme von der Regelung der Beweislast im § 3 Ziff. 2 wird dadurch, daß der angefochtene Vertrag ein Erfüllungsgeschäft oder ein Deckungsgeschäft ist, nicht begründet. Es kann sich nur darum handeln, ob dieser Umstand den in Rede stehenden Beweis bereits erbringt. Dies wird bei Erfüllungsgeschäften, durch die ein Gläubiger nur das erhalten

hat, was er vom Schuldner zu fordern hatte und dessen Leistung er erzwingen konnte, insofern regelmäßig zutreffen, als demjenigen, der nur empfängt, was ihm gebührt, erfahrungsmäßig der Gedanke, daß es dem Schuldner nicht oder nicht nur um seine Befriedigung, sondern auch oder sogar nur um die Benachteiligung anderer Gläubiger zu tun sei, fern liegen wird. Dagegen legt ein sog. „inkongruentes Erfüllungsgeschäft" bei einem verschuldeten Schuldner die Annahme einer bewußten Begünstigung des einem diesem verwandtschaftlich oder schwägerschaftlich nahestehenden Gläubigers zum Nachteile der anderen zu nahe, als daß ihm ein die gesetzliche Vermutung der Fraudulosität entkräftendes Gewicht beigelegt werden könnte oder gar müßte (vgl. auch **RG. 51** 78, Gruchots Beitr. **47** 423). β. LeipzZ. **08** 91 (Jena). Eine Umkehrung der im § 3 Ziff. 2 festgestellten Beweislast tritt auch dann nicht ein, wenn auf Seite des Schuldners ein Erfüllungsgeschäft vorliegt (vgl. Jaeger, Gläubigeranfechtung [1905] 173, **RG. 51** 76). **b)** Vertrag in kollusivem Einverständnisse der Beteiligten. **RG.** LeipzZ. **09** 692, HessRspr. **10** 69, R. **09** Ziff. 565. Wird für eine bereits bestehende Forderung durch Einigung und Eintragung eine Hypothek begründet, so ist darin ein entgeltlicher Vertrag im Sinne des § 3 Ziff. 2 zu finden (vgl. **RG. 6** 85, JW. **92** 274). Dasselbe gilt aber auch von einer durch Zwangsvollstreckung auf Grund eines Versäumnisurteils gegen den Schuldner erfolgten Eintragung, wenn die Erwirkung des Versäumnisurteils auf einem gerade die Herbeiführung dieser Eintragung bezweckenden Einverständnisse zwischen Schuldner und Gläubiger beruht (vgl. JW. **98** 52). Daher braucht auch in solchem Falle, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 3 Ziff. 2 vorliegen, der Anfechtungskläger nicht auch zu beweisen, daß die Erwirkung des Titels und das passive Verhalten des Schuldners zu dem ausgesprochenen Zwecke verabredet worden seien, die anderen Gläubiger zu benachteiligen; es ist vielmehr Sache des Anfechtungsbeklagten, in dieser Richtung den Gegenbeweis zu führen. **c)** ElsLothJZ. **08** 524 (Colmar). Der den Verwandten und Verschwägerten eines Schuldners nach § 3 Ziff. 2 obliegende Beweis, daß ihnen zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Geschäfts eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht bekannt gewesen sei, wird nicht durch den Nachweis erbracht, daß sie zur damaligen Zeit die einzigen Gläubiger des Schuldners gewesen seien, da auch die Benachteiligung zukünftiger Gläubiger von dem Schuldner beabsichtigt sein kann.

3. Einzelne Fälle. **a) RG.** LeipzZ. **08** 73. Enthält die Abtretung einer Hypothek lediglich die Erfüllung der Verwaltungspflicht des Ehemanns zur Anlegung des eingebrachten Frauenguts, so unterliegt sie nicht der Anfechtung. **b) RG.** R. **08** Ziff. 1802. Wenn ein Schuldner, der selbst nicht gewillt und nicht in der Lage ist, durch Zahlung der weiter fällig werdenden Prämien eine von ihm eingegangene Lebensversicherung aufrechtzuerhalten, die Police, deren Rückkaufswert durch die darauf geleisteten Vorschüsse erschöpft ist, seinen Gläubigern anbietet und, nachdem diese abgelehnt haben, sie einem Verwandten überträgt, so kann ohne weiteres angenommen werden, daß eine Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht vorgelegen hat. Jedenfalls kann ein Gläubiger, der selbst die Übernahme der Police abgelehnt hat, später nicht die Übertragung der Police anfechten. **c)** Vermutung der Fraudulosität bei einer offenen Handelsgesellschaft, wenn auch nur ein Gesellschafter in dem fraglichen Verwandtschaftsverhältnisse zu dem anderen Teile steht: vgl. § 31 II Ziff. 2 c.

VI. Zu Ziff. 3. 1. Allgemeines. **a)** Über den Begriff „Verfügung" vgl. Sohm zu § 32 I a KO. **b)** Begriff der „Zuwendung". LeipzZ. **08** 176 (Frankfurt). Eine Zuwendung im Sinne des § 3 Ziff. 3 kann

auch in einem einseitigen Rechtsgeschäft, eine Rechtshandlung in der Unterlassung einer Verteidigung bestehen.

2. Einzelheiten. a) *Bendix, ABürgR. **32** 140 ff., bes. 240 f. Der Verzicht nach § 928 BGB. ist eine unentgeltliche Verfügung und daher anfechtbar. Anfechtungsgegner ist der Fiskus. b) **RG. 67** 425. Ist im Testamente bestimmt, daß nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten ein Drittel und bei Wiederverheiratung desselben die Hälfte des Nachlasses an X. fallen soll, so enthält die unentgeltliche Abtretung des Erbanspruchs eine Gläubigerbenachteiligung. c) ZBlFG. **9** 729 Ziff. 632, R. **09** Ziff. 853 (BayObLG.). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Grundstückskaufs für einen Minderjährigen kann nicht deshalb versagt werden, weil letzterer die Mittel zur Zahlung des Kaufpreises durch eine anfechtbare Schenkung seitens seines Vaters erlangt hat, da die Absicht, der Gefahr einer Anfechtung vorzubeugen, durch die Versagung nicht erreicht werden kann.

VII. Zu Ziff. 4. 1. Eheverträge. a) Anfechtbarkeit von Eheverträgen: vgl. Ullmann zu § 31 KO. II Ziff. 1. b) PosMSchr. **08** 29 (Königsberg). Die Anfechtung eines Ehevertrags gemäß § 3 AnfG. ist grundsätzlich möglich. In dem vom § 1432 BGB. aufgestellten Grundsatze, daß die Ehegatten ihre Güterrechtsverhältnisse frei regeln können, ist eine Beschränkung der anfechtbaren Rechtshandlungen nicht zu ersehen; durch die weitgehende Vertragsfreiheit ist vielmehr eine ausgedehnte Anfechtungsmöglichkeit bedingt. c) **RG.** LeipzZ. **08** 394, RheinA. **105** 280 (gegen JDR. **6** § 3 Ziff. 4 II b) [Düsseldorf]). Wenn bei Ersetzung der Fahrnisgemeinschaft durch die Gütertrennung der eine Ehegatte dem anderen seinen Anteil an bisher gemeinschaftlichen Vermögensstücken (Grundstücken) schenkt, kann lediglich diese Schenkung der ideellen Hälfte jener Gegenstände angefochten werden. d) Dagegen Wieruszowski, RheinA. **105** 283. Der Gläubiger muß entweder den Ehevertrag und die Schenkung mit Rückgewährsverlangen der ganzen Grundstücke anfechten oder aber, falls die Anfechtung des Ehevertrags versagt, den Auseinandersetzungsanspruch pfänden und die Auseinandersetzung betreiben. Ein Drittes, Anfechtung der Schenkung allein mit Rückgewährverlangen der ideellen Eigentumshälfte, ist ausgeschlossen. e) OLG. **16** 213 (Breslau). Ein Ehevertrag, inhaltlich dessen der Ehemann auf sein Recht der Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gute verzichtet, verkürzt nicht das dem Zugriffe der Gläubiger unterliegende Vermögen des Ehemanns.

2. Ehevertrag eines aus einer Genossenschaft ausgetretenen, nachschußpflichtigen Genossen im Konkurse der Genossenschaft. *Wenz, LeipzZ. **08** 922 ff. Die Gütertrennung oder die Veränderung des Güterstandes zwischen der Ehefrau des ausgetretenen, aber nachschußpflichtigen Genossen und diesem anzufechten oder die Frau auf Grund persönlicher Haftung nach § 1480 BGB. in Anspruch zu nehmen, ist im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft nur der Konkursverwalter, nicht auch die Gläubiger der Genossenschaft, befugt. Dem Konkursverwalter allein steht auch die außergerichtliche Anfechtungsankündigung nach § 4 AnfG. zu. Der Vorstand der eingetragenen Genossenschaft hat nach Konkurseröffnung über die Genossenschaft diese Rechte nicht. Eine schon vor Konkurseröffnung durch den Vorstand abgegebene Anfechtungserklärung kann bezüglich der Nachschüsse im Konkursverfahren der eingetragenen Genossenschaft keine Wirkung äußern. Wenn das Ausscheiden des Genossen rechtsgültig erfolgt war, als die Gütertrennung statt hatte, und auch eine Auseinandersetzung des Genossen mit der Genossenschaft geschehen war, wird die Benachteiligungsabsicht des trotzdem nachschußpflichtigen Genossen nicht angenommen werden können, noch weniger die Kenntnis einer solchen seitens der Ehefrau (Fälle der §§ 125, 128 GenG. — Ver-

säumte rechtzeitige Eintragung des Ausscheidens eines Genossen in die Liste der Genossen). Der Anfechtende ist hier regelmäßig beweispflichtig. Die Anfechtung eines ihn benachteiligenden Rechtsakts zwischen dem nach §§ 122—125, 141 GenG. auf Deckung des Ausfalls haftenden Genossen und seiner Ehefrau kann durch den Gläubiger, der den Ausfall erleidet, geltend gemacht werden, sobald der Ausfall für ihn nach dem Ergebnisse der Schlußverteilung im Konkurse der eingetragenen Genossenschaft feststeht. Insbesondere kann er die Anfechtungsankündigung nach § 4 AnfG. abgeben. Die Anfechtungsankündigung, die vor dem Konkurse der Genossenschaft deren Vorstand oder während desselben der Konkursverwalter zugestellt hat, ist für den Gläubiger wegen seines Ausfallanspruchs wirkungslos.

3. Einzelne Fälle „unentgeltlicher Verfügungen“ im Sinne von Ziff. 4. **a)** KGBl. **08** 78 (KG.). Unentgeltliche Verfügungen zugunsten des Ehegatten sind auch dann anfechtbar, wenn sie gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande haben (aM. Jaeger § 3 Anm. 59, Falkmann 41). (Vgl. auch KO. § 32 II Ziff. 1.) **b)** SächsOLG. **29** 113 (Dresden). Die Abtretung einer Eigentümerhypothek des Mannes an seine Frau unterliegt der Anfechtung, wenn sie nicht lediglich in der Absicht der Sicherstellung des eingebrachten Gutes (BGB. § 1391) erfolgt und angenommen ist. **c)** LeipzZ. **09** 333 (Hamburg). Bei einer Lebensversicherung zugunsten der Ehefrau des Versicherten stellen sich die Prämienzahlungen, falls sie lediglich erfolgen, um der Ehefrau den Versicherungsanspruch zu erhalten, als eine unentgeltliche Verfügung des Ehemanns zugunsten der Ehefrau dar. Hat aber der Versicherungsnehmer für den Fall, daß er einen bestimmten Zeitpunkt erlebt, sich selbst den Bezug vorbehalten und ist durch eine solche abgekürzte Lebensversicherung eine Erhöhung der Prämie bedingt, so liegt jedenfalls für diesen Mehrbetrag keine Zuwendung an die Ehefrau vor. **d)** **RG. 08** Ziff. 3681. Gegen den Erwerber des vom Schuldner anfechtbar seiner Ehefrau übertragenen und gegen die letztere subhastierten Grundstücks findet eine Klage auf Herausgabe des beim Weiterverkauf erzielten Mehrerlöses nicht statt, wenn der Gläubiger sich an der Zwangsversteigerung beteiligen konnte. **e)** **RG.** LeipzZ. **08** 71. Obschon die Ehefrau des Schuldners ebenso wie der Gläubiger ein Recht darauf hat, aus den Kaufgeldern eines dem Schuldner gehörigen Grundstücks befriedigt zu werden, kann eine besondere Hast, mit welcher die Frau Deckung erhalten hat, als Anzeichen dafür gedeutet werden, daß die Absicht nicht sowohl auf ihre Befriedigung als auf die Benachteiligung anderer Gläubiger gerichtet gewesen sei. **f)** **RG.** LeipzZ. **08** 394, RheinA. **105** 280. Für die Schenkungsabsicht aus § 3 Ziff. 4 AnfG. ist es belanglos, ob die Forderung, derentwegen angefochten wird, erst nach der unentgeltlichen Verfügung entstanden ist.

4. Aufgabe eines 1500 M. übersteigenden Gehaltsanspruchs für die Zukunft und Versprechen des Gehaltzahlenden, den Überschuß an die Ehefrau des Aufgebenden zu zahlen. **a)** **RG. 69** 59, HansGZ. **08** Beibl. 211, BankA. 8 28, JW. **08** 308, R. **08** Ziff. 1859. Wenn ein Geschäftsinhaber einem überschuldeten Angestellten nur einen pfandfreien Gehaltsanspruch in Höhe von 1500 M. gewährt, daneben aber für die Dauer des Anstellungsverhältnisses der Ehefrau des Angestellten die Zahlung eines Betrags von 1700 M. verspricht, so ist für eine Anfechtung dieses Vertrags durch die Gläubiger des Angestellten kein Raum; denn eine Aufgabe von Vermögensstücken liegt auf seiten des Schuldners nicht vor, es kann deshalb auch nicht von einer Benachteiligung seiner Gläubiger die

Rede sein. **b)** Dagegen insb. Nord, DJZ. **08** 641, **09** 764. Der Gläubiger hat ein nur durch die Pfändungsbeschränkungen der ZPO. eingeschränktes Recht auf die Arbeitskraft seines Schuldners. Es liegt ein Verzicht des Angestellten auf „Zahlung an sich" und ein stillschweigender Vertrag zugunsten eines Dritten vor. Der Vertrag ist, insoweit der Ehefrau für Leistungen des Schuldners ein 1500 M. übersteigender Betrag versprochen wird, als Umgehung der Pfändungsbestimmungen nichtig, event. außerdem, da eine „benachteiligende" „Rechtshandlung" vorliegt, anfechtbar. **c)** Im wesentlichen übereinstimmend Voß, Sächs. RpflA. **08** 526. Der Vertrag ist, insoweit er 1500 M. übersteigt, anfechtbar, weil durch die darin enthaltene unentgeltliche Verfügung des Schuldners — der sich als Entgelt für seine eigenen Dienste die Zahlung einer Geldsumme an seine Frau versprechen läßt — seine Gläubiger benachteiligt werden. **d)** Immerwahr, GesuR. **10** 393, steht auf dem gleichen Standpunkt. Er zieht den Gesichtspunkt des Scheineinwandes und des § 826 BGB. heran. **e)** Stiebeling, DJZ. **08** 871, hält im Gegensatze hierzu die Entscheidung für richtig. Der Angestellte verzichtet zugunsten seiner Frau lediglich auf einen künftigen Erwerb. Dieser Verzicht ist, als die Gläubiger nicht benachteiligend, nicht anfechtbar.

§ 3a. 1. Erbe, Vermächtnisnehmer, Nachlaßgläubiger. **RG.** BayRpflZ. **08** 308, SeuffA. **63** 370, SächsRpflA. **08** 361, JW. **08** 487, GruchotsBeitr. **52** 1082, R. **08** Ziff. 3041. Hat der Erbe trotz Überschuldung des Nachlasses infolge von Vermächtnissen die Verbindlichkeit aus einem Vermächtnisse mit Mitteln des Nachlasses erfüllt, ohne zuvor die vorgehenden Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse zu decken, so mögen diese Gläubiger berechtigt sein, gegen den Erben so vorzugehen, wie wenn er an den Vermächtnisnehmer aus dem Nachlasse nichts geleistet hätte; auch mag dem Erben, wenn er in Unkenntnis der Überschuldung des Nachlasses geleistet hätte, gegen den Vermächtnisnehmer ein Rückforderungsrecht gemäß § 813 BGB. zustehen (Planck zu § 1991 Anm. 1 f, 5); aber zwischen dem Vermächtnisnehmer und den anderen Nachlaßgläubigern sind dadurch, daß der Erbe den ersteren vor den letzteren befriedigt hat, keine rechtlichen Beziehungen begründet worden, die den Vermächtnisnehmer verpflichten würden, das Erhaltene an die Nachlaßgläubiger herauszugeben.

2. Anfechtbare Hypothekenbestellung. **RG.** LeipzZ. **08** 944, SächsA. **08** 359, BayRpflZ. **08** 308. Sind in anfechtbarer Weise zugunsten der Vermächtnisnehmer an den Nachlaßgrundstücken Hypotheken bestellt, so kann der anfechtende Nachlaßgläubiger Duldung der Befriedigung aus den Nachlaßgrundstücken vor den Hypotheken der Vermächnisnehmer verlangen (vgl. **RG. 47** 222, JW. **09** 831, GruchotsBeitr. **46** 391).

§ 4. 1. Reichel, R. **08** 329 ff., vertritt gegen die herrschende Meinung den Standpunkt, daß auch im Anfechtungsprozesse auf Antrag des Klägers eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Erledigung des Rechtsstreits zur Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels erfolgen müsse, wenn der Beklagte den Kläger der seinen Anspruch durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert habe, unter Benutzung der durch § 926 ZPO. gegebenen Handhabe zur verfrühten Klagerhebung gezwungen habe.

2. **RG. 68** 70, LeipzZ. **08** 378, JW. **08** 281, DJZ. **08** 538, R. **08** Ziff. 1860. Die Anfechtungsankündigung nach § 4 wird unwirksam, wenn nicht binnen 2 Jahren ein vollstreckbarer Titel erlangt ist; es genügt nicht die Erhebung der Anfechtungsklage binnen dieser Frist. Der Plenarbeschluß **RG.** vom 27. April 1898 (**RG. 41** 87) steht nicht entgegen. Dort ist

nur ausgesprochen, daß es bei der *Anfechtungsklage nach* § 2 genüge, wenn der vollstreckbare Titel bis zum Erlasse des Urteils beigebracht werde; damit ist *für die besondere Bestimmung des* § 4 keine Entscheidung getroffen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 1135, LeipZ. **09** 479, JW. **09** 226, R. **09** Ziff. 2169. Der § 4 will eine Verzögerung der Vollstreckbarkeit durch den Schuldner unmöglich machen, gilt aber nicht für die Fälle, in denen ein *vollstreckbarer Schuldtitel auf eine Leistung Zug um Zug* vorliegt.

§ 5. **RG.** LeipzZ. **09** 694, R. **09** Ziff. 2170. Auch der *im Eigentumsprätendentenstreite Verklagte* kann sich darauf beschränken, die Anfechtbarkeit des Erwerbstitels des Klägers lediglich *einredeweise* geltend zu machen.

§ 6. **RG. 69** 133, JW. **08** 496. *Vollstreckungspfändungen* sind als *Rechtshandlungen des Schuldners im Sinne des AnfG.* nur dann anzusehen, wenn sie *in kollusivem Einverständnisse* des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht sind.

§ 7. 1. *Inhalt des Anspruchs auf Rückgewähr. Einzelne Fälle.* a) *Bendix*, ABürgR. **32** 140 ff., bes. 241. Der Anspruch auf Rückgewähr *gegenüber dem Fiskus im Falle des* § 928 *BGB.* erfolgt dadurch, daß der Fiskus verurteilt wird, die *Zwangsvollstreckung* in das vom Schuldner aufgegebene Grundstück *zu dulden*, oder aber sie erfolgt, da das mittelbar Empfangene dem unmittelbar Empfangenen gleichsteht, in das durch den Verzicht empfangene *Aneignungsrecht.* Dies gilt vor und nach Ausübung des Aneignungsrechts durch Eintragung. b) **RG.** R. **09** Ziff. 2171. Ist eine *Grundstücksveräußerung anfechtbar*, so hat der Anfechtungsgläubiger den Anfechtungsantrag dahin zu richten, daß ihm die *Zwangsvollstreckung* in das Grundstück *gestattet werde*, *nicht* aber kann er, jedenfalls nicht ohne Anfechtung der Grundstücksveräußerung, beantragen, daß ihm die Zwangsvollstreckung *in die Früchte* des Grundstücks — Miet- und Pachtforderungen — erstattet werde (vgl. **RG. 64** 339, R. **09** Ziff. 2171). c) **RG.** R. **09** Ziff. 2835, WarnE. **2** 506. Der Anfechtung unterliegt auch ein Vertrag, durch den der Schuldner ein ihm *vertraglich eingeräumtes Recht auf Erwerb eines Grundstücks* an einen Dritten *abtritt.* Hat der Dritte auf Grund des ihm abgetretenen Rechtes das *Grundstück erworben*, so ist *dieses der Gegenstand der Rückgewähr.* d) PosMSchr. **09** 134 (Königsberg). Hat der Schuldner *das ihm zur Hälfte zustehende Miteigentum* an einem Grundstück *an den Berechtigten der anderen Hälfte* durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft übertragen, so hat dieser dem Anfechtenden die Zwangsvollstreckung in folgender Weise zu gewähren: α. durch das Anerkenntnis, daß die Grundstückshälfte noch als zum Vermögen des Schuldners gehörig in Betracht komme, β. durch Duldung der einzelnen Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, insbesondere der Duldung, daß die grundbuchmäßige *Vereinigung* der früheren beiden Hälften des Grundstücks *zum Zwecke der Zwangsvollstreckung* in das Vermögen des Schuldners durch *Wiederzerlegung* in die früher tatsächlich getrennten Eigentumsbruchteile *aufgehoben* werden dürfe. Diese Wiederzerlegung erfolgt nicht im Grundstücke selbst, sondern bei der Zwangsversteigerung in der Form des *Zwangsversteigerungsvermerks* und in der weiteren, an diese Vermerkung sich anschließenden grundbuchlichen Eintragung. (So auch **RG. 56** 194, *Voß*, DJZ. **04** 456, *Jaeger*, AnfG. 251 § 9 Anm. 9). e) **RG.** LeipzZ. **08** 394. Ist *an Stelle der Fahrnisgemein-*

schaft Gütertrennung vereinbart und hatte die Ehefrau des Schuldners bei der Teilung des Gesamtguts nur Anspruch auf die ideelle Hälfte eines Grundstücks, während ihr die andere Hälfte durch den Ehevertrag unentgeltlich überlassen ist, so ist auf erfolgte Anfechtung nur die geschenkte ideelle Hälfte zurückzugewähren. Denn der Ehevertrag als solcher ist nicht anfechtbar, vielmehr ist nur die zum Nachteile der Gläubiger eingetretene Vermögensverschiebung unwirksam. Aber wenn auch der Vertrag selbst wirksam ist, so sind doch Abreden anfechtbar, die aus Anlaß der Teilung des Gesamtguts einem Gatten ohne Gegenleistung mehr gewähren, als er nach dem bisherigen Güterstande zu beanspruchen hatte. Die Gläubiger brauchen sich nicht auf das Auseinandersetzungsguthaben des Ehegatten verweisen zu lassen. Vgl. hierzu § 3. **f)** **RG.** JW. **09** 697. Wenn der Schuldner ein Grundstück gekauft hat, die Auflassung aber an seine Ehefrau erfolgt ist und diese einem Dritten daran eine Hypothek bestellt hat, so ist eine selbständige Anfechtungsklage gegen sie dahin, daß sie das Grundstück hypothekenfrei machen solle, ausgeschlossen. Der Antrag auf Beseitigung der Hypothek kann nur in einem den Erwerb des Grundstücks durch die Ehefrau betreffenden Anfechtungsprozesse gestellt werden. **g)** Anfechtbare Hypothekenbestellung zugunsten eines Vermächtnisnehmers, vgl. § 3a Ziff. 3. **h)** SeuffA. **64** 23, R. **08** Ziff. 1861 (Cassel). Ficht der Pfändungsgläubiger eines Erbteils den Auseinandersetzungsvertrag der Miterben mit Erfolg an, so erfolgt die Rückgewähr dadurch, daß die Miterben die gegenstandslos gewesene Pfändung des Erbteils gegen sich gelten lassen und auf eine neue Auseinandersetzung eingehen müssen. **i)** **RG.** **70** 226, JW. **09** 202, R. **09** Ziff. 2691, LeipzZ. **09** 864. Allerdings kann von dem Anfechtungsschuldner, wenn er sich nicht mehr im Besitze der anfechtbar an ihn veräußerten Gegenstände befindet, Geldersatz gefordert werden. Dagegen können, wenn der Anfechtungsgegner die anfechtbar erworbenen Gegenstände veräußert und aus dem Erlöse andere Sachen angeschafft hat, nicht auch diese letzteren als Gegenstand des Zugriffs des Anfechtungsgläubigers angesehen werden. Eine Anwendung des Surrogationsgrundsatzes ist hier ausgeschlossen.

2. Person des Anfechtungsgegners. **a)** **RG.** **71** 176, JW. **09** 429. Die Klage, durch welche die Abtretung einer vormals dem Schuldner zustehenden Hypothek an einen Dritten angefochten wird, ist nur gegen den Dritten, nicht auch gegen den Schuldner zu richten. **b)** R. **09** II Ziff. 1576 (KG.). Die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund eines Urteils, durch das ein Schuldner zur Zahlung einer Geldsumme verurteilt ist, und eines Urteils, durch das der Eigentümer eines Grundstücks auf Grund von §§ 1, 7 AnfG. zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen jener Geldschuld in das Grundstück verurteilt ist, richtet sich gegen den Eigentümer des Grundstücks, nicht gegen den Schuldner als dessen früheren Eigentümer. Die Hypothek kann nur eingetragen werden, wenn die Geldforderung an den Schuldner nach § 4 ZPO. 300 M. übersteigt. Es genügt in dieser Hinsicht nicht, daß der Wert des Gegenstandes des Anfechtungsprozesses infolge der Ausdehnung der Duldungspflicht auf Zinsen und Kosten mehr als 300 M. beträgt.

3. Steigerlös einer angefochtenen Hypothek. **RG.** **70** 112, LeipzZ. **09** 692, JW. **09** 81, HessRspr. **10** 69, ZBlFG. **10** 267 Ziff. 271, R. **09** Ziff. 566. Wenn auf einem Grundstück an erster und an zweiter Stelle

Hypotheken für A. und an dritter Stelle eine Hypothek für B. eingetragen stehen und bei der Zwangsversteigerung nur die an erster Stelle stehende Hypothek des A. Deckung findet, so fällt, wenn diese Hypothekenbestellung mit Erfolg von B. angefochten wird, der Erlös nicht an die an zweiter Stelle stehende Hypothek des A., sondern an B. in Höhe der diesem zustehenden Forderung. Der an zweiter Stelle stehenden Hypothek des A geht nach wie vor ein Recht im Umfange des angefochtenen im Range vor, nur daß die Hebung aus diesem Rechte ganz oder zum Teil einem anderen als dem eigentlichen Berechtigten — nämlich dem anfechtenden B. — zufließt.

4. Grundbuchrechtliches. a) BadRpr. **09** 113 (Karlsruhe). Ein Urteil, durch das der Anfechtungsgegner, der vom Schuldner ein Grundstück anfechtbar erworben hat, verurteilt wird, die Zwangsvollstreckung wegen der dem Gläubiger zustehenden Forderung in das Grundstück zu dulden, verfügt nicht über dingliche Rechte und kann daher nicht die Grundlage für eine Eintragung im Grundbuche bilden. b) **RG. 71** 176, JW. **09** 429, SchlHolstAnz. **09** 250, ZBlFG. **10** 168 Ziff. 195, R. **09** Ziff. 2029. Der Anfechtungskläger hat kein Recht darauf, daß zur Durchführung der Anfechtung einer Hypothekenzession im Grundbuche vermerkt werde, daß die Zession dem Kläger gegenüber unwirksam sei. c) ElsLothZ. **09** 147, ZBlFG. **9** 744 Ziff. 733 (Colmar). Hat der Anfechtungskläger ein obsiegendes Urteil dahin erwirkt, daß die auf dem Grundbesitze seines Schuldners für den Anfechtungsbeklagten eingetragene Sicherungshypothek sowie ein von letzterem mit dem Schuldner abgeschlossener Kaufvertrag über denselben Grundbesitz ihm gegenüber unwirksam sind, so ist eine Sicherungshypothek des Anfechtungsklägers auf dem Grundbesitze mit dem Vorrange vor der Hypothek des Anfechtungsbeklagten einzutragen, während der Antrag auf Berichtigung des Eigentums auf den Namen des Schuldners unbegründet ist.

5. Sicherung des Rückgewähranspruchs. a) Grabner, ZBlFG. **9** 89, bespricht das Urteil des **RG. 60** 423 (vgl. JDR. **6** § 7 II Ziff. 1); er hält es für zutreffend, wenn man den Wortlaut der einstweiligen Verfügung allein in Betracht ziehe, nicht jedoch, wenn man auf deren Sinn zurückgehe. Solle bei anfechtbarer Grundstücksveräußerung durch einstweilige Verfügung die künftige Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 Abs. 1 ZPO. gesichert werden, so könne zwar ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen werden, wie **RG. 67** 39 ff. anerkennt, es genügt aber auch ein beschränktes Veräußerungsverbot, das die Verfügung über die nächstfreie Hypothekenstelle untersage. b) BreslauAK. **08** 17 (Breslau). Es kann zweifelhaft sein, ob das **RG.** sich in der Entsch. **60** 423 ff., die eine Vormerkung zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs für unzulässig hält, nicht zu eng an die Worte des § 883 BGB. „Einräumung eines dinglichen Rechtes" gehalten hat, oder ob man nicht dem Sinne des § 883 besser gerecht wird, wenn man unter dem „Anspruch auf Einräumung auch den öffentlichrechtlichen Rechtsschutzanspruch auf Eintragung einer Zwangshypothek mitbegreift. c) SchlHolstAnz. **09** 173 (Kiel). Bei Anfechtung einer Hypothek ist auf Grund einstweiliger Verfügung nicht eine Vormerkung (BGB. § 883), sondern zur Sicherung des rein persönlichen Anspruchs eine Verfügungsbeschränkung gemäß BGB. § 136 in Verb. mit § 892 Abs. 1 Satz 2 bei der Hypothek einzutragen. d) **RG.** SeuffBl. **09** 557, JW. **09** 25, LeipzZ. **09** 399, R. **09** Ziff. 2171. Will der Gläubiger eine von seinem Schuldner vorgenommene Grundstücksübertragung anfechten, so kann er zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs nur eine solche einstweilige Verfügung beantragen, die dem Schutze des Anspruchs auf Rückgewähr dient, nicht aber

auch eine lediglich dahingehende Anordnung, daß dem Erwerber des Grundstücks die Einziehung der Miete untersagt werde. Vgl. **RG. 64** 339.

6. Verhältnis zu §§ 823, 826 BGB. **RG.** LeipzZ. **08** 862, Gruchots Beitr. **52** 1012, R. **08** Ziff. 2468. Ein Vertrag mit der beiderseitigen Absicht, dem einen Vertragskontrahenten unter dem Vorwande der Sicherung den ganzen pfändbaren Besitz des anderen zum Nachteile seiner Gläubiger in die Hände zu spielen, verstößt ebenso gegen die guten Sitten, wie die klageweise Geltendmachung solcher Vertragsrechte gegen die Pfändung eines Gläubigers. Letzterer kann daher Ersatz für den durch die schließlich abgewiesene Widerspruchsklage entstandenen Schaden (Zinsverlust, Lagerkosten, Abnutzung) sowohl nach § 823 wie nach § 826 BGB. beanspruchen. § 7 AnfG. steht dem nicht entgegen, weil die Frage, ob eine anfechtbare Rechtshandlung und die Geltendmachung ihrer Rechtsfolgen eine unerlaubte Handlung darstellt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist.

§ 8. WürttJ. **20** 140 (Stuttgart). Wenn auch das anfechtbare Rechtsgeschäft kein gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft ist, so kann dennoch der Verkäufer nicht Zahlung des Kaufpreises fordern, nachdem der Käufer die Sache zurückgegeben hat.

§ 9. 1. Charakter der Anfechtungsklage. **RG. 71** 176, JW. **09** 429, SchlHolstAnz. **09** 250. Die Anfechtungsklage ist keine Feststellungsklage, sondern nur Leistungsklage. Der Ausspruch, daß die angefochtene Rechtshandlung dem Kläger gegenüber unwirksam sei, gehört nicht in die Urteilsformel, sondern in die Entscheidungsgründe.

2. Negative Feststellungsklage, daß kein Anfechtungsrecht. **RG.** LeipzZ. **09** 233. Ist eine einstweilige Verfügung zur Sicherung eines Anspruchs aus dem Anfechtungsgesetz ergangen, so kann der Verfügungsbeklagte nicht allein Widerspruch nach §§ 925, 936 ZPO. einlegen und Frist zur Erhebung der Hauptklage nach §§ 926, 936 aaO. setzen lassen, sondern er kann auch die negative Feststellungsklage dahin erheben, daß ein Anfechtungsrecht nicht besteht.

3. Streitwert der Anfechtungsklage. ElsLothJZ. **08** 117 (Colmar). Der Streitwert bei Anfechtungsklage ist nicht nach § 6 ZPO., sondern im einzelnen Falle unter Anwendung des § 3 ZPO. danach zu bemessen, in welchem Umfange der Anfechtungskläger auf Befriedigung aus dem bei der Anfechtung in Betracht kommenden Vermögensgegenstande rechnen kann, oder welcher Wert wieder zurückgewährt werden soll.

4. Vgl. im übrigen §§ 1, 3, 7.

§ 10. **RG.** JW. **08** 307. Der Anfechtungsbeklagte ist mit allen Einwendungen gegen den rechtskräftigen Schuldtitel ausgeschlossen, die der Schuldner selbst nicht mehr vorbringen kann.

§ 11. 1. Beweislast. a) **RG. 71** 353, JW. **09** 472, DJZ. **09** 1265, R. **09** Ziff. 2692. Zur Begründung des Anfechtungsanspruchs gegen den Rechtsnachfolger des Ersterwerbers gehört, falls dieser unter die im § 3 Ziff. 2 aufgezählten Personen fällt, nur der Nachweis der benachteiligenden Eigenschaft der Rechtshandlung, der Nachweis des Verwandt- oder Schwägerschaftsverhältnisses des Ersterwerbers zum Schuldner und der Nachweis, daß dieses beides dem Rechtsnachfolger bei seinem Erwerbe bekannt war. Weder aus dem Wortlaute noch aus dem Zwecke des Gesetzes ist zu entnehmen, daß dem Anfechtenden auch der weitere Beweis obliegen soll, daß der Ersterwerber die fraudulöse Absicht des Schuldners gekannt hat; der Zweck des Gesetzes verlangt vielmehr, daß der Rechtsnachfolger seinerseits das Vorhanden-

sein des die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung des Schuldners dem Ersterwerber gegenüber ausschließenden Umstandes, die Nichtkenntnis der fraudulösen Absicht des Schuldners nachzuweisen hat. **b)** OLG. **18** 152, LeipzZ. **08** 795, R. **08** Ziff. 2598 (KG.). Der Rechtsnachfolger eines Verwandten muß beweisen, daß der Verwandte eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht gekannt hat. Er kann sich nicht damit verteidigen, daß ihm selbst die Benachteiligungsabsicht und die Kenntnis des Verwandten davon unbekannt gewesen seien.

2. LeipzZ. **08** 555 (Breslau). Auch gegen den Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers kann die Rückgewähr nur in den Grenzen des § 7 gefordert werden. In der Eintragung des Restkaufgeldes und des Ausgedinges mit Wohnungsrecht liegt keine Benachteiligung des Anfechtungsklägers.

3. LeipzZ. **08** 323 (Stettin). Wird ein Gutsüberlassungsvertrag, nach welchem der Erwerber dem Vollstreckungsschuldner einen Anteil bestellt (§ 11 Ziff. 1) und seinen Geschwistern Abfindungshypotheken eintragen läßt (§ 11 Ziff. 2), mit Erfolg angefochten, so hat der Erwerber des Grundstücks dieses dem Kläger zur Zwangsvollstreckung freizustellen; die übrigen Beklagten haben bei der Zwangsvollstreckung mit ihren Rechten hinter den Kläger zurückzutreten.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Die

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gesammelt, bearbeitet und herausgegeben

in Verbindung mit

E. Friedrichs, Amtsrichter, **Dr. C. Heinrici,** Landrichter, **Dr. Th. Olshausen,** Landrichter,

von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht und Notar.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Zwei Bände.

1910. Geheftet 42 M. Gebunden 49 M.

...„Man kann ruhig behaupten, daß es ganz unmöglich ist, auf einem verhältnismäßig so kleinen Raume besser über die Judikatur über diese wirtschaftlich so tief eingreifenden Fragen zu orientieren. Man klagt heutzutage so oft über die Überlastung unserer Richter und sinnt auf Mittel zur Abhilfe. Ein Mittel, dem Richter seine verantwortungsvolle Tätigkeit zu erleichtern, ist das vorliegende Werk. Man mag über den Präjudizienkultus aburteilen, soviel man will; man wird nicht bestreiten können, daß ein Richter, der es mit seinem Berufe ernst meint, in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung Bescheid wissen muß. Er braucht deshalb nicht kritiklos alles nachzubeten. Er mag dagegen opponieren, nie und nimmer aber darf er das gewaltige Bildungselement, das im Studium der höchstrichterlichen Rechtsprechung für jeden Juristen, insbesondere für jeden Praktiker, liegt, ungenützt lassen. Und gerade zum Studium dieser Judikatur, auch ohne daß ein spezieller Fall zum Nachlesen zwingt, ist Neumanns Rechtsprechung hervorragend geeignet."

(Kölnische Zeitung vom 7. Juli 1910.)

... „Bei der unendlichen Fülle der Urteile des Reichsgerichts, die in den verschiedensten Büchern und Zeitschriften verstreut sind, und bei der Bedeutung dieser Urteile ist eine solche gut geordnete Sammlung ein Bedürfnis für jeden Praktiker."

(Berliner Tageblatt.)

... „Das Werk dürfte die beste Entscheidungssammlung werden und in der Praxis allgemeinen Anklang finden, zumal es das Nachschlagen ganzer Bändereihen entbehrlich macht."

(Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen XXXIII, Heft 6.)

Handausgabe der Zivilprozeßordnung
und des
Gerichtsverfassungsgesetzes
in der vom 1. April 1910 ab geltenden Fassung nebst Nebengesetzen.
Bearbeitet von
Dr. Alfred Korn,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht.

1910. Mit Nachtrag, enthaltend die durch das Gesetz vom 22. Mai 1910 eingetretenen Änderungen. Gebunden 5,50 M.

Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz
nebst den Einführungsgesetzen
in der vom 1. Juni 1910 ab geltenden Fassung.
Textausgabe
mit Einleitung und ausführlichem Sachregister.
Dritte, ergänzte Auflage.
1910. Gebunden 2 M.

Wechselordnung
nebst
Wechselprozeß und Wechselstempelgesetz
sowie
== Ausführungsverordnungen ==
erläutert von
Dr. Alfred Korn,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht.
Zweiter Abdruck.
1910. Gebunden 4 M.

Wechselstempelgesetz
vom 15. Juli 1909
erläutert von
Dr. Erich Greiff, Regierungsassessor.

1910. Gebunden 1,80 M.